CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 6 juin 1995 *

1. La présente procédure préjudicielle soumet de nouveau à l'attention de la Cour le problème de la compatibilité de la réglementation française en matière d'agrément des terminaux de télécommunications avec l'article 6 de la directive 88/301/CEE de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication [1] (ci-après la « directive »).

La question préjudicielle a été soulevée dans le cadre d'une procédure pénale engagée contre M. Tranchant, poursuivi sous la prévention d'avoir effectué, de novembre 1992 à février 1993, une publicité portant sur des appareils n'ayant pas fait l'objet de l'agrément requis par la réglementation française. Le prévenu, qui conteste la qualification pénale des faits qui lui sont reprochés, a invoqué l'incompatibilité de cette réglementation avec le principe posé à l'article 6 de la directive, en vertu duquel l'organisme chargé de la formalisation des spécifications techniques, du contrôle de leur application ainsi que de la délivrance de l'agrément doit être indépendant des entreprises publiques ou privées offrant des biens et des services dans le domaine des télécommunications.

2. La réponse que la Cour est appelée à donner à la question posée par la juridiction française est destinée à enrichir la jurisprudence, inaugurée par l'arrêt GB-Inno-BM et précisée dans les arrêts Lagauche e.a., Decoster et Taillandier, qui s'est développée parallèlement à la libéralisation du marché des terminaux de télécommunications ainsi qu'à l'élimination progressive des monopoles et droits exclusifs nationaux dans le domaine de la commercialisation de ces produits [2].

Un élément constant de cette jurisprudence réside dans le principe selon lequel, au moins à partir de la date initiale prévue à l'article 6

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 131, p. 73.

2 — Arrêts du 13 décembre 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941), du 27 octobre 1993, Lagauche e.a. (C-46/90 et C-93/91, Rec. p. I-5267), du 27 octobre 1993, Decoster (C-69/91, Rec. p. I-5335), et du 27 octobre 1993, Taillandier (C-92/91, Rec. p. I-5383).

de la directive (à savoir le 1er juillet 1989), les États membres, tout en étant autorisés à maintenir ou à introduire des mesures de réglementation et de contrôle portant sur la commercialisation des terminaux, sont tenus de garantir la séparation entre les autorités habilitées à prendre ces réglementations ainsi qu'à effectuer ces contrôles et les sujets qui exercent une activité de nature économique dans le domaine en question [3].

3. Alors que les faits de la cause, que nous avons déjà brièvement exposés, sont en substance identiques à ceux qui étaient à l'origine des renvois préjudiciels dans les affaires Decoster et Taillandier, précitées, la législation française en matière d'agrément a été, entre-temps, sensiblement modifiée. Il convient donc, tout d'abord, d'en rappeler les aspects essentiels.

La réglementation française

4. Conformément aux prescriptions communautaires en la matière, la France a réalisé la liberté de commercialisation des terminaux de télécommunications, en la subordonnant toutefois, dans certains cas, à la délivrance d'un agrément certifiant la conformité des appareils à certaines exigences essentielles. En effet, selon les dispositions en vigueur, les terminaux destinés à être connectés à un réseau ouvert au public ne peuvent être fabriqués pour le marché intérieur, importés de pays tiers, détenus en vue de la vente, mis en vente, distribués à titre gratuit ou onéreux, connectés au réseau ou faire l'objet de publicité que si un agrément préalable leur a été délivré par le ministère des Postes et Télécommunications (ci-après le « ministère des P et T ») [4]. La violation de l'obligation d'agrément est frappée de sanctions pénales [5].

Jusqu'au milieu de l'année 1990, la procédure d'agrément des équipements terminaux était entièrement gérée par le ministère des P et T.

3 — La position de la Cour peut être qualifiée d'univoque au moins en ce qui concerne l'interprétation de la prescription formulée à l'article 6 de la directive, dont l'effet direct a été clairement confirmé par les arrêts Lagauche e.a., Decoster et Taillandier, précités. S'agissant, au contraire, de la validité de réglementations nationales qui ne garantissaient pas l'indépendance de la fonction de réglementation par rapport à la fonction commerciale au cours de la période *antérieure* au 1er juillet 1989, l'attitude de la Cour, à vrai dire, n'est pas univoque; dans les deux arrêts Decoster et Lagauche e.a., qui ont été rendus le même jour, la Cour a apprécié la compatibilité, respectivement, des réglementations française et belge (qui présentaient d'ailleurs de nombreux points communs), non seulement au regard de l'article 6 de la directive, mais également au regard des articles 3, sous f), 86 et 90 du traité, par rapport à des faits qui — ratione temporis ou ratione materiae — échappaient au champ d'application de la directive. Or, la réglementation française a été considérée comme incompatible sous ces deux aspects (arrêt Decoster), alors que la réglementation belge a été déclarée incompatible avec l'article 6 de la directive, mais compatible avec les articles 3, sous f), 86 et 90 du traité (arrêt Lagauche e.a.), ce qui a eu pour conséquence, d'ailleurs, de contredire implicitement aussi l'affirmation, avancée précédemment par la Cour elle-même (arrêt du 19 mars 1991, France/Commission, C-202/88, Rec. p. I-1223, point 14), selon laquelle les directives fondées (comme la directive 88/301) sur l'article 90, paragraphe 3, du traité, ont pour seule fonction de préciser les obligations des États membres qui résultent déjà du traité.

