

Affaire C- 494/21

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

11 août 2021

Juridiction de renvoi :

High Court (Haute Cour, Irlande)

Date de la décision de renvoi :

30 juillet 2021

Partie requérante :

Eircom Limited

Partie défenderesse :

Commission for Communications Regulation

**HIGH COURT
COMMERCIALE**

[OMISSIS]

[OMISSIS]

[questions procédurales] [OMISSIS] [Or. 2] [OMISSIS]

ORDONNE que, en vertu de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la question, telle que formulée dans le jugement rendu par la Cour de céans le 5 mai 2021, soit déférée à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, cette question étant la suivante :

Dans des circonstances dans lesquelles :

- (i) le marché des télécommunications a été libéralisé et plusieurs prestataires de services de télécommunication opèrent sur ce marché ;
- (ii) un prestataire de service (ci-après le « prestataire du service universel » ou « PSU ») a été choisi par l'autorité réglementaire nationale (ci-après

l'« ARN ») pour remplir les obligations du service universel (ci-après la/les « OSU ») ; et ; **[Or. 3]**

(iii) il a été établi par l'ARN qu'il existe un coût net positif lié à l'exécution des OSU (ci-après le « coût net OSU ») ;

(iv) il a été établi par l'ARN que le coût net OSU est substantiel comparé aux coûts administratifs d'établissement d'un mécanisme de partage du coût net OSU entre les acteurs du marché ;

si, en vertu de ses obligations au titre de la directive service universel 2002/22, l'ARN est tenue d'examiner si le coût net OSU est excessif au vu de la capacité du PSU de le supporter, compte tenu de l'ensemble des caractéristiques du PSU, notamment du niveau de ses équipements, de sa situation économique et financière et de sa part de marché (ainsi qu'évoqué au point 42 de l'arrêt Base), les directives permettent-elles à l'ARN de procéder à cet examen en prenant en considération exclusivement les caractéristiques/la situation du PSU ou bien exigent-elles d'examiner les caractéristiques/la situation du PSU par rapport à ses concurrents sur le marché concerné ?

[OMISSIS] **[Or. 4]** [OMISSIS]

1 Abréviations

arrêt du 6 octobre 2010, Base e.a., C- 389/08, EU:C:2010:584, ci-après l'« arrêt Base »

directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques , ci-après la « directive service universel »)

directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, ci-après la « directive cadre » **[Or. 5]**

obligation de service universel, ci-après l' « OSU »

prestataire de service universel, ci-après le « PSU »

rendement des capitaux investis, ci-après le « RCI »

coût moyen pondéré du capital, ci-après le « CMPC »

I. LA JURIDICTION DE RENVOI

2 [OMISSIS]

II. LES PARTIES A LA PROCEDURE PRINCIPALE ET LEURS REPRESENTANTS

- 3 [OMISSIS]
 4 [OMISSIS]
 5 [OMISSIS]
 6 [OMISSIS] [Or. 6] [OMISSIS]

III. OBJET DU LITIGE AU PRINCIPAL ET FAITS PERTINENTS

- 7 Il est nécessaire d'obtenir de la Cour de justice de l'Union européenne des éclaircissements quant à l'application correcte de l'arrêt Base, qui a statué sur l'interprétation de la directive service universel et en particulier sur l'appréciation de la charge injustifiée, dans une situation dans laquelle il n'y a qu'un seul PSU sur le marché irlandais, mais plusieurs prestataires de service de télécommunication.
- 8 Le litige au principal porte sur un appel interjeté par Eircom devant la High Court en vertu de l'article 4 du European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 [règlement Communautés européennes de 2011 relatif aux réseaux et services de communications (cadre)], ci-après le « règlement cadre ».
- 9 Eircom forme un recours contre cinq décisions rendues par la ComReg [Commission for Communications Regulation] ayant jugé que le coût net supporté par Eircom pour fournir, au titre de son OSU, un accès en des points déterminés pour les années 2010/2011 à 2014/2015 incluses n'était pas une charge injustifiée pesant sur Eircom et qu'en conséquence, les demandes de financement présentées par Eircom en vertu de l'article 11 du European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 [règlement communautés européennes de 2011 relatif aux réseaux et service de communications électroniques (service universel et droits des usagers)], ci-après le « règlement service universel », devaient être refusées.

IV. APERÇU CHRONOLOGIQUE

- 10 Le 30 juin 2010, à la suite d'une consultation publique, ComReg a, à nouveau, désigné Eircom comme PSU en ce qui concerne la fourniture de services d'accès en des points déterminés pour une période de deux ans et tous les autres aspects de l'OSU du 1^{er} juillet 2010 au 30 juin 2012. Des décisions postérieures ont, à nouveau, désigné Eircom pour certains aspects du service universel et les conditions et obligations ont été modifiées au vu des conditions de marché. À ce

jour, Eircom reste le seul PSU en Irlande fournissant l'accès en des points déterminés ainsi que des services vocaux et de téléphones publics payants.

