CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO
présentées le 13 février 1990 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Le présent recours a pour objet la directive désormais connue 88/301/CEE de la Commission, du 16 mai 1988 [1], relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, qui a pour base juridique l'article 90, paragraphe 3, du traité CEE. Il s'agit de la deuxième application que la Commission a donnée à la disposition en question en vue d'adopter une directive, après celle, tout aussi connue, qu'il est convenu d'appeler la directive « transparence », qui a ensuite abouti à votre arrêt du 6 juillet 1982, République française, République italienne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/Commission [2]. Le fait que le recours à l'article 90, paragraphe 3, du traité soit loin d'être indiscutablement accepté par les États membres ressort non seulement de l'adhésion de quatre gouvernements (belge, grec, italien et allemand) à la position de l'État membre requérant, mais également de l'opposition — soulignée à plusieurs reprises par la presse — des États et du Conseil à une nouvelle directive en matière de télécommunications, qui concerne notamment les services, que la Commission a adoptée à quelques mois de distance de celle dont nous traitons ici, et qui n'est pas encore notifiée.

Le présent litige offre à l'évidence à la Cour l'occasion d'examiner et de trancher un problème de droit d'une importance certaine, également d'un point de vue institutionnel, concernant la portée des obligations incombant aux États membres quant à l'existence et aux modalités de fonctionnement d'entreprises publiques ou concessionnaires de droits exclusifs ou spéciaux, en l'occurrence dans le secteur des terminaux de télécommunications, et, surtout, quant à la définition des compétences de la Commission (et, implicitement, également des autres institutions) au regard des interventions publiques dans l'économie des États membres. En substance, il est demandé à la Cour de donner de l'article 90, et en particulier de ses paragraphes 1 et 3, une lecture qui permette d'en surmonter la claire ... obscurité.

L'objet du litige

2. Il est apparu tant dans la phase écrite que, surtout, au cours de l'audience que la préoccupation principale des États qui contestent la directive a pour objet moins le contenu matériel de l'acte attaqué qu'en réalité la *compétence* de la Commission pour réglementer cette matière sur la base de l'article 90, paragraphe 3, ainsi que les modalités de son exercice. Cela ne signifie évidemment pas que tous les États soient d'accord avec la Commission pour reconnaître que le maintien des droits exclusifs ou spéciaux attribués aux organismes opérant dans le secteur des télécommunications dans les ordres juridiques respectifs est contraire au traité. Mais cela veut simplement dire que, qui plus ouvertement, qui d'une manière plus circonspecte, chacun d'entre

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 131 du 27.5.1988, p. 73.

2 — Affaires jointes 188/80, 189/80 et 190/80, Rec. p. 2545.

eux a laissé entendre que le processus de libéralisation du marché des terminaux de télécommunication qui est à la base de l'action de la Commission ne le laisse pas indifférent. Toutefois, en ce qui concerne les modalités, la procédure et la base juridique utilisées par la Commission, tous les États — requérant et intervenants — paraissent reprendre les mots de Dante: « ... il modo ancor m'offende... »

3. Voyons donc et la substance et la « manière ». Bien que le rapport d'audience expose d'une manière exhaustive les faits, le cadre normatif et les arguments des parties, il ne nous semble pas inutile de résumer brièvement l'origine du litige.

4. L'action de la Commission part de la constatation que, en raison du développement technologique et en particulier des effets que l'informatique a comportés dans le secteur des télécommunications, la situation actuelle sur le marché en question n'est pas satisfaisante. Pour permettre la réalisation du grand marché intérieur, il apparaît donc nécessaire de progresser vers une forme de libéralisation plus étendue, notamment pour ce qui concerne les terminaux d'accès aux réseaux de télécommunications. En d'autres termes, si la Commission semble — du moins pour l'heure — reconnaître le caractère inéluctable de la persistance de structures monopolistiques à caractère public en ce qui concerne l'aspect des *réseaux de télécommunications,* elle considère que les éventuels droits spéciaux ou exclusifs octroyés par les États aux entreprises concessionnaires quant à l'importation, la commercialisation, le raccordement, la mise en service ou l'entretien des *terminaux de télécommunication* ne sont plus acceptables. Le noyau central de la directive attaquée consiste donc, précisément, dans l'obligation que fait l'article 2 aux États membres de supprimer ces droits et de communiquer à la Commission les mesures prises et les projets déposés à cet effet.

Outre l'article 2, le recours du gouvernement requérant vise les articles 6, 7 et 9 de la directive: l'article 6, en ce qu'il prévoit la séparation des fonctions de réglementation technique et de commercialisation de biens et/ou de services; l'article 7, en ce qu'il prévoit que les États membres ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour que soit possible la résiliation, avec un préavis maximal de un an, des contrats de location ou d'entretien d'appareils terminaux qui, lors de leur conclusions, faisaient l'objet de droits exclusifs ou spéciaux octroyés à certaines entreprises; l'article 9, en ce qu'il prévoit l'obligation de fournir chaque année un rapport permettant à la Commission de constater si les dispositions des directives ont été respectées.

En ce qui concerne, en revanche, les autres articles, qui sont considérés comme dissociables des dispositions attaquées, le gouvernement français estime qu'ils pourraient être maintenus parce qu'à son avis ils ne présentent pas les mêmes vices que ceux qui sont inhérents aux articles contestés.

Les thèses en présence

5. Les moyens soulevés par le gouvernement requérant, et qui sont repris par les gouvernements intervenants, consistent dans l'incompétence de la Commission, dans la violation des formes substantielles qui se traduirait concrètement par une motivation insuffisante, dans la violation du principe général de proportionnalité et, enfin, dans le détournement de procédure.

6. Il y a cependant lieu de bien mettre en évidence le fait que, quelles que soient l'articulation et la qualification des moyens, le problème central soumis à l'examen de la Cour est celui de la *compétence* de la Commission. Précisément pour cette raison, il est bon de clarifier d'emblée que l'incompétence invoquée est rapportée à des aspects distincts.

Dans une première configuration, le vice d'incompétence revêt plus spécifiquement, surtout, les formes de l'application erronée d'une disposition substantielle et précisément de l'article 90, paragraphe 1. Ce qui est en substance contesté c'est que la Commission ait, par l'acte attaqué, déclaré l'illégalité (et, partant, demandé la suppression) des droits spéciaux et exclusifs alors que la légalité de ces derniers est *postulée* par l'article 90, paragraphe 1. En d'autres termes, l'institution aurait fait une application erronée de cette disposition, dans la mesure où elle aurait assimilé l'*octroi des droits spéciaux et exclusifs* — qui serait légal également au regard de l'article 37 — à *l'adoption de mesures contraires aux dispositions du traité*, comportement qui est effectivement interdit par l'article 90, paragraphe 1. Partant, l'analyse que la Commission aurait pu (et dû) effectuer, si elle avait voulu rester dans les limites matérielles sanctionnées par la disposition, aurait dû porter exclusivement sur l'exercice des droits en question pour en vérifier la compatibilité avec les autres dispositions substantielles du traité.

Ensuite, en y regardant de près, à cette question de principe fondamentale se rattache le moyen tiré de la violation du principe de proportionnalité, la Commission ayant utilisé un instrument — la suppression des droits — manifestement disproportionné par rapport au but, qui est d'en cantonner l'exercice dans les limites fixées par le traité. En outre, en admettant même que la Commission n'ait pas outrepassé les limites matérielles de l'article 90, paragraphe 1, elle aurait, en tout cas, franchi les limites posées par l'article 90, paragraphe 3, qui ne permettraient pas d'adopter une directive en tant que « répression » d'une infraction, au lieu de la procédure prévue par l'article 169: d'où également le vice de détournement de procédure.