4 — Cette disposition, qui avait été déjà introduite par le décret n° 85-336 du 12 mars 1985, a été par la suite complétée. Le texte actuellement en vigueur figure à l'article L. 34-9 du code des Postes et Télécommunications, tel que modifié par la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 (JORF, p. 16439; ci-après le « code des P et T »).

5 — Pour ce qui concerne la présente analyse, voir l'article L. 39-3 du code des P et T.

Diverses directions de ce ministère étaient en effet chargées, respectivement, de la formalisation des spécifications techniques, du contrôle de leur application et de la délivrance de l'agrément. De surcroît, d'autres organes du même ministère menaient, sous un régime de monopole, l'exploitation du réseau public de télécommunications et s'occupaient de la commercialisation des terminaux.

5. Le législateur français a apporté de nombreux correctifs à la situation que nous venons de décrire, et que la Cour a déclarée illégale dans les arrêts Decoster et Taillandier en raison de l'incompatibilité manifeste avec l'article 6 de la directive.

En premier lieu, la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 [6] a réalisé, à tout le moins sur le plan de l'organisation administrative, une séparation de l'activité commerciale des activités de réglementation, de contrôle et d'agrément. La réforme attribue en effet la gestion du réseau public de télécommunications et l'activité de nature commerciale à France Télécom, qui a été spécialement créée à cet effet sous la forme d'une personne morale de droit public, dotée d'une personnalité juridique autonome [7].

De même, le décret n° 90-1121 du 18 décembre 1990 [8] a précisé que les fonctions de définition et d'adaptation du cadre juridique général dans lequel s'exercent les activités relevant des secteurs des postes et télécommunications restent du ressort de la direction de la réglementation générale du ministère des P et T. Celle-ci est notamment chargée de mettre en forme les spécifications et a compétence pour délivrer les agréments.

6. D'autre part, le décret n° 92-116 du 4 février 1992 [9] établit les modalités de la procédure d'agrément, en précisant les cas dans lesquels un agrément est exigé et les critères d'évaluation de la conformité des équipements terminaux. L'article R. 20-2 dudit décret rappelle que l'agrément a pour objet de garantir, dans l'intérêt général, le respect des exigences essentielles définies à l'article L. 32-12° du code des P et T, à savoir la sécurité des usagers et du personnel des exploitants de réseaux de télécommunications, la

6 — Loi relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications (JORF, p. 8069).

7 — Quoique placée sous la tutelle du ministre: voir l'article 1er de la loi.

8 — Décret portant organisation de l'administration centrale du ministère des Postes, des Télécommunications et de l'Espace (JORF, p. 15615).

9 — Décret relatif à l'agrément des équipements terminaux de télécommunications, à leurs conditions de raccordement et à l'admission des installateurs (JORF, p. 1915). Ce décret, entre autres, constitue la transposition en droit français de la directive 91/263/CEE du Conseil, du 29 avril 1991, sur laquelle nous reviendrons ci-après au point 9 et à la note 13 des présentes conclusions.

protection des réseaux et, le cas échéant, la bonne utilisation du spectre radioélectrique ainsi que, dans les cas justifiés, l'interopérabilité des services et celle des équipements terminaux et la protection des données.

7. Le même décret spécifie le parcours que doit suivre la demande d'agrément [10]. Le demandeur dépose auprès de la direction de la réglementation générale un dossier comportant une série d'informations et de documents relatifs au produit faisant l'objet de la demande d'agrément [11]. Parmi ces documents peuvent figurer, lorsque le demandeur en dispose déjà, les résultats d'essais effectués par un laboratoire désigné par l'autorité compétente en France ou dans un autre État membre.