- 11 Le 31 mai 2011, à la suite de plusieurs consultations publiques, ComReg a publié la décision 04/11, composée d'une série de décisions numérotées qui énoncent les principes [Or. 7] et les méthodes de calcul des coûts nets et des recettes de l'OSU, les principes et les méthodes de calcul des autres recettes de l'OSU et l'approche à adopter pour déterminer si une charge injustifiée a été mise à la charge du PSU en raison des coûts nets. Les termes des décisions pertinentes énonçant cette approche figurent à l'Annexe A.
- 12 Entre septembre 2014 et mars 2016, Eircom a présenté des demandes de financement des coûts nets de l'OSU pour chacune des cinq années de 2010/2011 à 2014/2015 en vertu de l'article 11 du règlement service universel.
- 13 Le 18 avril 2019, à la suite d'une consultation publique portant sur chacune des cinq demandes, ComReg a publié ses cinq décisions (ci-après les « décisions ») jugeant que le coût net positif exposé par Eircom pour fournir l'OSU pour chacune des années de la période allant de 2010/2011 à 2014/2015 n'était à chaque fois pas une charge injustifiée.
- 14 Le 15 mai 2019, Eircom a interjeté appel des décisions au motif que ComReg avait commis une erreur en concluant qu'il n'existait pas de charge injustifiée pesant sur Eircom.

V. LES DÉCISIONS ATTAQUÉES

- 15 ComReg a rendu une décision séparée pour chacune des années pour lesquelles Eircom a demandé un financement. Ces décisions ont été publiées ensemble et, à chaque fois, il a été jugé que le coût net n'était pas une charge injustifiée pesant sur Eircom.
- 16 ComReg a calculé que, sur ces cinq années, le coût net pour Eircom de l'OSU se situait tout juste en dessous de 43 millions d'euros au total. Le coût net positif identifié par ComReg pour chaque année figure à l'Annexe B.
- 17 Sur la période de cinq ans en cause, le bénéfice avant intérêts et impôts d'Eircom en ce qui concerne ses activités de lignes fixes a été de 1,397 milliards d'euros, le chiffre correspondant à chacune des années pertinentes figurant à l'Annexe C.
- 18 Pour chacune de ses décisions, ComReg s'est appuyée sur un « Unfair Burden Report » [rapport sur la charge injustifiée] fourni par Oxera, un cabinet de consultants économiques, relativement à chacune des années pertinentes. Le rapport d'Oxera pour l'année 2014/2015 est joint en Annexe D à titre d'exemple, ensemble avec la décision correspondante de la ComReg à l'Annexe E.

- 19 Il a été déterminé dans chaque décision qu'il existait un coût net direct vérifiable et vérifié ; que les bénéfices de l'OSU n'excédaient pas le coût net (c'est à dire qu'il existait un coût **[Or. 8]** net positif) ; et que le coût net positif était substantiel comparé aux frais administratifs d'un mécanisme de partage (et remplissait donc les conditions énoncées aux points (i), (ii) et (iii)(a) de la décision 38, telle qu'elle figure à l'Annexe A).
- 20 Dans chacun de ses rapports, Oxera est parvenu à la conclusion que la rentabilité du PSU et sa capacité à obtenir un taux de rendement équitable du capital investi n'avaient pas été affectées de manière significative par le coût net de l'OSU au cours de la période pertinente (appréciation à laquelle il était nécessaire de procéder en vertu de la décision 40 telle qu'elle figure à l'Annexe A).
- 21 Le critère de référence utilisé par Oxera (et adopté par ComReg) pour déterminer si oui ou non Eircom obtenait un taux de rendement équitable consistait à comparer une mesure du rendement des capitaux investis (« RDI¹ ») des rendements financiers d'Eircom avec un coût moyen pondéré du capital (« CMPC »), coût qui avait été préalablement déterminé par ComReg. Dans le rapport 2014/2015 par exemple, il a été déterminé que le RCI en ce qui concerne les activités de téléphonie fixe (au détail et en gros) d'Eircom, y compris le coût net, était de 11,4 % tandis que le CMPC régulé autorisé d'Eircom était de 8,18 % (et que le RCI des activités de téléphonie fixe, y compris le coût net, dépassait le CMPC pour chaque année examinée). Un tableau de ces chiffres pour chaque année examinée figure à l'Annexe F. Oxera a également examiné (bien qu'Eircom estime qu'Oxera ne leur a accordé aucune importance) des indicateurs supplémentaires de la situation financière et économique d'Eircom, y compris les propres parts de marché en recette d'Eircom dans le marché de la téléphonie fixe et les modifications au fil du temps des recettes moyennes par usager et du nombre de clients d'Eircom en tant que « contexte plus large » de l'analyse de rentabilité à laquelle Oxera a procédé. Oxera est parvenu à la conclusion que, pour chaque année examinée, la rentabilité d'Eircom et sa capacité à obtenir un taux équitable de RCI n'avaient pas été affectées de manière significative par le coût net de l'OSU et que, par conséquent, au cours de la période sur laquelle portaient les demandes, la charge du coût net n'était pas excessive au vu de la capacité d'Eircom à la supporter.
- 22 Oxera a déclaré n'avoir par conséquent pas, sur la base de l'analyse effectuée, évalué si le coût net avait matériellement eu un impact sur la capacité d'Eircom dans le futur d'être en concurrence à armes égales avec ses concurrents aux termes de la décision 41 (telle qu'elle figure à l'Annexe A).
- 23 ComReg est parvenue à la conclusion que, s'agissant de chacune des années sur lesquelles portaient les demandes, les constatations quant à l'absence d'effet significatif sur la rentabilité d'Eircom et sa capacité à obtenir un taux équitable de