Enfin, la Commission aurait mal exercé également le pouvoir de répression litigieux, étant donné qu'aucune indication ponctuelle n'aurait été fournie quant aux raisons pour lesquelles les droits en question auraient donné lieu à des situations discriminatoires ou, en tout cas, incompatibles avec les règles de concurrence et le marché commun. On serait donc également en présence du vice de défaut de motivation.

7. Mais le recours de la République française, ainsi que les observations des autres États intervenants, ne se limitent pas à cette problématique. L'incompétence de la Commission est, en effet, également alléguée sous un autre aspect, et cette fois elle doit être entendue comme « incompétence » au sens propre. En violant le principe des compétences d'attribution visées à l'article 4 du traité, la Commission aurait éludé la difficulté et l'obligation de vérifier cas par cas s'il existait dans les différents États membres des discriminations à l'égard des appareils terminaux importés, en adoptant un acte général de nature *normative* dont l'objet serait, en substance, de réglementer tout un secteur de l'économie. Or, un tel acte se situerait à l'évidence en dehors de la sphère des pouvoirs que l'article 90, paragraphe 3, lui reconnaît et aurait pu, tout au plus, faire l'objet d'une *proposition au Conseil* sur la base de l'article 100 A.

8. La Commission conteste naturellement l'incompétence alléguée par la partie requérante sous les deux aspects que nous venons de mettre en évidence.

En premier lieu, la défenderesse nie que l'article 90, paragraphe 1, présuppose le maintien de tous les droits spéciaux ou exclusifs. Il existerait, dans certains cas, des droits dont l'existence même est indissociable de leur exercice, et la seule manière d'en éviter l'exercice illégal serait d'abolir ce même droit. En second lieu, la Commission, après avoir confirmé que l'acte incriminé constitue non pas une simple décision visant à mettre fin à des mesures contraires au traité, mais une « directive qui prend en considération la structure globale des marchés des terminaux de télécommunications dans les différents États membres et définit, sur la base d'une approche globale et d'une analyse détaillée des situations dans les États membres, les moyens à adopter pour qu'ils puissent se conformer aux règles du traité qui leur sont applicables » — l'agent de la Commission s'est exprimé en ce sens également à l'audience —, soutient que la directive de qua ne constituerait pas l'exercice d'un pouvoir de réglementation qui outrepasserait les limites de la vigilance ou de la surveillance ni, a fortiori, ne représenterait une activité de réglementation d'un secteur entier de l'économie. La réalité serait beaucoup plus simple: il s'agirait, d'une part, de remédier à des infractions existantes, d'autre part, de prévenir des infractions futures, l'une et l'autre finalités relevant pleinement de la compétence attribuée à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, du traité.

La Commission réfute, en outre, l'argument selon lequel l'objectif qu'elle a entendu réaliser par la directive litigieuse arrêtée au titre de l'article 90, paragraphe 3, aurait dû faire l'objet d'une directive du Conseil fondée sur l'article 100 A. Le champ d'application des deux dispositions serait différent. L'article 100 A aurait pour objectif de faire disparaître les obstacles qui résultent de l'existence de législations et de réglementations nationales, alors que l'article 90, paragraphe 3, attribuerait à la Commission un devoir de surveillance quant au respect par les États membres des obligations que leur impose l'article 90, paragraphe 1, ce qui implique le pouvoir d'adopter les décisions et les directives nécessaires à cet effet.

Observations générales

9. Avant de prendre position sur les thèses en présence, nous souhaiterions formuler quelques considérations préalables.

a) *Sur l'article 90*

10. En premier lieu, nous notons que si elle offre assurément plusieurs éléments intéressants, la jurisprudence de la Cour ne permet pas de résoudre tous les problèmes qui nous occupent aujourd'hui. Il est certes vrai que l'arrêt relatif à la directive « transparence », en particulier, ainsi que l'arrêt plus récent du 30 juin 1988, Commission/République hellénique[3], ont précisé en partie la *portée* du pouvoir dont la Commission dispose au titre de l'article 90, paragraphe 3, du traité, dans la mesure où ils ont confirmé que « les directives et décisions visées par cette disposition du traité appartiennent à la catégorie générale des directives et décisions prévues à l'article 189 » (point 11 de l'arrêt rendu dans l'affaire 226/87).

3 — Affaire 226/87, Rec. p. 3611.

Cependant, alors que la question de la légalité de l'exercice du pouvoir au titre de l'article 90, paragraphe 3, dans une fonction « répressive » est restée sans réponse dans l'arrêt Commission/République hellénique, le vif débat que le présent litige a révélé est significatif de l'incertitude qui subsiste encore, tant entre les États membres que parmi les institutions, quant à la *nature* et aux *limites* du pouvoir dont la Commission dispose en vertu de l'article 90, paragraphe 3.

11. Sous un aspect plus général, observons ensuite que la claire obscurité de l'article 90, à laquelle nous avons fait allusion ci-dessus (de même que l'obscure clarté attribuée depuis longtemps et de manière autorisée à l'article 37, les deux dispositions ayant en commun la même origine et le fait de figurer dans l'article 28 du projet de traité), n'est certainement pas due au hasard ou à une soudaine difficulté de rédaction, mais tient, au contraire, à la difficulté objective de concilier l'idée même d'un monopole ou d'une entreprise bénéficiaire de droits exclusifs avec un régime de libre concurrence et de marché commun.

Cette difficulté procède, à notre avis, de la contradiction de fond de l'ensemble du projet communautaire tel qu'il est consigné dans le traité, entre, d'une part, la prévision ponctuelle d'un marché commun et d'un régime de libre concurrence et, d'autre part, le maintien des choix de politique économique par les États membres, sous réserve de coordination. Ladite contradiction a abouti en termes formels aux articles 222, 37 et 90, pour ce qui revêt spécifiquement de l'importance ici, mais également, pour mentionner un autre aspect, par exemple à la très grande « circonspection » des dispositions relatives à la libre circulation des capitaux par rapport aux autres libertés ou même aux particularités et aux retards admis dans le secteur des banques et des assurances. En termes substantiels, ensuite, le projet de libéralisation du traité, plus il touche de près les choix laissés à l'autonomie et à la responsabilité des États membres, plus il ne peut le faire que pour autant (« dans la mesure ») que cela se révèle indispensable pour sa réalisation. A cet égard, permettez-nous d'associer dans la même dimension logique, que nous avons mise en évidence, l'expression « dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun », qui définit et limite, dans l'article 67, l'obligation des États membres de supprimer les restrictions aux mouvements des capitaux, la prudence de l'article 90, paragraphe 2, qui soumet les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général aux règles du traité « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie », et l'affirmation de la Cour, dans l'arrêt rendu sur la directive « transparence », selon laquelle la compétence attribuée à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, « se limite aux directives et aux décisions qui sont nécessaires à l'accomplissement, d'une manière efficace, du devoir de surveillance imposé par ce même paragraphe » (point 13, arrêt précité).

b) *Deux clés de lecture de la directive*

12. En second lieu, il ressort avec suffisamment de clarté du débat qui s'est déroulé entre les parties et auquel ont fait écho — en dehors, d'ailleurs, de la présente procédure — certaines prises de position d'autres institutions communautaires que l'appréciation du litige à laquelle la Cour est appelée

à procéder se situe sur deux plans distincts, parce que la directive attaquée peut être — et, de fait, a été — interprétée et appréhendée selon deux clés de lecture différentes.

13. Avec la première, on est en présence d'une directive qui déclare en substance l'incompatibilité avec le traité (notamment avec ses articles 37, 59 et 86) d'un régime de droits exclusifs en vigueur dans la plupart des États membres dans le secteur des terminaux de télécommunication et en impose l'abolition dans l'ensemble des États membres, de même qu'elle prescrit des mesures accessoires et conséquentes. Dans cette optique, la compétence litigieuse de la Commission apparaît comme exercée par un contrôle (normal) de la légalité du comportement des États membres au regard des règles du marché commun (marchandises et services) et de la concurrence. Au cours de la phase contentieuse, la Commission elle-même a revendiqué en substance, dans ces termes, sa compétence, même s'il ne manque pas certaines affirmations divergentes en réponse à des déductions précises de l'État requérant et de ceux qui sont intervenus dans la procédure.

