spéciaux octroyés à certaines entreprises en matière de services de télécommunications, il lui appartenait, d'une part, de définir le type de droits concrètement visé et, d'autre part, de faire apparaître en quoi l'exécution de ces droits serait contraire aux différentes dispositions du traité. Faute de toute indication en ce sens, les dispositions de la directive 90/388 relative aux services de télécommunications doivent être annulées en tant qu'elles visent à régler les droits spéciaux.

4. L'extension du monopole de l'établissement et de l'exploitation du réseau téléphonique au marché des services de télécommunications, sans justification objective, est prohibée comme telle par les articles 86 et 90, paragraphe 1, du traité, lorsque cette extension est le fait d'une mesure étatique conduisant ainsi à éliminer la concurrence. Tel est le cas de l'octroi de droits exclusifs pour la fourniture des services de télécommunications aux organismes de télécommunications, qui sont ainsi conduits à exclure les concurrents du marché desdits services ou, tout au moins, à restreindre leur accès audit marché. La Commission était de ce fait fondée à exiger, par sa directive 90/388, l'abolition de ces droits.

RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans les affaires jointes C-271/90, C-281/90 et C-289/90 *

I — Faits

Le 28 juin 1990, la Commission a arrêté, sur la base notamment de l'article 90, paragraphe 3, du traité, la directive 90/388/CEE, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (JO L 192, p. 10, ci-après « directive »), dont le contenu peut, en substance, être caractérisé comme suit.

L'article 1er contient une définition de différents termes, tels que « organismes de télécommunications », « droits spéciaux ou exclusifs », « réseau public de télécommunications », « services de télécommunications », « point de terminaison du réseau », « exigences essentielles », etc. Il précise en outre que la directive ne s'applique pas au service télex, à la radiotéléphonie mobile, à la radiomessagerie et aux communications par satellite.

En vertu de l'article 2, les États membres assurent notamment l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux pour la fourniture de services de télécommunications autres que le service de téléphonie vocale et prennent les mesures nécessaires afin de garantir le droit de tout opérateur économique de fournir lesdits services de télécommunications.

* Langues de procédure: l'espagnol (dans l'affaire C-271/90); le français (dans l'affaire C-281/90), et l'italien (dans l'affaire C-289/90).

L'article 4 impose l'adoption de modalités d'application en ce qui concerne la location des circuits ainsi que la communication à la Commission des éléments permettant d'apprécier le bien-fondé des augmentations des tarifs applicables aux circuits loués.

L'article 6 prévoit, entre autres, l'abrogation des restrictions existantes en ce qui concerne le traitement des signaux avant leur transmission sur le réseau public ou après leur réception ainsi que l'obligation de communiquer à la Commission les mesures adoptées.

L'article 7 prévoit l'attribution à partir du 1er juillet 1991 de certaines fonctions administratives, techniques, de contrôle et de surveillance à une entité indépendante des organismes de télécommunications.

L'article 8 reconnaît aux utilisateurs liés par un contrat de fourniture de services de télécommunications stipulé en régime de droits exclusifs ou spéciaux le droit de résilier ledit contrat avec un certain préavis.

Enfin, selon l'article 9, les États membres communiquent à la Commission les informations nécessaires pour lui permettre d'établir pendant une période de trois ans, à la fin de chaque année, un rapport d'ensemble sur l'application de la directive.

II — Procédure contentieuse

Les recours du royaume d'Espagne, du royaume de Belgique et de la République italienne ont été enregistrés au greffe de la Cour respectivement les 7, 14 et 20 septembre 1990. Par ordonnance du 5 décembre 1990, la Cour a admis la République française à intervenir dans l'affaire C-271/90 à l'appui des conclusions de la partie requérante.

La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable. Elle a cependant invité les parties à lui indiquer de façon précise quels moyens et arguments elles entendaient maintenir, compte tenu de l'arrêt qu'elle avait prononcé le 19 mars 1991, France/Commission (C-202/88, Rec. p. I-1223).

III — Conclusions des parties

Dans l'affaire C-271/90, le *royaume d'Espagne*, soutenu par la *République française*, conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— annuler la directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, en ce qui concerne l'article 2 pour ce qui est des droits spéciaux, et en ce qui concerne les articles 8 et 9;

— condamner l'institution défenderesse aux dépens.