¹ Le RCI est un indicateur comptable des rendements financiers qui saisit la relation entre les bénéfices d'exploitation et le capital investi dans une entreprise.

RCI démontraient que le coût net n'avait pas créé un désavantage concurrentiel significatif pour Eircom. ComReg a donc jugé qu'il n'était pas nécessaire de procéder à un examen des distorsions de concurrence tel qu'énoncé par la décision 41 de la décision 04/11. **[Or. 9]**

- 24 Ni ComReg ni Oxera n'ont procédé à la moindre évaluation d'un quelconque des concurrents d'Eircom sur le marché. Tant les rapports d'Oxera que les décisions de ComReg se concentrent sur les caractéristiques d'Eircom.

VI. LE MARCHÉ DES TÉLÉCOMMUNICATIONS PAR LIGNES FIXES EN IRLANDE

- 25 Les parts des acteurs du marché sur le marché national des lignes fixes en Irlande au cours de la majeure partie de la période pertinente, telles qu'elles ressortent de l'analyse du marché effectuée en 2015 par ComReg, figurent à l'Annexe G : ainsi qu'il en ressort, la part du marché national d'Eircom (l'ancien opérateur historique monopolistique) en ce qui concerne la souscription de numéros de téléphone fixe a chuté de 74,5 % (premier trimestre 2010) à 47,2 % (4^e trimestre 2014) ; tandis que, par exemple, Virgin a augmenté sa part du marché national de 5 % à 21,7 % au cours de la même période. L'analyse du marché effectuée en 2014 par ComReg indique que, dans une enquête auprès des ménages en 2013, à Dublin, la part de marché de Virgin était de 42 % contre 44 % pour Eircom.
- 26 Étant donné qu'Eircom a été la seule entreprise ayant un pouvoir de marché significatif sur plusieurs marchés des lignes fixes (en détail et en gros) désignée de sorte que les prix de détail et de gros sont régulés, Eircom est le seul acteur du marché pour lequel un CMPC a été demandé par ComReg. Ce n'est pas le montant du CMPC régulé qui est litigieux, mais le caractère approprié de son utilisation dans l'examen de l'existence d'une charge injustifiée.
- 27 Le PSU est notamment tenu d'honorer toute demande raisonnable émanant d'un membre de public de raccordement au réseau public de télécommunication en un point déterminé moyennant un prix national unique décidé par le PSU (le prix moyen géographique, ci-après le « PMG »)
- 28 La part la plus importante du coût net de l'OSU (supérieure de 85 % pour la période 2014/2015) est générée par la fourniture de services de l'OSU à des clients non rentables dans des zones rentables ou à des clients rentables dans des zones non rentables.
- 29 Bien que la pertinence à l'égard de l'appel de ces questions soit litigieuse, il n'est, en principe, pas litigieux qu'une caractéristique du marché concurrentiel des télécommunications est que les prestataires de service qui ne sont pas PSU profitent d'avoir des clients raccordés au réseau qui, sinon, resteraient non desservis (« externalités positives ») ou que constitue aussi une caractéristique reconnue de tels marchés concurrentiels que tous les prestataires de service peuvent, en théorie, « picorer » dans les centres géographiques plus rentables.