Par contre, si le produit n'a pas encore fait l'objet d'un essai effectué auprès d'un laboratoire agréé en France ou dans un autre État membre, le demandeur peut être invité à présenter un exemplaire représentatif de ce produit à « un des laboratoires désignés » à cet effet (article R. 20-6, 3°). Le laboratoire est chargé de vérifier la conformité du produit aux exigences essentielles susmentionnées et à toute autre qualité requise, au regard des normes harmonisées pertinentes ou des réglementations techniques communes ou encore, à défaut, au regard des dispositions nationales; le résultat de cette vérification est ensuite communiqué au ministère.

Sur la base de l'ensemble des éléments dont elle dispose, et en cas de résultat positif de l'essai, la direction de la réglementation générale délivre, à ce stade, une attestation d'examen puis, après avoir obtenu du demandeur l'engagement formel de ne fabriquer ou commercialiser que des produits conformes à ce certificat, elle accorde l'agrément (articles R. 20-7 et R. 20-10).

8. Ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi, il est clair qu'en France, pour l'instant, un seul laboratoire est habilité à effectuer des essais portant sur les exigences essentielles, autres que celle de la sécurité, applicables aux équipements terminaux, à savoir le Laboratoire d'essai et d'agrément (ci-après le « LEA ») [12].

Il est tout aussi clair que le LEA fait partie intégrante d'un centre de recherche, le

10 — Le demandeur a en réalité le choix entre deux procédures d'agrément alternatives, à savoir l'« examen de type » et la « déclaration de conformité »; toutefois, des deux procédures, seule la première entre en ligne de compte en l'espèce, puisque la seconde ne requiert pas l'intervention des laboratoires d'essais dont, comme nous le verrons, l'indépendance est en l'occurrence mise en question.

11 — La liste complète des documents à joindre à la demande d'agrément figure dans l'arrêté du 11 mars 1992 relatif à la composition du dossier de demande d'agrément, pris en application de l'article R. 20-5 du code des P et T (JORF, p. 3846).

12 — Un second laboratoire, le Laboratoire central des industries électriques (LCIE), a par ailleurs été reconnu pour effectuer les essais en matière électrique.

Centre national d'études des télécommunications (CNET), qui est lui-même intégré à France Télécom. D'autre part, ainsi que le gouvernement français l'a expressément reconnu, en réponse à une question écrite posée par la Cour, la « séparation juridique » du LEA de France Télécom ne constitue pas, du moins à brève échéance, un objectif prioritaire.

9. Il convient enfin de relever que le LEA a été désigné par le gouvernement français pour effectuer les essais se rapportant aux procédures visées à l'article 9 de la directive 91/263/CEE du Conseil, du 29 avril 1991, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux équipements terminaux de télécommunications, incluant la reconnaissance mutuelle de leur conformité [13]. Cette désignation a été notifiée à la Commission en application de l'article 10, paragraphe 2, de cette même directive et, jusqu'à présent, ni la Commission ni aucun autre État membre [14] ne l'ont contestée.

La question préjudicielle

10. Partant de la prémisse incontestée que le LEA dépend de France Télécom et nourrissant quelques doutes sur la légitimité de cette dépendance au regard de l'article 6 de la directive, la juridiction nationale saisie du litige principal a estimé qu'une nouvelle décision préjudicielle sur l'interprétation de cette disposition était nécessaire.

En particulier, le juge a quo demande à la Cour si l'article 6 s'oppose à l'application d'une réglementation nationale en matière d'agrément de terminaux qui impose des obligations telles que celles prévues par la législation française, « alors que n'est pas assurée l'indépendance, par rapport à tout opérateur offrant des biens ou des services dans le domaine des télécommunications, du

13 — JO L 128, p. 1. Cette directive marque une étape ultérieure dans le processus de la pleine reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux délivrés dans les différents États membres. En outre, afin de développer et en même temps réglementer le marché européen des terminaux destinés à être connectés au réseau public de télécommunications, la directive établit les exigences minimales auxquelles les équipements doivent satisfaire pour pouvoir bénéficier de la libre mise sur le marché ainsi que de la libre circulation et utilisation sur le territoire des États membres. Dans cette perspective, la directive instaure deux procédures (alternatives) d'évaluation de la conformité des produits auxdites exigences, procédures à l'issue desquelles les produits déclarés conformes se voient apposer la « marque CE de conformité ». Aux termes de l'article 10, précité, les États membres notifient à la Commission les organismes et les laboratoires nationaux désignés pour effectuer de telles évaluations de la conformité « CE » (ainsi que pour accomplir d'autres tâches de surveillance), et la Commission, après avoir vérifié que ces organismes et laboratoires satisfont à certains critères minimaux de compétence, d'impartialité et d'indépendance, en publie la liste au Journal officiel. Bien entendu, au stade actuel d'harmonisation des normes dans le domaine en question, la directive 91/263/CEE n'empêche pas l'application des procédures d'agrément nationales (telles que celle en cause dans le litige principal) portant sur des aspects qui ne sont pas nécessairement couverts par des normes harmonisées ou par des réglementations techniques communes.