La *Commission* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours et

— condamner la requérante aux dépens.

Dans l'affaire C-281/90, le *royaume de Belgique* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— annuler la directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, et

— condamner la partie défenderesse aux frais et dépens de la partie requérante.

La *Commission* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter la demande en annulation de la directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, introduite par l'État belge, et

— condamner la partie requérante aux dépens.

Dans l'affaire C-289/90, la *République italienne* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— annuler la directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, en ce qui concerne ses articles 2, 4 et 8, et

— condamner la Commission aux dépens.

La *Commission* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours de la République italienne ayant pour objet l'annulation de la directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, et

— condamner la requérante aux dépens de l'instance.

IV — Moyens et arguments des parties

1. *Moyens contenus dans les requêtes*

a) Le *gouvernement espagnol* a invoqué cinq moyens à l'appui de son recours, à savoir le défaut de compétence, la violation de l'article 90, paragraphe 1, du traité, le détournement de procédure, l'absence de motivation et l'infraction au principe de proportionnalité.

Le *gouvernement français*, intervenu au soutien des conclusions du royaume d'Espagne, invoque l'incompétence de la Commission sur le fondement de l'article 90 du traité, la violation des formes substantielles et le détournement de procédure.

b) Le *gouvernement belge* a invoqué deux moyens à l'appui de son recours, à savoir, d'une part, la violation des articles 4, 59, 85, 86, 87, paragraphes 1 et 2, sous c), 90, paragraphes 1 et 3, 100 A, 145, 155 et 222 du traité et des principes généraux régissant l'équilibre institutionnel interne de la

Communauté et, d'autre part, la violation des articles 90, paragraphe 3, et 190 du traité. Le *gouvernement belge* précise dans sa requête que le premier moyen d'annulation est le moyen proprement institutionnel, puisqu'il part de la constatation, y motivée, selon laquelle la directive litigieuse a pour véritable objet l'exercice de la part de cette institution d'un pouvoir proprement normatif et non pas simplement répressif d'infractions à la règle communautaire. Le second moyen, subsidiaire par rapport au précédent, viserait à examiner la directive au regard de l'obligation communautaire de motiver.

c) Le *gouvernement italien* a invoqué cinq moyens dans sa requête, à savoir: 1) incompétence de la Commission pour adopter les dispositions visées aux articles 1, 2, 4, 6, 7 et 8 de la directive, violation et application erronée de l'article 90, paragraphe 3, du traité, violation des articles 100 A et 155 du traité, 2) violation du principe de mise en demeure préalable qui peut être tiré des articles 93, paragraphe 2, et 169 du traité, détournement de pouvoir, défaut de motivation, 3) autres violations de l'article 90 du traité, détournement de pouvoir, incompétence, 4) violation du principe de proportionnalité et 5) autres violations de l'article 90 du traité et du principe de proportionnalité.

2. *Réponses des parties à l'invitation de la Cour d'indiquer les moyens et arguments qu'elles entendent maintenir*

a) Le *gouvernement espagnol* fait savoir qu'il renonce à ses premier et troisième moyens, c'est-à-dire l'incompétence de la Commission et l'utilisation d'une procédure inadéquate, puisque ceux-ci auraient déjà reçu une réponse dans l'arrêt C-202/88, précité. En ce qui concerne le deuxième moyen, c'est-à-dire la violation de l'article 90, paragraphe 1, du traité, le gouvernement espagnol le maintient en ce qui concerne les droits spéciaux et y renonce pour ce qui touche aux droits exclusifs. Quant au quatrième moyen, le défaut de motivation, le gouvernement espagnol le maintient en ce qui concerne les droits spéciaux visés à l'article 2 de la directive, de même qu'en ce qui concerne les articles 8 et 9 de cette même directive. Enfin, quant au cinquième moyen, c'est-à-dire le non-respect du principe de proportionnalité, le gouvernement espagnol le maintient en ce qui concerne l'article 8 de la directive litigieuse.