VII. LES DISPOSITIONS JURIDIQUES PERTINENTES [Or. 10]

- 30 À l'époque des faits, le cadre réglementaire de l'UE régissant les communications électroniques était constitué par la directive cadre et par quatre directives particulières parmi lesquelles la directive service universel est celle présentant une pertinence à l'égard du présent appel.
- 31 La directive cadre prévoit que chaque État membre désigne un ou plusieurs organismes compétents en tant qu'autorité réglementaire nationale et que cet organisme ou ces organismes soient chargés des obligations réglementaires prévues par la directive cadre elle-même et par chacune des directives particulières. L'article 3, paragraphe 3, prévoit que « [l]es États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente ».
- 32 ComReg, en tant que régulateur du secteur des télécommunications électroniques en Irlande, est l'autorité réglementaire nationale aux fins de la directive cadre et des directives particulières.
- 33 Les articles 7 et 8 de la directive cadre énoncent les principes devant être appliqués par l'autorité réglementaire nationale qui englobent la non-discrimination, la préservation de la concurrence, la proportionnalité et la transparence².
- 34 Les dispositions suivantes de la directive service universel présentent une pertinence à l'égard des questions qui se posent dans la présente procédure ayant donné lieu à la demande des parties d'un renvoi préjudiciel en vertu de l'article 267 :
- article 1^{er} qui énonce l'objectif et la nature fondamentale du service universel ;
 - article 3 qui oblige les États membres à assurer la disponibilité du service universel tout en respectant certains principes spécifiés ;
 - article 12 qui énonce les mesures qui doivent être prises lorsqu'une autorité réglementaire nationale considère qu'un PSU peut être soumis à une charge injustifiée ;
 - article 13 qui prévoit que, lorsqu'une autorité réglementaire nationale a constaté qu'un PSU est soumis à une charge injustifié, l'État membre peut, à la demande du PSU, soit d'instaurer un mécanisme de compensation pour indemniser le PSU des coûts nets tels qu'ils ont été calculés, dans des conditions de transparence et à partir de fonds publics et/ou de répartir le

² Les articles 2, sous g) et 3, paragraphe 1, ainsi que les considérants 1 et 36 de la directive cadre présentent également une pertinence.

coût net des obligations de service universel entre les différents fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques sur le marché ;

- La partie A de l'annexe IV qui régit le calcul correct des coûts nets de l'OSU³. [Or. 11]

35 Au niveau national, l'article 11 du règlement service universel (S.I. 337/2011)⁴ prévoit que le PSU peut demander à ComReg de déterminer si les coûts nets de l'OSU représentent une charge injustifiée.

36 L'article 12 prévoit que, lorsque ComReg juge qu'une charge injustifiée pèse sur le PSU, il répartit le coût net de l'OSU entre les fournisseurs de réseaux et de services de télécommunications électroniques.

VIII. L'ARRÊT BASE

37 Il existe entre les parties un désaccord quant à la signification des conclusions tirées par la Cour de justice dans l'arrêt Base et leur application à l'appréciation d'une charge injustifiée lorsque qu'il n'y a qu'un seul PSU sur le marché et, plus généralement, quant au critère correct à appliquer pour déterminer une charge injustifiée. Il est par conséquent nécessaire de saisir à titre préjudiciel la Cour en ce qui concerne principalement l'application au présent appel de l'arrêt Base.

38 Le contexte factuel de la demande de décision préjudicielle présentée à la Cour dans l'affaire Base était un régime législatif en vertu duquel tous les opérateurs sur le marché étaient potentiellement des PSU si leurs clients avaient droit au bénéfice de tarifs sociaux. La loi belge prévoyait que, lorsqu'un opérateur accordait une part plus importante du total des tarifs sociaux accordés sur le marché que celle correspondant à la part de marché de cet opérateur, celui-ci serait indemnisé.

39 Toutefois, les coûts nets n'étaient pas calculés par référence aux caractéristiques de chaque opérateur individuel, mais étaient basés sur les coûts de Belgacom, l'ancien opérateur historique.

40 Aux points 42 et 43, la Cour a statué comme suit sur le sens du terme « charge injustifiée »⁵ :

³ Les considérants suivants présentent également une pertinence dans la présente procédure : considérants 2, 3, 4, 18, 21 et 23.

⁴ European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011.

⁵ Les mêmes principes sont énoncés dans l'arrêt rendu dans l'affaire Commission/Belgique, C-222/08 portant sur la procédure en manquement introduite par la Commission.

« À cet égard, il ressort du vingt-et-unième considérant de la directive 2002/22 que le législateur communautaire a entendu lier les mécanismes de couverture des coûts nets que la fourniture du service universel peut engendrer pour une entreprise à l'existence d'une charge injustifiée dans le chef de cette entreprise. Dans ce contexte, en estimant que le coût net du service universel ne représente pas nécessairement une charge injustifiée pour toutes les entreprises concernées, il a entendu exclure que tout coût net de fourniture du service universel ouvre automatiquement un droit à indemnisation. Dans ces conditions, [Or. 12] la charge injustifiée dont l'autorité réglementaire nationale doit constater l'existence avant toute indemnisation est la charge qui, pour chaque entreprise concernée, présente un caractère excessif au regard de sa capacité à la supporter compte tenu de l'ensemble de ses caractéristiques propres, notamment du niveau de ses équipements, de sa situation économique et financière ainsi que de sa part de marché.

Si, en l'absence de précision à cet égard dans la directive 2002/22, il appartient à l'autorité réglementaire nationale de fixer de manière générale et impersonnelle les critères permettant de déterminer des seuils au-delà desquels, compte tenu des caractéristiques mentionnées au point précédent, une charge peut être considérée comme excessive, il reste que ladite autorité ne saurait constater que la charge de la fourniture du service universel est excessive, pour l'application de l'article 13 de cette directive, qu'à la condition de procéder à l'examen particulier de la situation de chaque entreprise concernée au regard de ces critères ».