14 — En vertu de l'article 10, paragraphe 4, de la directive 91/263/CEE, lorsqu'un État membre ou la Commission considèrent qu'un laboratoire désigné par un État membre ne répond pas aux critères pertinents, la question peut être soumise à l'avis du comité ad hoc prévu à l'article 13, qui a été créé pour assister la Commission dans l'exercice des compétences que lui attribue la directive.

laboratoire d'essais chargé de contrôler techniquement la conformité des appareils dans le cadre de la procédure d'agrément ».

11. Relevons d'emblée que, telle qu'elle est formulée, la question pourrait sembler rhétorique. L'obligation d'indépendance est en effet formulée en termes clairs par ledit article 6, et l'applicabilité de cette disposition, à partir du 1er juillet 1989, est incontestable; il est par conséquent évident qu'une législation qui ne garantit pas une telle indépendance ne saurait être jugée conforme à la directive.

Il y a donc lieu de comprendre la question posée par la juridiction nationale en ce sens qu'elle vise à établir si la dépendance du LEA vis-à-vis de France Télécom est de nature à affecter la compatibilité de l'ensemble de la procédure d'agrément, telle qu'elle est prévue par la réglementation française, avec les obligations énoncées à l'article 6 de la directive.

12. A cet égard, il convient en premier lieu d'observer que, ainsi qu'il a été exposé, l'article 6 de la directive, qui impose aux États membres la séparation entre les sujets qui exercent la fonction normative et de réglementation et ceux qui exercent l'activité économique et commerciale dans le domaine des télécommunications, divise la première fonction en trois phases essentielles, à savoir la formalisation des spécifications techniques, le contrôle de leur application et la délivrance de l'agrément.

Or, alors qu'aux fins de l'article 6 il est indifférent que les trois phases précitées soient accomplies par une seule entité ou par plusieurs entités distinctes, la même disposition exige en revanche que *chacune* des phases soit effectuée par des entités qui soient elles-mêmes *indépendantes* des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine des télécommunications.

13. La réglementation française visée en l'espèce attribue à une direction du ministère des P et T, qui est désormais séparée à tout le moins formellement de l'entité chargée de l'exploitation du réseau et de la fourniture des biens et des services connexes, les phases de la formalisation des spécifications techniques et de la délivrance matérielle de l'agrément.

Le contrôle des spécifications techniques, bien qu'il soit formellement exercé par la même direction du ministère, est fondé en revanche sur des contrôles techniques et des essais effectués par un laboratoire qui dépend de France Télécom.

14. Disons d'emblée qu'une telle dépendance juridique nous semble en nette contradiction non seulement avec la lettre, mais également avec l'esprit de l'article 6 de la directive.

La thèse du gouvernement français, selon laquelle, en dépit de la dépendance juridique, le LEA exercerait son activité en pleine impartialité et objectivité, n'a pas du tout été démontrée. Au contraire, à l'audience, l'agent du gouvernement français a expressément reconnu que le personnel du LEA rend compte de ses activités à son directeur, qui est lui-même placé sous l'autorité de France Télécom.

15. Nous nous trouvons donc en présence d'une situation dans laquelle c'est au laboratoire, composante d'une entreprise publique chargée d'exploiter le réseau et d'exercer des activités de nature commerciale, qu'est confié l'essai aux fins de l'évaluation de la conformité des équipements fabriqués par les concurrents de cette entreprise.

Cette situation ne nous semble pas répondre aux exigences prescrites d'indépendance et d'impartialité. Dans ces conditions, en effet, des soupçons de partialité risquent de peser sur toute évaluation de conformité aboutissant à un résultat négatif, voire sur les simples retards éventuels dans l'exécution des essais (dont la durée n'est soumise à aucune limite maximale).

16. On ne saurait valablement rétorquer sur ce point, comme le gouvernement français l'a fait, que l'exécution de l'essai par le LEA n'est qu'une activité de caractère technique et que l'évaluation des résultats de cet essai incombe de toute façon à la direction compétente du ministère.