14. Avec la seconde clé de lecture, en revanche, nous nous trouvons devant une directive qui traduit l'exercice d'un pouvoir normatif au sens propre, et disons même large, dans la mesure où la Commission, en partant d'une définition des obligations incombant aux États membres en vertu des articles 30, 37, 59 et 86 du traité, a entendu réglementer le secteur des terminaux de télécommunication d'une manière différente de celle d'un certain modèle existant dans la plupart des États membres pour certains ou tous les appareils terminaux en question. Dans cette optique, l'acte ne paraît plus pouvoir être situé sur un plan de strict contrôle de légalité, mais se présente en substance comme un choix d'opportunité qui est typique de l'exercice d'un pouvoir normatif au sens propre et qui, bien entendu, n'exclut pas qu'il soit dicté par l'exigence de « réprimer » et/ou de « prévenir » d'éventuelles violations du traité. Telle est, en vérité, la perspective qui ressort également de la référence alternative à l'article 100 A comme base juridique légale d'un acte ayant les finalités de la directive litigieuse, référence faite tant par l'État requérant que par ceux qui sont intervenus dans la procédure (en particulier le gouvernement belge), ainsi que — dans un autre contexte — par le Parlement européen [4] et par le Conseil [5], mais qu'en fait on peut relever également dans l'économie même de la directive, et notamment dans sa motivation, ainsi que dans la circonstance que la Commission en avait annoncé à l'avance l'adoption comme élément important d'une série d'initiatives de type législatif destinées à « développer » le marché des terminaux et des services de télécommunications [6].

15. Cela dit d'une manière générale, les considérations qui suivent aborderont successivement (respectivement aux points 16 à 41 et aux points 42 à 55) les deux hypothèses que nous venons de mettre en évidence, puisque nous estimons que la Cour ne peut pas éviter d'apporter aux questions la réponse complète que réclament les parties et qui s'impose en l'espèce.

4 — Résolution sur la nécessité de remédier à la fragmentation du secteur des télécommunications, du 14 décembre 1988, point 8, (JO 1989, C 12, p. 66).

5 — Voir *Agence de l'Europe* du 13.10.1989, p. 13, ainsi que du 9.12.1989, p. 7.

6 — Voir, par exemple, doc. COM(88) 48 final, communication du 9 février 1988.

Sur l'application erronée de l'article 90, paragraphe 1

16. Il y a lieu de vérifier d'abord si une directive qui impose aux États membres l'abolition du régime de droits exclusifs dans le secteur des terminaux de télécommunication, parce qu'il est contraire à certaines dispositions du traité, est en conformité avec les limites de fond et de procédure sanctionnées par l'article 90.

17. Considérant que le pouvoir de la Commission au titre de l'article 90, paragraphe 3, est limité dans son objet par l'article 90, paragraphe 1, nous estimons qu'il faut, en premier lieu, répondre à la question de savoir si la simple existence d'un régime de droits exclusifs en faveur d'entreprises déterminées peut relever des « mesures » contraires au traité qu'il est interdit aux États « d'édicter » et de « maintenir » et sur lesquelles le pouvoir de surveillance s'exerce. En effet, comme nous l'avons indiqué, l'État requérant soutient que l'abolition d'un monopole ou d'un régime de droits exclusifs ne serait prévue, indépendamment du fond, par aucune disposition du traité. Au contraire, l'article 90, en particulier, se fonderait précisément sur la prémisse de la légalité de leur existence.

18. La Cour a déjà eu plusieurs occasions de se prononcer sur ce point, de sorte que les parties n'ont pas manqué d'invoquer certains arrêts significatifs. Dans l'affaire Manghera[7], par exemple, la Cour, après avoir observé, en ce qui concerne l'article 37, que « sans exiger l'abolition desdits monopoles, cette disposition prescrit impérativement leur aménagement de façon à assurer, à l'expiration de la période de transition, l'entière disparition des discriminations visées » (point 5), a finalement affirmé que « l'article 37, paragraphe 1, du traité CEE doit être interprété en ce sens que, à dater du 31 décembre 1969, tout monopole national à caractère commercial devait avoir été aménagé de façon à faire disparaître le droit d'importation exclusif à partir des autres États membres » (point 13).

19. Le principe énoncé par la Cour dans l'affaire Manghera semble donc aller dans la direction voulue par la Commission. Mais, bien qu'il ne faille pas négliger le fait qu'en l'espèce — et à la différence de celle dont nous traitons ici — le bénéficiaire du droit exclusif d'importation était également producteur, de sorte que la discrimination vis-à-vis des autres opérateurs communautaires était tout à fait envisageable, il faut noter aussi que l'arrêt précité est limité au droit exclusif d'importation, et il n'est pas dit que les affirmations qu'il contient valent de la même manière pour les autres droits exclusifs ou spéciaux. A cet égard, il n'est pas sans signification que la Cour ait précisé dans le même arrêt que l'article 37 exige non pas l'abolition des monopoles commerciaux, qui sont considérés comme légaux, mais uniquement l'élimination des discriminations, celles-ci résultant, en l'espèce de la simple existence d'un droit exclusif d'importation (points 10 à 13).

20. Dans d'autres occasions, la Cour, s'exprimant en termes plus généraux, a affirmé que « l'article 90, paragraphe 1, permet, entre autres, l'octroi par les États membres, à des entreprises, de droits spéciaux ou exclusifs ... Cependant, pour l'exécution de leur mission, ces établissements restent soumis aux interdictions de discrimination et tombent sous les dispositions visées à l'article 90 relatives aux entre-

7 — Arrêt du 3 février 1976 (59/75, Rec. p. 91).

prises publiques et aux entreprises auxquelles les États accordent des droits spéciaux exclusifs. L'interprétation conjointe des articles 86 et 90 conduit à la conclusion que l'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise à qui un État membre accorde des droits exclusifs n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86. Dès lors, il en est de même d'une extension des droits exclusifs consécutive à une intervention nouvelle de cet État »[8] (point 14). Et la Cour a laissé au juge national le soin de vérifier, cas par cas, la compatibilité de chaque comportement avec les dispositions matérielles du traité.

21. Dans l'affaire Hansen[9], la Cour a confirmé que « l'article 37 n'exige pas la suppression totale des monopoles nationaux de caractère commercial, mais seulement leur aménagement, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouché, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres », et, d'une manière significative, que « l'article 37 reste applicable dans toute la mesure où, même après l'aménagement prescrit par le traité, l'exercice, par un monopole public, de ses droits d'exclusivité entraînerait l'une des discriminations ou restrictions interdites par cette disposition » (point 8).

22. Or, en s'appuyant notamment sur l'affirmation, précitée, de la Cour dans l'affaire Manghera, selon laquelle tout monopole commercial devait être aménagé de manière à abolir le droit exclusif d'importation des autres États membres, la Commission aboutit à la conclusion que le fait même de maintenir, au profit des entreprises titulaires de droits exclusifs quant au réseau de télécommunications, un droit exclusif d'importation, de commercialisation, de raccordement, de mise en service et d'entretien d'appareils terminaux constitue une mesure au sens de l'article 90, paragraphe 1, et que l'existence même de ces droits est constitutive de l'infraction, étant donné que c'est précisément du droit exclusif en soi que naissent la discrimination et l'abus (voir en particulier le mémoire en duplique, p. 11).