Le *gouvernement français,* intervenu au soutien des conclusions du royaume d'Espagne, souhaite maintenir la totalité de ses moyens et arguments à l'encontre de la directive litigieuse.

b) Le *gouvernement belge* souhaite maintenir tous les moyens et arguments contenus dans sa requête.

c) Le *gouvernement italien* maintient le premier moyen (incompétence, violation de l'article 90, etc.) et le troisième moyen (autre violation de l'article 90) en ce qui concerne les droits spéciaux mentionnés aux articles 2 et 4 de la directive litigieuse. Il maintient intégralement le quatrième moyen (violation du principe de proportionnalité) ainsi que le cinquième (autre violation de l'article 90 ainsi que du principe de proportionnalité) en ce qui concerne l'article 8 de la directive.

d) La *Commission* maintient l'intégralité des arguments soulevés dans ses mémoires en défense et en duplique.

3. *Résumé des moyens et arguments maintenus par les parties*

Les moyens et arguments maintenus par les parties peuvent être résumés comme suit.

a) Le détournement de procédure

La *partie intervenante* estime que l'adoption par la Commission, sur la base de l'article 90, paragraphe 3, d'une directive prescrivant l'abolition pure et simple de certains droits spéciaux ou exclusifs en matière de services de télécommunications constitue un détournement de procédure.

Selon elle, il appartenait à la Commission soit de mettre en cause l'usage de leurs droits par les entreprises de télécommunications par le biais de l'article 86 du traité et du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (JO 1962, 13, p. 204), soit d'ouvrir contre les États membres concernés une procédure en manquement en vertu de l'article 169 du traité CEE afin de contraindre ceux-ci à prendre les mesures nécessaires au respect par leurs entreprises de télécommunications des dispositions du traité.

Ces deux procédures impliquaient cependant, d'une part, l'établissement de l'infraction ou du manquement allégué, d'autre part, l'ouverture d'un débat contradictoire — l'entreprise de l'État membre intéressé devant être mise en mesure de présenter ses observations —, dont la Commission avait pu faire l'économie en recourant abusivement à l'article 90, paragraphe 3, du traité.

Le gouvernement français relève en outre que le recours, par la Commission, à l'article 90, paragraphe 3, conduit à un véritable renversement de la charge de la preuve, puisqu'il ne s'agit plus pour la Commission, comme dans les procédures du règlement n° 17 et de l'article 169 du traité, d'établir les infractions dont se seraient rendus coupables les entreprises de télécommunications ou les États, mais qu'il revient au contraire aux États membres de se disculper de ces charges.

L'article 90, paragraphe 3, étant dépourvu de toute procédure contradictoire préalable, le gouvernement français estime que la Commission ne pouvait recourir à l'instrument de la directive, prévu à l'article 90, paragraphe 3, à des fins « répressives » et en lieu et place de l'article 169 du traité.

En réponse à ce moyen, soulevé en premier lieu par le gouvernement espagnol, la *Commission* fait valoir dans son mémoire en défense dans l'affaire C-271/90 que, pour le marché des services de télécommunications, des situations d'infraction aux dispositions du traité se constataient dans la majorité des États membres. Or, l'article 169 du traité de même que la procédure d'application de l'article 86 ne permettaient à cet égard que

des actions ponctuelles et individuelles de caractère répressif, alors que ce secteur nécessitait concrètement une solution commune et cohérente pour tous les États membres afin non pas seulement de mettre fin aux infractions existantes, mais aussi d'éviter qu'elles ne se reproduisent. L'article 90 du traité serait la base juridique la plus appropriée pour aboutir à ce résultat.

b) L'incompétence de la Commission

aa) L'article 90, paragraphe 3, du traité ne confère à la Commission aucun pouvoir normatif

Le *gouvernement belge* estime qu'une tâche de surveillance, telle que celle prévue par l'article 90, paragraphe 3, du traité, ne peut s'entendre que par rapport à des règles préexistantes. Étant donné qu'aucune des dispositions du traité auxquelles l'article 90, paragraphe 1, fait référence n'imposerait aux États membres les obligations contenues aux articles 1, 2, 4 et 6 de la directive litigieuse, la Commission aurait en réalité assumé le pouvoir législatif d'organiser seule le marché commun des services de télécommunications, c'est-à-dire une politique communautaire sectorielle absente du traité.