- 41 Il est constant entre les parties que tant ComReg que la High Court irlandaise sont, en vertu du principe de coopération loyale, tenues d'appliquer ce qui a été jugé par la Cour de justice. En revanche, les parties sont désaccord sur l'interprétation correcte de l'arrêt Base et son application correcte à la situation de fait dans la présente affaire.

IX. LES POSITIONS DES PARTIES SUR LES QUESTIONS DE DROIT

- 42 Les parties sont d'accord que ComReg a l'obligation réglementaire de déterminer si les coûts (nets de bénéfices) pour fournir l'OSU représentent une charge injustifiée pesant sur le PSU. Toutefois, elles sont en désaccord quant au sens des conclusions tirées par la Cour dans l'arrêt Base et leur application à l'examen de l'existence d'une charge injustifiée lorsqu'il n'y a qu'un seul PSU sur le marché et quant au critère correct à appliquer plus généralement pour déterminer une charge injustifiée.

La position d'Eircom

- 43 La position d'Eircom pour ce qui est des questions donnant lieu à la présente de décision préjudicielle en vertu de l'article 267 est la suivante :

- (i) déterminer si l'OSU est une charge injustifiée sur un marché concurrentiel exige une analyse de la concurrence afin d'apprécier si imposer unilatéralement le coût net de l'OSU au PSU fausse la concurrence en le mettant dans une situation de concurrence défavorable vis-à-vis de ses concurrents sur le marché ;
- (ii) la capacité relative du PSU à supporter les coûts nets de l'OSU doit être appréciée en tenant compte, non seulement des propres caractéristiques d'Eircom, mais aussi de celles de ses concurrents. L'expert économiste indépendant engagé par Eircom est d'avis que, [Or. 13] en l'absence de cette évaluation, il existe un risque significatif de se retrouver finalement dans une situation dans laquelle tous les prestataires de services de communication bénéficient des externalités positives de l'OSU, mais que seul le PSU en supporte le coût, en dépit de ce qu'il ne se trouve pas une situation significativement meilleure pour le faire ce qui, par définition, doit être considéré comme excessif étant donné qu'il n'existe aucune justification objective à cette différence de traitement ;
- (iii) les références faites dans l'arrêt Base à la nécessité d'examiner les propres caractéristiques du PSU doivent être considérées dans le contexte factuel de cette affaire dans laquelle il existait plusieurs PSU et dans laquelle le comportement reproché à l'autorité réglementaire nationale était de traiter de manière générale la charge potentiellement excessive pesant sur chacun de ces PSU. Les commentaires de la Cour de justice doivent être considérés sous cet angle, plutôt que comme enjoignant à ne prendre en considération que les caractéristiques d'une seule entreprise sur un marché concurrentiel ;
- (iv) En outre, les caractéristiques qui doivent être prises en considération à l'aune des critères énoncés par l'arrêt Base, tels que le niveau des équipements et la part de marché, sont fondamentalement de nature comparative et leur pertinence ne peut que consister en l'avantage ou le désavantage qu'a le PSU vis-à-vis de ses concurrents ;
- (v) Ce qui a été jugé dans l'arrêt Base doit aussi être compris dans le contexte des obligations contraignantes pesant sur les autorités réglementaires nationales en vertu de la directive cadre et de la directive service universel ainsi qu'à la lumière des principes généraux du droit de l'Union. Il ressort clairement des termes de ces directives et des principes généraux de droit de l'Union que minimiser les distorsions de concurrence est une obligation contraignante pesant sur ComReg en tant qu'autorité réglementaire nationale ;
- (vi) La fixation par ComReg d'un seuil très élevé devant être atteint, avant même que ComReg n'examine un « effet significatif » sur la rentabilité et/ou la capacité d'obtenir un taux de rendement équitable du capital préalablement à toute évaluation du point de savoir si une charge place ou non le PSU dans une situation concurrentielle défavorable, ne respecte pas les obligations