Ce point de vue ne nous paraît pas pouvoir être partagé, parce qu'il constitue une interprétation arbitraire du principe énoncé par la Cour dans l'affaire Manghera, dans la mesure où, d'une part, il étend la portée de l'arrêt au régime des droits exclusifs dans son ensemble, indépendamment de la question de savoir s'il se rapporte à des marchandises ou à des services et, en tout cas, pas seulement au droit d'importation, et où, d'autre part, il omet de prendre en considération les autres précisions fournies à cet égard par le même arrêt Manghera ainsi que par la jurisprudence ultérieure que nous avons rappelée et qui révèle avec suffisamment de clarté une orientation globale allant dans un sens différent de celui que la Commission a indiqué.

23. En vérité, au-delà des énonciations liées aux différentes espèces, nous estimons que la jurisprudence précitée de la Cour fait apparaître une orientation de fond indubitable et cohérente. D'une part, on note l'exigence de donner un sens à la formulation de l'article 37 et de l'article 90, paragraphe 1: on ne peut ignorer l'insistance (également dans l'arrêt Manghera, point 5) mise à exclure qu'un monopole commercial ou un régime de droits exclusifs soit en lui-même contraire au traité (articles 37 et 86) et que, partant, on en impose l'abolition en tant que tels. D'autre part, on souligne

8 — Arrêt du 30 avril 1974 (155/73, Rec. p. 409).
9 — Arrêt du 3 mars 1979 (91/78, Rec. p. 935).

également l'exigence de vérifier concrètement — mais sans limites ni préalables — la compatibilité des régimes nationaux avec le traité et de laisser, le cas échéant, au juge national le soin de procéder à cette vérification [10]. Par exemple, dans l'arrêt du 7 juin 1983, Commission/Italie [11], la Cour, après avoir confirmé, en rappelant l'arrêt Manghera, que l'article 37 « n'exige pas l'abolition totale des monopoles nationaux » (point 11), a ajouté que, « s'agissant d'une réglementation indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, il y a donc lieu d'examiner si la réglementation litigieuse est susceptible néanmoins d'avoir un effet discriminatoire ou de fausser la concurrence en restreignant les importations de produits de tabac, et d'entraver ainsi le commerce intracommunautaire » (point 12).

24. D'une manière plus générale, la circonstance qu'un monopole ou un régime de droits exclusifs ou spéciaux puisse ne pas être en parfaite harmonie avec un système fondé sur la libre concurrence n'est que trop évidente. Mais de ce fait même, il s'agit d'une circonstance que le constituant communautaire ne pouvait pas ne pas avoir à l'esprit.

Il est donc clair que le traité, si l'on veut, par cohérence avec l'article 222 et avec le projet communautaire dans son ensemble, a entendu « tolérer », en les considérant « en soi » comme légaux, les monopoles et les régimes de droits exclusifs spéciaux, tout en confiant à la Commission la tâche de faire en sorte que l'on parvienne, en tout cas, au nécessaire respect de la réglementation relative au marché commun des marchandises et des services et de la libre concurrence, sous réserve de l'éventuelle dérogation visée à l'article 90, paragraphe 2.

Ainsi s'explique la formulation apparemment obscure, mais opportunément équilibrée à la fois de l'article 37 et de l'article 90, paragraphe 1, et, en particulier, l'« aménagement » des monopoles commerciaux voulu par l'article 37 par le biais de l'instrument d'impulsion de la recommandation, et les pouvoirs de surveillance conférés à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, ainsi que, « en tant que de besoin », la possibilité d'utiliser les instruments par hypothèse plus incisifs de la directive et de la décision, toujours aux fins de mieux exercer son devoir de surveillance.

25. Dans l'abstrait, par conséquent, il nous semble que la simple existence d'un monopole ou d'un régime de droits exclusifs n'est pas « en soi » contraire au traité. Mais cette réponse est précisément abstraite.

26. Concrètement, l'examen du cas d'espèce peut suggérer une réponse différente. La substance réelle de l'article 90, lu en filigrane et à l'aide de la jurisprudence de la Cour, est qu'il vise à empêcher que les États, libres d'opérer un choix social de politique économique et d'instituer ou de maintenir un régime de monopole ou de droits exclusifs dans tel ou tel secteur, ne soient ensuite tout aussi libres de le faire en soustrayant complètement l'entreprise publique ou concessionnaire de droits exclusifs aux règles du jeu, notamment en ce qui concerne le marché commun des marchandises et services et la libre concurrence. Et cela, à l'instar de l'article 37, qui, selon la Cour, « vise à assurer le respect de la règle

10 — Voir, outre les arrêts déjà cités, l'arrêt du 9 mai 1985, Commission/République française (21/84, Rec. p. 1355), l'arrêt du 3 octobre 1985, Telemarketing, point 17 (311/84, Rec. p. 3261), l'arrêt du 4 mai 1988, Bodson (30/87, Rec. p. 2479).

11 — Affaire 78/82, Rec. p. 1955.

fondamentale de la libre circulation des marchandises dans l'ensemble du marché commun ... et à maintenir ainsi des conditions normales de concurrence entre les économies des États membres dans le cas où, dans l'un ou l'autre de ces États, un produit déterminé est soumis à un monopole national à caractère commercial » (arrêt précité, Commission/Italie, point 11).

27. Si cela est vrai, on ne peut pas tout à fait exclure, en invoquant la lettre de l'article 90 et de l'article 37, que l'on discerne déjà, aussi bien dans la création de la situation juridique que dans l'attribution de droits spéciaux ou exclusifs, une violation du traité et que l'on se situe donc dans le cadre de l'interdiction visée à l'article 90, paragraphe 1. Au contraire, précisément dans cette hypothèse, il ne sera pas nécessaire que l'État adopte d'autres « mesures » pour qu'apparaisse une infraction au traité et que l'on tombe donc dans le champ d'application de l'article 90, paragraphe 1 (et, par là même, de l'article 90, paragraphe 3). La Cour ne s'est pas prononcée explicitement jusqu'à présent sur la question de savoir si l'article 37 ou l'article 90 impliquent l'élimination des discriminations qu'il est convenu d'appeler potentielles, c'est-à-dire de la simple possibilité de discriminations résultant de l'existence de droits exclusifs, bien qu'on le lui ait plusieurs fois suggéré (voir les conclusions de l'avocat général M. Warner dans l'affaire Manghera et aussi la demande préjudicielle du juge national).

28. En définitive, nous estimons que l'on peut également faire entrer dans le cadre de la disposition dont nous traitons l'hypothèse, pour reprendre l'expression utilisée dans cette procédure, d'incompatibilité « en soi » du monopole ou du régime de droits exclusifs ou spéciaux.

Toutefois, nous sommes tout autant convaincus, surtout au regard de la jurisprudence précitée de la Cour, y compris l'arrêt Manghera, qu'on ne peut conclure à l'incompatibilité avec le traité de la simple concession de droits exclusifs qu'au moyen d'une vérification ponctuelle de la manière d'être et de fonctionner, des finalités et des implications de l'instauration ou du maintien de la situation juridique considérée par rapport au marché commun des marchandises et services et à la libre concurrence. La réponse doit, en somme, être apportée concrètement et ne peut pas être donnée d'une manière abstraite.

29. Ajoutons que le rapport direct et transparent entre l'article 90 et l'article 222 du traité, sans se réclamer de la philosophie même dont s'inspire le traité et à laquelle nous avons fait allusion, aboutit clairement à l'existence au moins d'une forte *présomption de légalité* en faveur de l'entreprise publique ou bénéficiaire de droits exclusifs en tant que telle. En vérité, il s'agit là, nous semble-t-il, d'une clé de lecture utile et raisonnable de l'article 90, paragraphe 1, qui tient compte à la fois de l'article 222 et des dispositions destinées à protéger le marché commun et la concurrence. Le fait de s'arrêter à la seule lettre de l'article 90 pour en déduire d'une manière abstraite l'impossibilité absolue et radicale que la seule existence d'un régime de droits exclusifs relève également des hypothèses d'incompatibilité avec le traité — comme le gouvernement français le soutient — nous apparaît franchement comme une approche partielle et en partie réductrice de l'« effet utile » de l'article 90. De même, il serait erroné de s'écarter totalement de la formulation certainement pas fortuite de l'article 90, ainsi que de négliger ses liens avec l'article 222 et de nier que l'existence ou l'instauration d'une situation du type de celle dont nous traitons ici bénéficie, au

moins en principe, d'une présomption de légalité.