Le *gouvernement italien* estime, en ce qui concerne les droits spéciaux mentionnés aux articles 2 et 4 de la directive litigieuse, que la Commission a exercé un pouvoir de contenu normatif réglementaire, dont la base ne pouvait se trouver ni dans l'article 90, paragraphe 3, ni dans aucune autre règle du traité.

Le *gouvernement français* relève également que, en adoptant une directive dont l'article 2 prescrit l'abolition pure et simple des droits exclusifs ou spéciaux pour la fourniture des services de télécommunications autres que le service de téléphonie vocale, la Commission est allée au-delà du devoir de vigilance et de surveillance souligné par la Cour dans son arrêt du 6 juillet 1982, France, Italie et Royaume-Uni/Commission (188/80 à 190/80, Rec. p. 2545), et a exercé un pouvoir normatif qui ne lui est reconnu nulle part.

La *Commission* fait valoir que l'objectif de la directive est d'assurer à tout opérateur économique l'accès selon des critères objectifs à la prestation de services de télécommunications et l'exercice de cette activité. Selon la Commission, si la directive a une portée générale et un caractère obligatoire, cela ne signifie pas qu'elle a un caractère normatif, c'est-à-dire qu'elle introduirait dans l'ordre juridique communautaire de *nouvelles* règles générales. Les règles de droit, que la directive se contente d'expliquer et d'appliquer à des cas concrets ou à des possibilités concrètes d'infractions, figureraient dans certaines dispositions du traité, telles que les articles 59 et 86, qui eux auraient bel et bien un caractère normatif. La Commission estime donc que la directive s'inscrit clairement dans le cadre du rôle de surveillance du respect des dispositions existantes du traité qui lui est conféré par l'article 90, paragraphe 3.

bb) L'article 90, paragraphe 1, du traité présuppose l'existence des droits spéciaux ou exclusifs

Les *gouvernements espagnol, italien* et *français* font valoir que l'article 90, paragraphe 1, présuppose l'existence de droits spéciaux. Le *gouvernement français* considère en outre que cette disposition présuppose aussi l'existence des droits exclusifs. Selon lui, en effet, estimer avec la Commission que les droits en question constituent eux-mêmes une mesure au sens de cet article ôterait tout effet utile à cette disposition du traité. La Cour aurait en effet jugé que l'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise à qui un État accorde, au sens de l'article 90, des droits exclusifs ou l'extension de ces droits consécutive à une intervention nouvelle de cet État n'est pas, en tant que telle, incompatible avec le traité (arrêt du 30 avril 1974, Sacchi, 155/73, Rec. p. 409). Partant, il appartenait à la Commission de mettre en cause l'usage de ces droits, au cas par cas, dans chacun des États, mais en aucune façon les droits eux-mêmes.

De l'avis de la *Commission*, l'article 90, paragraphe 1, du traité ne constitue en aucune manière une légitimation communautaire de quelque droit exclusif ou spécial que ce soit. Selon elle, l'article 90, paragraphe 1, se contente de constater l'existence éventuelle de droits exclusifs ou spéciaux et, s'il ne les mentionne explicitement que dans une incise ne faisant pas partie des éléments principaux de son dispositif (« les États membres ... n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité... »), cela signifie uniquement que les droits exclusifs ou spéciaux ne sont admis que si, et dans la mesure où, ils ne sont pas incompatibles *en soi* avec d'autres règles du traité.

cc) La violation des compétences conférées au Conseil par les articles 87 et 100 A du traité

Le *gouvernement belge* estime que, en prescrivant l'abolition des droits spéciaux et exclusifs, la Commission a empiété sur les compétences conférées au Conseil par les articles 87 et 100 A du traité. La formation du marché commun des télécommunications nécessiterait, comme toute politique commune pour un secteur spécifique, qu'harmonisation et libéralisation soient conduites de façon systématiquement jumelée, et ce non pas seulement pour des raisons de simple bon sens économique ou de nécessité technique, mais surtout à cause du caractère primordial de l'interaction politique entre harmonisation et libéralisation. C'est donc à la même institution qu'il reviendrait de légiférer vers l'harmonisation comme vers la libéralisation.