- pesant en vertu de la directive cadre et de la directive service universel sur ComReg en tant qu'autorité réglementaire nationale ;
- (vii) La méthodologie d'évaluation, consistant à examiner si le coût net de l'OSU a placé le PSU dans une situation concurrentielle défavorable en évaluant si, au cours des années pertinentes, le RCI du PSU a excédé son CMPC, est viciée. L'approche suivie par ComReg se borne à examiner si le PSU a été ou non en mesure d'absorber les coûts sans que son RCI tombe au niveau de son CMPC. En outre, le seuil porte sur le RCI de la totalité des activités de détails et de gros de lignes fixes d'Eircom et non sur ses activités liées à l'OSU (qui ne sont que les activités de détail) ;
 - (viii) Imposer sur un marché concurrentiel à une seule entreprise l'obligation unilatérale de financer le service universel uniquement sur la base que l'autorité réglementaire nationale estime que cette entreprise peut se le permettre à court et moyen termes ne pourra jamais constituer une justification objective de procéder de la sorte. En l'absence de plus amples informations, **[Or. 14]** le fait que le PSU ait un RCI supérieur à son CMPC ne démontre pas que le PSU est en mesure d'absorber le coût sans que cela n'ait un impact négatif sur sa position concurrentielle sur le marché. Cela ne révèle rien quant à la puissance de marché du PSU ou quant à la puissance de ses concurrents et cela constitue un faible indicateur des conditions du marché et de l'impact sur la concurrence de l'OSU ;
 - (ix) Le RCI de chacun des acteurs du marché pour la période pertinente, tel que calculé par l'expert économiste d'Eircom, figure à l'Annexe H ; l'expert économiste indépendant engagé par Eircom estime que ces chiffres démontrent que le RCI moyen d'Eircom au cours de la période allant de 2010 à 2015 est le plus faible parmi tous les opérateurs étudiés dans cette analyse ;
 - (x) L'utilisation du CMPC, qui, en ce qui concerne Eircom, a été déterminé par ComReg, n'est pas un critère de référence approprié ; les éléments de preuve apportés par l'expert économiste indépendant établissent que, dans de nombreux secteurs d'activité, les entreprises obtiennent un taux de rendement supérieur au CMPC et que tous les opérateurs de ce marché ont des niveaux de rentabilité bien supérieurs au CMPC appliqué à Eircom. L'OSU, qui est une obligation dont l'objectif est de garantir que les usagers aient accès à des prix abordables à une série de services de communication de base, n'a pas pour objectif de réduire la rentabilité du PSU dans un environnement concurrentiel. Imposer unilatéralement le coût de l'OSU au PSU, quand bien même cela place le PSU dans une position concurrentielle défavorable et en dépit de ce que ses principaux concurrents ne font l'objet d'aucune mesure de réduction de leurs profits à un niveau équivalent, va à l'encontre des objectifs de la directive cadre et de la directive service universel de garantir la proportionnalité et d'éviter des discriminations et des distorsions de concurrence ;

- (xi) Les éléments de preuve apportés par l'expert économiste d'Eircom, et non contestés par l'expert économiste de ComReg, démontrent que, en 2010/2011, le coût net aurait dû être de 244 millions d'euros (représentant 62 % des bénéfices avant intérêts et impôts) pour pouvoir satisfaire à ces critères et que, s'agissant des années pour lesquelles un financement a été demandé, la somme la moins élevée qui aurait pu satisfaire à ces critères au cours de l'une de ces années aurait été un coût net de 51 millions d'euros (représentant 23 % des bénéfices avant intérêts et impôts) ;
- (xii) Les critères adoptés par ComReg dans ses décisions signifieraient qu'il n'existerait une charge injustifiée pesant sur Eircom qu'à condition que le CMPC d'Eircom pour la totalité des activités de lignes fixes ait chuté à un point tel que, s'il s'était maintenu, cela aurait abouti, selon les éléments de preuve de l'expert économiste, à ce qu'Eircom aurait commencé à rencontrer des difficultés pour lever de nouveaux capitaux. Cela n'est pas cohérent avec le régime réglementaire dont l'objectif est de promouvoir une concurrence effective ;
- (xiii) Pour autant que ce qui a été jugé dans l'arrêt Base présente une pertinence à l'égard de marchés sur lesquels il n'y a qu'un seul PSU, il s'ensuit donc que l'autorité réglementaire nationale doit, dans un premier temps, procéder à une évaluation individuelle des coûts nets réels pesant sur le PSU, sans appliquer des suppositions d'ordre général quant à la relation entre un coût réel positif et une charge injustifiée, mais doit ensuite, dans un deuxième temps, respecter l'obligation contraignante en vertu de la directive service universel de déterminer s'il existe ou non une charge injustifiée dans le contexte factuel complet du marché sur lequel le PSU opère ; et [Or. 15]
- (xiv) La rentabilité d'Eircom et sa capacité à obtenir un taux de rendement équitable sont affectées de manière significative par le coût net pesant sur le du PSU parce que cela impose à Eircom un coût supplémentaire que ses concurrents n'ont pas à supporter, sans pour autant qu'Eircom n'ait le moindre contre-avantage (tel qu'une puissance de marché quasi monopolistique sur le marché de détail) afin de compenser le désavantage de la charge du coût supplémentaire. Le point de savoir s'il existe un « *effet significatif* » sur la rentabilité et/ou la capacité d'obtenir un taux de rendement équitable ne saurait être déterminé par un seuil de rentabilité, excluant ainsi des considérations tenant aux distorsions de concurrence et à la justification objective.