Dans ces limites, l'argumentation de l'État requérant doit donc être rejetée.

Sur le détournement de procédure

30. La question suivante (et subsidiaire) soulevée par le présent litige, et qui se rattache sous un certain aspect à celle que nous venons d'examiner, vise à savoir si la Commission a le pouvoir, en vertu de l'article 90, paragraphe 3, et notamment par l'instrument de la directive, de déclarer que l'existence d'un régime de droits exclusifs constitue une infraction, au lieu de mettre en œuvre le mécanisme prévu d'une manière générale par l'article 169 du traité. Comme nous l'avons déjà indiqué, tant l'État requérant que ceux qui sont intervenus dans la procédure nient qu'aux fins d'imposer l'abolition des régimes de droits exclusifs la directive arrêtée au titre de l'article 90, paragraphe 3, constitue une solution de remplacement licite par rapport à la procédure prévue par l'article 169. Dans la doctrine, les prises de position en ce sens ne manquent pas.

Déjà dans ses termes abstraits, le problème n'est pas sans susciter quelques doutes. D'autre part, il ne paraît pas résolu non plus par l'arrêt Commission/République hellénique, étant donné que, dans cette procédure, la Cour devait établir non pas si la Commission avait fait usage légalement du pouvoir que lui confère l'article 90, paragraphe 3, en adoptant une décision « réprimant » une infraction, mais seulement si cette décision avait les mêmes effets qu'une décision au titre de l'article 189.

31. Comme on le sait, le traité a prévu, pour le cas dans lequel un État « a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité », un mécanisme général de répression, fondé sur la communication formelle des griefs par la Commission et, ensuite, sur le recours devant la Cour afin que celle-ci reconnaisse l'existence d'une infraction. A l'intérieur de cette procédure existe, en fait, une garantie précise de respect, avant même la phase contentieuse, du principe du contradictoire et des droits des États au sens large, garantie qui n'est pas expressément prévue dans l'article 90, paragraphe 3. En outre, s'il est vrai que le schéma logique de la procédure de l'article 169 souffre déjà certaines exceptions, en ce qu'il se trouve en substance inversé, par exemple dans l'article 93, il est également vrai que les dérogations à l'article 169 sont explicitement énoncées par le traité: dans l'article 93, paragraphe 2, mais également dans les articles 100 A et 225. Et on ne saurait négliger la circonstance que, en matière de violation des règles de concurrence, il revient certes à la Commission de dénoncer l'infraction, mais dans le respect, à cet égard, du principe de la communication des griefs et du contradictoire dans la phase précontentieuse. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 93, paragraphe 2.

L'article 90, paragraphe 3, ne comporte ni de telles dispositions ni une dérogation expresse, comme la Commission elle-même a dû le reconnaître pour justifier l'absence, en l'espèce, d'une véritable procédure contradictoire préalable (mémoire en défense, p. 33).

32. Nous nous demandons, en outre, si une autre difficulté ne découle pas également du type d'acte utilisé par la Commission. Si déjà il n'est pas évident du tout qu'une déci-

sion au titre de l'article 90, paragraphe 3, puisse constituer une solution de remplacement adéquate et légale par rapport à la procédure au titre de l'article 169, l'utilisation de la directive, un instrument qui déjà par nature n'est guère indiqué pour mettre fin à une infraction, apparaît comme étant encore moins appropriée, d'autant plus que, comme en l'espèce, l'acte est destiné aux États membres dans leur ensemble.

Une clarification ne paraît pas être apportée par l'explication qu'a fournie à cet égard la Commission, qui se borne à affirmer qu'elle a préféré la voie de l'article 90, paragraphe 3, à celle de l'article 169 parce que cette dernière n'aurait pas le « même effet direct et immédiat » que la première (mémoire en défense p. 12), ni non plus par le fait qu'elle a assuré avoir, en l'espèce, effectué des consultations préalables avec les États membres et les autres institutions. Aucun de ces arguments ne nous semblent en effet suffisants pour remédier à l'absence d'une dérogation explicite à l'article 169 et des garanties minimales du contradictoire que comportent les procédures en manquement.

Par conséquent, nous estimons que la Commission ne peut pas, en principe, recourir à l'instrument de la directive, prévu par l'article 90, paragraphe 3, à des fins « répressives » et à la place de l'article 169.

Sur la motivation

33. D'autre part, dans la présente affaire, la Cour peut, plus utilement peut-être, concentrer son examen sur le point essentiel, inhérent à la motivation de l'acte attaqué, en renvoyant éventuellement à des occasions plus propices la solution « de principe » du problème. Dans la mesure où il s'agit d'une procédure d'infraction, de surcroît destinée en l'espèce à supprimer une situation juridique dont le traité présume la légalité de l'existence en soi, il aurait en effet été nécessaire en tout cas que la Commission procède à une vérification spécifique et analytique de l'infraction.

34. En l'espèce, cette vérification de la Commission, qui est nécessaire dans une procédure qui se prétend de type « répressif » et qui doit en tout cas permettre à la Cour d'exercer le contrôle définitif de la légalité, nous paraît déjà, à première vue, faire défaut. Et cela concerne non seulement les articles 2 et 7 de la directive, nécessairement et étroitement liés, mais également l'article 6, qui pourrait par hypothèse faire l'objet d'une appréciation partiellement autonome sous les autres aspects considérés.

En particulier, on considère au regard de l'article 30 du traité que le régime de droits spéciaux ou exclusifs d'importation et de commercialisation « peut mener, et mène souvent, dans la pratique, à des entraves aux importations » (troisième considérant). En ce qui concerne l'article 37 du traité, on considère que les droits en question « sont exercés de façon à défavoriser, en pratique, des appareils provenant d'autres États membres, notamment en empêchant les utilisateurs de choisir librement les appareils dont ils ont besoin, en fonction du prix et de la qualité, quelle que soit leur provenance (et) que l'exercice de ces droits est dès lors incompatible avec l'article 37 dans tous les États membres » (cinquième considérant).

35. Il ne nous semble pas que des affirmations aussi lapidaires puissent constituer une base permettant d'établir une infraction. Il n'en est assurément pas ainsi lorsque, comme en l'espèce, on prétend que l'existence même du régime de droits exclusifs constitue l'infraction. Les formules mêmes utilisées (le monopole qui « *généralement* » se réalise par l'octroi de droits exclusifs, droits qui couvrent « *fréquemment* » les terminaux, et dont l'octroi « *peut mener, et mène souvent, dans la pratique* » à des entraves aux importations, jusqu'à les défavoriser « *en pratique* ») sont bien peu de chose par rapport à l'exigence d'une rigueur particulière qui s'impose en l'espèce, puisqu'il s'agit d'écarter la présomption de légalité en soi du régime de droits spéciaux ou exclusifs que contient l'article 90, paragraphe 1 (et, partant, l'article 37). En d'autres termes, répétons-le, l'idée que le monopole soit susceptible — fréquemment, en pratique, aut similia — de porter atteinte au bon fonctionnement du marché commun et à la libre concurrence est un fait que les auteurs du traité ont parfaitement pris en considération et néanmoins toléré, de sorte que la directive de la Commission, d'une part, ne découvre rien de nouveau et, d'autre part, modifie radicalement le cadre fondamental fixé dans l'article 90, paragraphe 1, en abolissant purement et simplement le monopole ou le régime de droits exclusifs sans s'attacher à fournir une motivation suffisante.