Le *gouvernement italien* fait valoir que, en prescrivant l'abolition des droits spéciaux, la Commission a pratiquement décidé la politique communautaire de la concurrence dans le secteur des télécommunications et a réalisé, implicitement mais nécessairement, une harmonisation des divers intérêts des États membres et des différentes législations. Or, il résulterait clairement du texte des articles 100 et 100 A du traité qu'un tel pouvoir ne lui appartient pas.

La *Commission* conteste que la directive opérerait une harmonisation des législations des États membres dans le domaine des télé-

communications. Selon elle, les différentes dispositions de cette directive ne cherchent qu'à supprimer les droits exclusifs et spéciaux, à éliminer les restrictions et, dans les cas où ces droits exclusifs ou spéciaux sont maintenus, à assurer que les conditions d'accès et d'exercice soient objectives et non discriminatoires.

La Commission estime en outre que, ainsi qu'il résulte de l'article 89 du traité, elle peut faire appliquer les articles 85 et 86, même en l'absence de mesures arrêtées par le Conseil, pour en préciser « le cas échéant » le champ d'application [article 87, paragraphe 2, sous c), du traité].

c) Le défaut de motivation

Les *gouvernements belge* et *français* font valoir que, dans la mesure où la directive vise à mettre fin à certaines infractions au droit communautaire commises par les États membres, elle est entachée d'un défaut de motivation, car elle ne précise pas les États membres qui ont commis des infractions ni dans quelles circonstances ces infractions ont été commises. Le *gouvernement espagnol* soutient cette argumentation en ce qui concerne les droits spéciaux visés à l'article 2, de même qu'en ce qui concerne les articles 8 et 9 de la directive.

La *Commission* relève que la directive fait une analyse complète, claire et précise de la situation existante, des infractions et des objectifs à atteindre pour y remédier. Selon elle, il ne faut pas oublier que l'acte en cause est une directive, qui par nature est un acte général adressé à tous les États membres et où il ne peut être question de faire état d'un examen circonstancié de chaque situation particulière, même si lors de son élaboration la Commission a pris en considération tous les éléments qui étaient en sa possession. De surcroît, la Commission fait valoir que les États membres ont été associés à l'élaboration de la directive et ont eu l'opportunité de s'exprimer sur son contenu.

d) La violation du principe de proportionnalité

Selon le *gouvernement italien*, au lieu de présumer que l'attribution même de droits spéciaux ou exclusifs est contraire au traité, avec la conséquence d'obliger à supprimer (article 2 de la directive) ou à limiter (article 4) ces droits, la Commission aurait dû entreprendre une enquête sur les différents comportements adoptés dans l'exercice de ces droits, vérifier si ces comportements étaient ou non conformes au traité et, dans la négative, les réprimer. De toute évidence, la suppression constituerait un instrument disproportionné par rapport au but à atteindre.

Pour les mêmes raisons, les *gouvernements espagnol* et *italien* relèvent que l'article 90, paragraphe 3, du traité n'attribue pas à la Commission le pouvoir d'obliger les États membres à influer, de manière autoritaire, sur le contenu des contrats librement conclus dans le passé entre gestionnaires et utilisateurs (article 8 de la directive).

La *Commission* fait valoir que l'argument soulevé par le gouvernement italien consiste en fait à présenter sous une autre forme le moyen tiré de l'incompétence de la Commission (l'article 90, paragraphe 1, du traité présuppose l'existence des droits spéciaux ou exclusifs), auquel elle estime avoir déjà suffisamment répondu.

En ce qui concerne l'article 8 de la directive, qui permet aux clients des organismes de télécommunications de résilier un contrat d'une durée supérieure à un an de fourniture de services de télécommunications, la Commission observe qu'une telle disposition ne constitue que le corollaire de l'obligation de supprimer les droits spéciaux ou exclusifs. Comme l'indique le trente-et-unième considérant de la directive, il serait vain d'ouvrir le marché des services de télécommunications à la concurrence des opérateurs privés, si les clients liés par des contrats de longue durée aux organismes de télécommunications qui détiennent les droits exclusifs continuaient pendant des années à être engagés vis-à-vis de l'ancien détenteur du monopole du service en question.

M. Zuleeg
Juge rapporteur