La position de ComReg

- 44 La position de ComReg pour ce qui est des questions donnant lieu à la présente demande de décision préjudicielle en vertu de l'article 267 est la suivante :
- (i) L'effet de ce qui a été jugé dans l'arrêt Base est de se concentrer sur la capacité du PSU à supporter le coût net à la lumière des propres

- caractéristiques de celui-ci. Les critères dégagés prévoient une analyse unilatérale de la propre capacité de l'entité à supporter la charge, et non une analyse de tous les concurrents sur le marché et de leur capacité respective à supporter le coût net ;
- (ii) Non seulement la directive service universel autorise l'autorité réglementaire nationale à définir des critères généraux et objectifs afin de rendre possible la détermination du point de savoir si la charge est excessive, mais, au vu de l'arrêt Base, exige même positivement de l'autorité réglementaire nationale qu'elle le fasse. Ces critères ne sont pas fixés par la directive ou par la Cour, mais doivent être définis par chaque autorité réglementaire nationale. Il n'est donc nullement surprenant que chaque État membre ait adopté ses propres critères et que ceux-ci varient d'un État membre à l'autre ;
 - (iii) Le critère d'examen énoncé par l'arrêt Base vise à savoir si le coût net est excessif au vu de la capacité du PSU à le supporter, à la lumière des critères identifiés qui se concentrent sur les caractéristiques du PSU ;
 - (iv) Eu égard au critère d'examen énoncé par l'arrêt Base, la rentabilité est une variable fondamentale pour déterminer la capacité d'Eircom à supporter le coût net ;
 - (v) ComReg fait valoir que la rentabilité d'Eircom et sa capacité à obtenir un taux équitable de RCI sont des mesures de sa situation financière et celles-ci sont utilisées de manière appropriée pour évaluer sa capacité à supporter la charge du coût net. ComReg soutient que le CMPC réglementaire autorisé constitue un critère de référence concurrentiel du niveau de rendement approprié qui doit être utilisé dans le cadre de l'évaluation. Le CMPC est couramment utilisé par les régulateurs et les autorités dans les affaires de concurrence comme critère de référence pour mesurer le rendement que les investisseurs (à savoir les détenteurs de fonds et les prêteurs) peuvent espérer obtenir en investissant dans une entreprise. Le CMPC représente le coût d'opportunité de l'investisseur pour assumer le risque d'investir dans une société ou, en d'autres termes, le rendement que l'investisseur exigerait en tant que critère de référence de l'investissement ; **[Or. 16]**
 - (vi) Les rapports d'Oxera et les décisions de ComReg se sont concentrés sur les caractéristiques d'Eircom et sur sa capacité à supporter le coût net et sont parvenus à la conclusion que le coût net n'était pas excessif au vu de la capacité d'Eircom de le supporter conformément à ce critère d'examen ;
 - (vii) La capacité de financement croisé à partir des profits réalisés d'une entité présente une pertinence à l'égard de la capacité à supporter les coûts nets de l'OSU et du financement croisé en tant que principe sous-tendant la motivation de l'arrêt Base ;
 - (viii) Eircom met en exergue le caractère injustifié d'avoir à supporter une charge de 45 millions d'euros sur cinq ans, tout en faisant abstraction de ce que, au

- cours de la même période, le BAI d'Eircom s'élevait à 1,397 milliards d'euros. Cela est remarquable eu égard à ce que l'évaluation de la charge injustifiée vise à déterminer la capacité du PSU à supporter le coût net ;
- (ix) De manière critique, Eircom ne produit pas d'éléments prouvant que sa rentabilité et sa capacité à obtenir un taux équitable de RCI ont été affectées de manière significative par le coût net de l'OSU. Pas plus qu'Eircom ne soutient que le coût net de l'OSU générerait la moindre absence de rentabilité (vu qu'il n'y a pas d'absence de rentabilité) et, plus fondamentalement, Eircom n'invoque pas une incapacité à supporter le coût. Le niveau absolu de profits et l'analyse confrontant le RCI au CMPC démontrent que le coût net n'avait pas un effet significatif sur la rentabilité d'Eircom. En prenant à titre d'exemple l'année 2010/2011, alors qu'Eircom évoluait dans un environnement concurrentiel, son BAI était de 388 millions d'euros tout en supportant le coût net positif pour cette année de 7,5 millions d'euros ;
- (x) Nulle part, l'arrêt BASE n'affirme ou n'étaye la proposition selon laquelle ComReg doit procéder à une évaluation des concurrents du PSU, de leurs profits, de leurs parts de marché et des bénéfices qu'ils tirent de l'OSU. Nulle part dans l'arrêt Base, il n'est suggéré qu'il faut procéder à ce type d'analyse de marché ou qu'il faille procéder à une quelconque comparaison entre Eircom et ses concurrents avant de déterminer si cette dernière peut supporter la charge du coût net ;
- (xi) ComReg soutient que les parts de marché des concurrents et leur progression tendancielle (comme avancé par Eircom) ne sont pas révélatrices, et encore moins déterminantes, quant à la capacité d'Eircom à supporter le coût net. S'agissant du RCI des autres acteurs du marché qu'Eircom expose à l'Annexe H, ComReg soutient que cette analyse des RCI présente des données volatiles et contradictoires sur la rentabilité des concurrents et que, en tout état de cause, elle ne présente pas de pertinence pour l'évaluation ;
- (xii) Si l'évaluation d'une charge injustifiée exigeait une telle analyse du marché, l'on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que la directive cadre et la directive service universel l'aient énoncé dans des termes similaires ou identiques ou encore que la Cour aurait pu l'énoncer dans son arrêt Base ce qu'elle n'a pas fait ;
- (xiii) La méthodologie de ComReg prend bien en compte la situation concurrentielle sur le marché étant donné que, s'il est établi qu'un coût net positif affecte de manière significative la rentabilité d'un PSU, ComReg évaluera si un tel coût net a ou non un impact sur la capacité d'un PSU à être à l'avenir en concurrence à armes égales avec ses concurrents. En outre, dans le contexte de l'analyse visée par la décision 40, ComReg [Or. 17] et Oxera ont bien pris en considération des aspects du marché en tant que contexte plus large de l'évaluation de la rentabilité (y compris la tarification