Le défaut de motivation est plus manifeste encore si l'on considère, en premier lieu, la circonstance que, dans une directive destinée à tous les États membres et qui, au dire de la Commission, vise à réprimer des infractions, il n'est pas spécifié non plus que tous les États membres ont commis ces infractions ni au moyen de quelles dispositions législatives ou pratiques. Cela était d'autant plus nécessaire qu'il ressort de la teneur des considérants et plus encore des actes de procédure, y compris des mémoires en défense de la Commission, que, dans certains États, le régime de monopole ou de droits exclusifs n'est que partiel pour ce qui est des types considérés de terminaux, voire qu'il s'y applique un régime de liberté absolue comme cela semble paradoxalement être le cas notamment de l'État requérant (voir document 3 annexé au mémoire de la Commission), alors que, dans d'autres, ce régime ne fait pas du tout obstacle aux échanges ou n'est pas discriminatoire ou respecte les règles de concurrence (voir, par exemple, page 9 des observations du gouvernement italien, non contestées par la Commission). Et, en second lieu, on ne saurait méconnaître à cet égard l'intérêt que présente la circonstance que l'État requérant ait contesté la possibilité de ramener à la libre circulation des marchandises l'ensemble des droits spéciaux ou exclusifs en cause dans la mesure où au moins certains desdits terminaux peuvent parfaitement ne pas être dissociés du réseau de télécommunications et, en tout état de cause, relever d'une manière plus appropriée des services.

36. Tout cela nous donne également la mesure des possibilités de contrôle offertes à la Cour, dont les critères d'appréciation doivent exister antérieurement à la phase contentieuse et ne peuvent pas être déterminés ex post. Il suffit d'avoir à l'esprit le fait que la Cour n'a pas été mise en mesure de savoir si les prétendues infractions ont été commises par tous les États membres ou seulement par certains d'entre eux, si elles ont concerné tous les appareils terminaux ou seulement certains d'entre eux et quel est le modus operandi dont on prétend spécifiquement qu'il est contraire au traité, au-delà de la simple existence d'un régime de droits dont on ne sait même pas s'ils sont exclusifs ou spéciaux.

37. L'autre assertion de la directive, c'est-à-dire l'incompatibilité en soi des droits spéciaux ou exclusifs avec l'interdiction de l'exploitation abusive d'une position dominante énoncée à l'article 86 du traité, ne nous paraît pas conduire à des résultats différents. La Commission relève d'abord (treizième considérant) que « les organismes de télécommunications détiennent un monopole individuellement ou conjointement sur le réseau national de télécommunications », que ces réseaux constituent autant de marchés et qu'il en résulte que ces organismes détiennent une position dominante sur une partie substantielle du marché. La Commission note, en outre, que les droits exclusifs ou spéciaux octroyés aux organismes en question ont pour effet d'imposer « la location des appareils terminaux » (sans préciser lesquels) alors que l'utilisateur pourrait trouver plus avantageux de les acheter, ce qui revient en substance à imposer des prestations supplémentaires, ainsi que de limiter les débouchés et d'entraver le progrès technique, au sens de l'article 86, sous b) et sous d) (sans spécifier sous quel aspect).

Comme on le voit, et sans qu'il soit non plus nécessaire d'entrer dans les méandres labiles du fond des griefs, nous nous trouvons une fois encore en présence d'une évidente pétition de principe, donc non pas devant une motivation analytique qui, répétons-le, s'imposait en l'espèce, mais face à des affirmations aussi lapidaires que péremptoires. Il suffit simplement de songer à ce qui est exigé pour une décision de la Commission qui conteste l'exploitation abusive d'une position dominante par une entreprise et combien ont été analytiques, spécifiques et détaillées les motivations sur lesquelles la Commission elle-même a estimé devoir fonder des décisions au titre de l'article 90, paragraphe 3, destinées à réprimer autant d'infractions de la Grèce [12], de l'Espagne [13], ainsi que, plus récemment, des Pays-Bas [14].

38. En définitive, la directive dont nous traitons se borne à énoncer le quid demonstrandum, en le déduisant d'une manière générale de l'existence même d'un régime de droits exclusifs ou spéciaux dans l'ensemble des États membres dans le secteur (lui aussi considéré dans son ensemble) des appareils terminaux de télécommunication. Le fait de souscrire à ces affirmations constituerait pour la Cour non pas le résultat d'une appréciation des éléments de fait et de droit et d'un contrôle de la légalité de l'acte attaqué, mais un véritable acte de foi qu'en tout état de cause nous n'estimons pas pouvoir nous-mêmes suggérer à la Cour.

39. On ne saurait à bon droit objecter que « dans une directive, qui par nature est un acte général adressé à tous les États membres, il n'est pas question de faire état d'un examen circonstancié de toutes situations particulières » (mémoire en défense de la Commission, p. 27). Cela peut valoir d'une manière générale et lorsqu'il s'agit d'une directive ... « normale », mais pas lorsqu'il s'agit, comme on l'a jusqu'à présent envisagé en l'espèce, d'un acte par lequel on prétend constater une infraction au traité.

40. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous pouvons, nous semble-t-il, tirer une première conclusion. Si la directive de la Commission visait, comme elle l'a elle-même réitéré dans ses mémoires en défense et au cours de la procédure orale, à déclarer

12 — Décision du 24 avril 1985 (JO L 152, p. 25), à l'origine de l'affaire 226/87, précitée.

13 — Décision du 22 juin 1987 (JO L 194, p. 28).

14 — Décision du 12 janvier 1990 (JO L 10, p. 47).

l'existence de violations du traité dans tous les États membres, et si elle se présentait donc comme l'exercice du pouvoir de surveillance compris dans le sens d'un pouvoir de contrôle de la légalité des comportements des États, cette directive est viciée, en admettant même que l'on écarte tout autre problème, au moins sous l'aspect du défaut de motivation.

41. L'obligation de motivation aurait certainement été moins rigoureuse si, plutôt que d'exercer un contrôle sur la légalité du comportement d'un ou de plusieurs États membres, la Commission avait effectué un *choix normatif au sens propre,* en réglementant le secteur des terminaux de télécommunications d'une manière plutôt que d'une autre et notamment par l'abolition de régimes de monopole ou de droits exclusifs par hypothèse présents dans plusieurs États membres. Dans cette hypothèse, en effet, la détermination de l'une ou l'autre infraction spécifique dans la manière de fonctionner ou simplement d'exister d'un monopole ou d'un régime de droits exclusifs dans un, dans plusieurs ou dans tous les États membres serait non plus l'objet de l'acte, mais l'occasion de son adoption. Et même l'instrument de la directive serait, en définitive, tout à fait approprié.

Sur l'incompétence au sens propre

42. Il s'agit, en l'occurrence, de la seconde clé de lecture de la directive attaquée à laquelle nous avons fait allusion au début de nos conclusions et qui est évidemment soumise à l'appréciation de la Cour dans la mesure où, indépendamment de l'existence contestée des prétendues infractions, on exclut que la Commission avait le pouvoir d'abolir les régimes de droits exclusifs dans l'ensemble des États membres et de régir de cette manière le secteur des terminaux de télécommunications en vertu des pouvoirs tirés de l'article 90, paragraphe 3, au lieu de mettre en œuvre un mécanisme législatif normal (par hypothèse, en vertu de l'article 100 A) et dans la mesure où l'on conteste, comme l'a surtout fait le gouvernement belge, que la Commission ait opéré un choix de véritable politique industrielle.