En réalité, l'essai effectué par le LEA ne peut pas, par définition, dépendre d'une appréciation ultérieure de la part de l'administration. Au contraire, le résultat de l'essai est déjà un avis technique qui atteste, positivement ou négativement, la conformité de l'équipement testé à certains paramètres. La circonstance que ce résultat soit ensuite transmis à l'administration n'implique évidemment pas un contrôle ultérieur de celle-ci.

En définitive, l'administration n'*évalue* pas le résultat de l'essai, mais en prend simplement acte. Il s'ensuit que l'essai du LEA ne représente pas seulement une composante de la phase de contrôle des spécifications techniques, mais achève en substance la phase de contrôle.

17. En conséquence, si la condition d'indépendance prévue à l'article 6 de la directive est satisfaite par la réglementation française, à tout le moins formellement, en ce qui concerne les phases de la formalisation des spécifications techniques et de la délivrance

de l'agrément [15], cette même condition n'est pas remplie pour ce qui est de la phase de contrôle desdites spécifications.

18. D'autre part, la circonstance que ni la Commission ni d'autres États membres n'aient mis en cause la désignation, par le gouvernement français, du LEA en tant que laboratoire chargé d'effectuer les évaluations de conformité au niveau communautaire, conformément aux articles 9 et 10 de la directive 91/263, n'est pas de nature à modifier les termes du problème.

En effet, pour ce qui est du respect de l'obligation prévue à l'article 6 de la directive, cette circonstance est sans importance.

L'inapplicabilité de la réglementation française

19. En conclusion, il y a lieu de relever que, dans l'hypothèse où la Cour ferait sienne l'interprétation de l'article 6 de la directive que nous venons d'exposer, le juge a quo, conformément aux principes d'une jurisprudence désormais constante, devrait déclarer inapplicable l'ensemble de la réglementation de la procédure d'agrément, y compris les sanctions pénales qui sont actuellement liées à sa violation.

20. Tout en confirmant en principe les perplexités que suscitent, ainsi que nous l'avons déjà exprimé dans nos conclusions présentées sous l'arrêt Decoster, les conséquences que pourra comporter l'absence (certes temporaire) d'une réglementation applicable à un secteur qui concerne également la sécurité des usagers, nous estimons qu'il n'est pas possible de parvenir à une autre conclusion. Il s'agit, en effet, de la violation d'une disposition, à savoir l'article 6 de la directive, qui est directement applicable depuis le 1er juillet 1989.

Par ailleurs, la Cour de cassation française elle-même est parvenue, apparemment sans hésitation, à la même conclusion au lendemain des arrêts Decoster et Taillandier, précités [16].

15 — Il n'est pas utile, en l'espèce, de prendre position sur l'indépendance effective de France Télécom par rapport au ministère des P et T. On pourrait certes émettre quelques doutes à cet égard, en raison principalement du statut de l'entité qui, rappelons-le, opère sous la tutelle du ministre lui-même et est dirigée par un conseil d'administration (dont 14 membres sur 24 sont nommés par décret) qui agit dans le cadre d'orientations fixées par le gouvernement. Toutefois, ce point ne fait pas l'objet de la demande préjudicielle dont nous traitons ici et, par surcroît, n'est pas contesté par les parties.

16 — Voir, en ce sens, Cass. crim. 21 février 1994, n° B 92-81.421 PF, Ochtman, et Cass. crim. 21 février 1994, n° G 91-86.230 PF, Procureur général près de la cour d'appel de Versailles. On observera, en outre, que ces arrêts indiquent clairement un changement de cap de la part de la Cour de cassation, puisque cette dernière, quelques mois seulement avant les arrêts Decoster et Taillandier, avait confirmé l'applicabilité de la législation française en matière d'agréments, sans même avoir jugé utile de procéder à un renvoi préjudiciel (Cass. crim. 19 janvier 1993, n° S 90-86.624 PF, Gilles).

21. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour de répondre comme suit à la question posée par le Tribunal de grande instance de Paris:

« L'article 6 de la directive 88/301/CEE de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, s'oppose à l'application d'une réglementation nationale qui interdit, sous peine de sanctions, aux opérateurs économiques de fabriquer, d'importer, de détenir en vue de la vente, de vendre, de distribuer des appareils terminaux ou d'en faire la publicité sans justifier, par la présentation d'un agrément ou de tout autre document considéré comme équivalent, de la conformité de ces appareils à certaines exigences essentielles tenant notamment à la sécurité des usagers et au bon fonctionnement du réseau, alors que n'est pas assurée l'indépendance, par rapport aux opérateurs offrant des biens ou des services dans le domaine des télécommunications, de toutes les entités qui prennent part à la procédure d'agrément, y compris les laboratoires chargés de vérifier la conformité de ces appareils aux spécifications techniques. »