- d'Eircom et ses parts du marché des lignes fixes) ce qui ressort par exemple du tableau 5.1 et des conclusions des rapports d'Oxera annexés à chacune des décisions, dont un exemple pour l'année 2014/2015 figure à l'Annexe D ;
- (xiv) la rentabilité est un puissant indicateur de l'environnement concurrentiel et le résultat d'une évaluation de la rentabilité n'est pas dénué de considérations relatives à la concurrence ;
 - (xv) ce qui est en cause dans le cadre du présent appel est le coût net de l'OSU – l'impact d'une somme en numéraire – et non les autres exigences qualitatives de l'OSU susceptibles d'avoir des effets sur la concurrence tel que le PMG ;
 - (xvi) il ne fait aucun doute que, en adoptant l'arrêt Base, lorsqu'elle a déterminé le critère d'examen approprié pour déterminer l'existence d'une charge injustifiée, la Cour avait présent à l'esprit les exigences de non-discrimination, de proportionnalité et de minimisation des distorsions de concurrence ainsi que le changement des conditions du marché qui peut être occasionné au PSU ; et
 - (xvii) l'expert économiste retenu par ComReg est convaincu que la comparaison entre le RCI et le CMPC est appropriée en tant qu'élément de l'évaluation de la situation économique et financière d'un PSU.

X. LES MOTIFS DU RENVOI PRÉJUDICIEL

- 45 Il existe entre les parties un désaccord quant à la signification des conclusions tirées par la Cour de justice dans l'arrêt Base et leur application à l'appréciation d'une charge injustifiée lorsque qu'il n'y a qu'un seul PSU sur le marché et, plus généralement, quant au critère correct à appliquer pour déterminer une charge injustifiée.
- 46 La décision rendue dans l'arrêt Base ne traite pas de la situation dans laquelle il y a sur le marché concerné plusieurs prestataires de services de télécommunication, mais seulement un PSU. Telle est la situation en Irlande. Des éclaircissements de la Cour de justice sont nécessaires pour pourvoir statuer sur les questions en cause dans l'affaire au principal. En outre, ces éclaircissements présenteront vraisemblablement un intérêt pour les juridictions d'autres États membres ; il est peu vraisemblable que l'Irlande soit le seul État membre ayant un marché libéralisé des télécommunications dans lequel ce problème peut se poser.

XI. LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES POSÉES

Dans des circonstances dans lesquelles : [Or. 18]

(i) le marché des télécommunications a été libéralisé et plusieurs prestataires de services de télécommunication opèrent sur ce marché ;

(ii) un prestataire de service (ci-après le « prestataire du service universel » ou « PSU ») a été choisi par l'autorité réglementaire nationale (ci-après l'« ARN ») pour remplir les obligations du service universel (ci-après la/les « OSU ») ; et ;

(iii) il a été établi par l'ARN qu'il existe un coût net positif lié à l'exécution des OSU (ci-après le « coût net OSU ») ;

(iv) il a été établi par l'ARN que le coût net OSU est substantiel comparé aux coûts administratifs d'établissement d'un mécanisme de partage du coût net OSU entre les acteurs du marché ;

si, en vertu de ses obligations au titre de la directive service universel 2002/22, l'ARN est tenue d'examiner si le coût net OSU est excessif au vu de la capacité du PSU de le supporter , compte tenu de l'ensemble des caractéristiques du PSU, notamment du niveau de ses équipements, de sa situation économique et financière et de sa part de marché (ainsi qu'évoqué au point 42 de l'arrêt Base), les directives permettent-elles à l'ARN de procéder à cet examen en prenant en considération exclusivement les caractéristiques/la situation du PSU ou bien exigent-elles d'examiner les caractéristiques/la situation du PSU par rapport à ses concurrents sur le marché concerné ?