43. On ne saurait exclure qu'il s'agisse là de la clé de lecture adéquate pour la directive dont nous traitons. Au contraire, les indices qui plaident en ce sens ne manquent pas et, parmi ceux-ci, d'abord l'économie et la motivation de la directive.

Une motivation aussi manifestement générale et insuffisante par rapport au type d'acte qui est exigé pour constater une infraction, ainsi que par rapport aux précédents, que nous avons rappelés, de décisions adoptées sur la base de l'article 90, paragraphe 3, nous semble en effet constituer, au-delà d'un vice de l'acte dû à une erreur fortuite de la Commission, la preuve d'une manière d'exercer le pouvoir prévu par l'article 90, paragraphe 3, différente de celle qui a été envisagée jusqu'ici et de celle qui ressortait de la directive « transparence » ou des autres décisions précitées.

Nous nous référons, en particulier, à des formules telles que « peut mener, et mène souvent, dans la pratique, à des entraves aux importations des autres États membres » ou à celle selon laquelle l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux quant à la gestion du réseau et des services de télécommunications couvre « fréquemment » également la mise à disposition des terminaux. Nous renvoyons aussi au deuxième considérant, où l'on

relève que les développements technologiques et économiques ont amené plusieurs États membres à « revoir le système de droits spéciaux ou exclusifs dans le domaine des télécommunications » et que l'accroissement rapide des différents types de terminaux et la possibilité d'utilisations multiples rendent nécessaire le libre choix de ceux-ci par les utilisateurs. Il s'agit là de considérations qui conviennent davantage au choix d'une orientation nouvelle qu'il convient de donner à ce secteur qu'à la simple exigence de mettre fin à des infractions qui, au demeurant, ne sont pas déterminées d'une manière spécifique.

44. Il n'est pas sans signification que l'abolition des systèmes de droits spéciaux ou exclusifs dans le secteur des terminaux ait été suivie d'une directive adoptée dans les mêmes termes, avec la même structure et des motivations analogues, pour le domaine des services de télécommunications et dont l'article 2 présente pratiquement la même formulation que celle de l'article qui fait l'objet du présent litige [15]. La circonstance serait à tout le moins singulière s'il s'agissait d'une simple déclaration d'infraction comme le gouvernement belge l'a justement fait observer au cours de la procédure orale. Mais, en tout cas, elle fait plutôt entrevoir une perspective générale qui, pour sa part, procède du mouvement de libéralisation qui a animé au cours de ces dernières années les institutions communautaires et, in primis, le Conseil.

45. A propos de ce dernier point, il nous semble utile de rappeler la directive 86/361/CEE du Conseil, du 24 juillet 1986 [16], concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux, où l'on affirme la nécessité « de mettre en place un cadre plus général pour préparer la seconde étape au cours de laquelle serait créé un marché libre et unifié des équipements terminaux de télécommunication, compte tenu de ce que, aux fins des télécommunications, ce marché devra inclure aussi bien la libre circulation des équipements que la libre connexion aux réseaux en conformité avec les prescriptions harmonisées » (dixième considérant).

46. Tout aussi significative, la résolution du Conseil du 30 juin 1988 [17], dans laquelle le Conseil, *sur proposition de la Commission* et sur la base de considérations en grande partie analogues à celles qui ont servi de base à la directive litigieuse, invite la même Commission « à proposer, lorsque cela est nécessaire, les mesures à prendre pour poursuivre la réalisation de ces objectifs dans les secteurs prioritaires, en se fondant sur les procédures communautaires appropriées, en particulier pour la création du marché commun des services et équipements des télécommunications », et cela, après avoir adhéré pleinement aux « objectifs du programme d'action défini dans la communication du 9 février 1988, relatif à l'ouverture du marché commun des télécommunications à la concurrence d'ici à 1992, compte tenu par ailleurs des articles 8 A et 8 C du traité introduits par l'Acte unique européen et au renforcement de la compétitivité européenne, tout en maintenant les objectifs de service public des administrations des télécommunications ».

47. D'autre part, la Commission, à partir des mêmes exigences claires de défense technique qui l'ont amenée en substance à réduire, dans la procédure devant la Cour,

15 — Document C(89) 671 final. La directive n'a pas encore été notifiée.

16 — JO L 217, p. 21.

17 — JO C 257, p. 1.

la portée de la directive à la simple répression et prévention d'infractions, n'a pas pu éviter certaines observations significatives, et notamment en ce sens que:

— dans une directive, qui par nature est un acte général adressé à tous les États membres, il n'est pas question de faire état d'un examen circonstancié de toute situation particulière (mémoire en défense, p. 27);

— le choix de la directive, au titre de l'article 90, paragraphe 3, au lieu de la procédure prévue à l'article 169, est né de la constatation du fait que « des mesures contraires au traité étaient édictées ou maintenues par la plupart des États membres » (mais ni les mesures ni les États membres ne sont identifiés), par l'exigence (qui est cependant d'ordre général) d'intégrer « l'ensemble des aspects visant le marché des terminaux de télécommunications dans un seul acte cohérent, susceptible de lui permettre la continuation de l'exercice efficace du devoir de surveillance » (mémoire en défense, p. 30);

— la Commission, compte tenu de l'important développement technologique que le secteur des télécommunications a connu au cours des dernières années et du nombre croissant des plaintes relatives à d'« éventuelles infractions » aux règles de la libre circulation des marchandises et de la concurrence, « a entendu ne pas se limiter à des actions ponctuelles purement répressives des *infractions constatées ou présumées*, mais au contraire, et après avoir effectué une étude approfondie du marché et recueilli les observations de tous les États membres, *préciser les obligations des États membres* dans leurs rapports avec les entreprises de télécommunications auxquelles ils ont accordé des droits spéciaux ou exclusifs » (duplique, p. 19; souligné par nous).

48. Cette dernière observation de la Commission place, nous semble-t-il, sous un éclairage approprié l'optique dans laquelle s'est située l'institution, qui va donc au-delà, voire fait abstraction du pouvoir de contrôle prévu par le traité. Et cela, aux fins d'édicter une réglementation générale et abstraite du secteur (« préciser les obligations des États membres ») qui sort des limites de l'article 90, paragraphe 3, et relève de la compétence du Conseil.

En outre, au cours de l'audience, à la question précise de savoir si la Commission estimait devoir faire face, par la procédure prévue à l'article 169 ou par la suppression de l'organisme public sur la base de l'article 90, paragraphe 3, à l'hypothèse d'une infraction à l'article 30 par un organisme public concessionnaire d'un droit exclusif, l'agent de la Commission a bien répondu que, pour donner un effet utile à l'article 90, paragraphe 3, « il y a lieu de dépasser celui que pourrait avoir un simple recours en manquement », donc sans exclure l'adoption d'un acte ayant pour contenu la suppression de l'organisme public concessionnaire de droits exclusifs ou spéciaux.

49. Cela peut être rattaché au point essentiel de la position de la Commission, selon lequel, loin d'avoir exercé un pouvoir de réglementation ou un pouvoir normatif au sens propre, elle se serait bornée à remédier

à des infractions existantes et à prévenir des infractions futures, conformément à l'exercice du pouvoir de surveillance que le traité lui impose à cet égard. Or, même dans le cadre d'une telle représentation, qui se veut réductrice, il reste évidemment à s'entendre sur la prévention des infractions futures puisque l'appréciation est bien différente selon le contenu et la portée que la Commission attribue à l'acte de prévention. Le résultat de la prévention s'obtient certainement d'une manière satisfaisante et définitive en supprimant la situation juridique susceptible d'alimenter des violations du traité. Mais il est très douteux que cela constitue une activité de simple prévention, de même que nous ne serions pas certains de nous trouver en présence d'une prévention des violations de l'interdiction imposée aux États d'introduire des taxes d'effet équivalant aux droits de douane si on supprimait ... le « monopole » de l'imposition fiscale que détiennent ces mêmes États, ou si, pour éviter des distorsions de concurrence entre des entreprises publiques et des entreprises privées, on imposait la liquidation des premières.

50. En conséquence, l'idée selon laquelle la directive attaquée se situe sur un plan différent de celui de la simple répression d'infractions existantes et de la prévention d'infractions futures nous semble tout à fait fondée. D'ailleurs, c'est exactement dans ce sens qu'elle a été interprétée également par le Parlement européen (voir, par exemple, la résolution du 23 novembre 1989 relative à la directive « parallèle » sur les services de télécommunications, PE 136.784) et qu'elle a même été officiellement annoncée à l'avance par la Commission dans une communication du 9 février 1988 faite dans le contexte d'une série d'initiatives de type législatif [18].

18 — Doc. COM(88) 48 final.

Or, à notre avis, il y a certainement lieu de répondre par la négative à la question qui a été posée en substance par l'État requérant et, surtout, par certains des gouvernements intervenants sur le point de savoir s'il est possible de reconnaître à la Commission un pouvoir normatif qui, indépendamment de l'existence ou non d'infractions, se traduit concrètement par une réglementation différente du domaine dont nous traitons.

51. En premier lieu, il ne nous semble pas que l'on puisse faire abstraction du principe énoncé en termes tout à fait clairs par la Cour dans l'arrêt relatif à la directive « transparence »: la compétence conférée à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, « se limite aux directives et aux décisions qui sont nécessaires en vue d'accomplir, d'une manière efficace, le devoir de surveillance que lui impose ce même paragraphe » (point 13); et cela, à la différence des compétences attribuées au Conseil, dans la mesure où « l'article 94 permet au Conseil de prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 92 et 93 » (point 13).

On peut aisément déduire du principe ainsi énoncé que, à la différence du Conseil, la Commission n'a pas le pouvoir d'adopter tous les actes utiles aux fins de l'application de l'article 90, paragraphe 1 (dans la mesure où il entre en ligne de compte ici), mais ne peut arrêter que les actes qui se révèlent nécessaires pour accomplir plus efficacement son devoir de surveillance. Cela ne permet certainement pas de reconnaître à la Commission un pouvoir normatif qui, en envisageant la possibilité d'infractions dans un certain secteur et au moyen d'un acte adressé indistinctement à l'ensemble des États membres, définit les

limites de la légalité des comportements de ces mêmes États et impose en même temps sur cette base l'abolition d'un monopole ou d'un régime de droits exclusifs. La Cour a, en effet, reconnu que la Commission peut adopter les directives et les décisions qui sont nécessaires en vue d'accomplir le devoir de surveillance, et non pas qu'elle peut éliminer les préalables mêmes de l'accomplissement de ce devoir.

52. Il nous semble utile de rappeler à cet égard les conclusions que l'avocat général M. Reischl a présentées dans l'affaire relative à la directive « transparence » où, après avoir nié qu'il existe une alternative entre l'article 169 et l'article 90, paragraphe 3, il relève que la compétence de la Commission est limitée à l'application de l'article 90, qui donne la garantie que la Commission ne peut adopter que des actes « qui se distinguent par un caractère technique et instrumental », alors que la compétence du Conseil s'étend à l'adoption de mesures d'exécution destinées à compléter et à concrétiser les dispositions du traité, que cette limitation respecte l'équilibre institutionnel sur lequel le traité se fonde et explique également l'absence de garanties procédurales propres à une procédure normative comme le droit d'initiative séparé et l'avis du Parlement, et que, à la lumière également de l'article 222, la Commission « ne peut pas revendiquer une compétence générale pour établir un statut particulier applicable aux entreprises publiques » (Rec. 1983, p. 2584 et suiv.).

53. En second lieu, il ne faut pas négliger la position systématique de l'article 90, qui n'est certainement pas inséré par hasard parmi les règles de concurrence applicables aux entreprises et non pas dans la partie institutionnelle.

L'ensemble des règles de concurrence (de l'article 85 à l'article 94) est structuré de telle manière que la faculté de préciser, éventuellement en les complétant, les conditions d'application des règles du traité est réservée au Conseil, la Commission disposant, en revanche, d'une compétence de surveillance et d'exécution.

Il suffit de relever à cet égard que l'article 87, paragraphes 1 et 2, attribue au Conseil, entre autres, le pouvoir de préciser, éventuellement pour les secteurs économiques, le champ d'application des articles 85 et 86 (voir, notamment, le règlement n° 141 du Conseil portant non-application du règlement n° 17 du Conseil au secteur des transports, JO 1962, p. 2751).

D'une manière analogue, en matière d'aides accordées par les États, le Conseil détient le pouvoir de décider qu'une aide doit être considérée comme compatible avec le marché commun, par dérogation aux dispositions de l'article 92, lorsque des circonstances exceptionnelles justifient cette décision.

L'unique exception apparente à cette ligne suivie par les auteurs du traité est représentée par le pouvoir que la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 91 confère à la Commission en matière de pratiques de dumping (à l'intérieur du marché commun), qui « établit les réglementations appropriées pour l'application du présent paragraphe ». Mais ce n'est qu'en apparence une exception parce qu'il s'agit, en réalité, d'un simple pouvoir réglementaire d'application (recommandations de la Commission n° 8, du 11 mars 1960, et n° 21, du 25 mars 1960).

54. Enfin, il n'est pas contesté que le pouvoir de surveillance prévu à l'article 90, paragraphe 3, se rattache au premier alinéa (« veille à l'application des dispositions du présent traité »), et non pas au troisième alinéa (« dispose d'un pouvoir de décision propre ») de l'article 155. Il est donc certain que le pouvoir d'adopter des décisions et des directives ne peut revêtir qu'un caractère strictement fonctionnel par rapport au devoir de surveillance et ne saurait aboutir à un acte à contenu normatif général réglementant l'organisation d'un certain secteur dans le sens de l'abolition d'un régime public de droits spéciaux ou exclusifs.

D'autre part, un grand nombre de prises de position et d'actes adoptés par la Commission elle-même et surtout par le Conseil au cours de ces dernières années relativement au secteur des télécommunications, et dont nous n'avons rappelé que quelques expressions, esquissent dans leur ensemble essentiellement le cadre d'un programme dont on peut, à juste titre, concevoir que son développement naturel et à brève échéance consiste dans la réglementation, cette fois impérative, de la matière, donc avec un processus normatif activé par des propositions de la Commission et achevé, avec la contribution du Parlement européen, par le Conseil. Dans ce contexte, d'ailleurs dépourvu de contradictions substantielles quant au fond de la libéralisation, la directive que la Commission a adoptée toute seule et qui « a entendu ... après avoir effectué une étude approfondie du marché et recueilli les observations de tous les États membres, préciser les obligations des États membres dans leurs rapports avec les entreprises de télécommunications » apparaît comme une anticipation anormale du processus normatif en cours dans la mesure où les obligations des États membres n'avaient pas encore été définies ni « précisées » par rapport aux dispositions générales du traité. Cela explique d'ailleurs également l'absence de motivation.

55. La référence que la partie requérante fait à l'article 4 et au principe d'attribution des pouvoirs ainsi qu'à l'équilibre institutionnel, ne manque donc pas de fondement. L'adoption par la Commission d'un acte normatif qui, fût-ce aux fins de prévenir des infractions, modifie les conditions mêmes de la présence de l'État dans un secteur économique déterminé, nous paraît affecter les équilibres institutionnels et ne peut donc pas être considérée comme légal par la Cour.

Conclusion

56. Eu égard aux observations qui précèdent, nous proposons à la Cour d'annuler les articles 2, 6 et 7, ainsi que l'article 9 pour autant que de besoin, de la directive 88/301/CEE de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, et de condamner la partie défenderesse aux dépens.