FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 6. juni 1995 *

1. I nærværende præjudicielle sag henledes Domstolens opmærksomhed atter på problemet om, hvorvidt den franske ordning om godkendelse af teleterminaludstyr er forenelig med artikel 6 i Kommissionens direktiv 88/301/EØF af 16. maj 1988 om konkurrence på teleterminalmarkederne [1] (herefter »direktivet«).

Det præjudicielle spørgsmål er opstået under en straffesag mod T. Tranchant, der er tiltalt for i perioden november 1992 — februar 1993 at have reklameret for udstyr, som ikke var typegodkendt ifølge fransk lovgivning. Tiltalte, som bestrider, at de forhold, som gøres gældende imod ham, er strafbare, har anført, at den franske lovgivning er i strid med princippet i direktivets artikel 6, hvorefter det organ, der skal sikre formaliseringen af de tekniske specifikationer, kontrollen med deres anvendelse samt udstedelsen af typegodkendelsen, skal være uafhængigt af offentlige eller private virksomheder, der udbyder varer og tjenesteydelser på telekommunikationsområdet.

2. Det svar, som Domstolen skal give den franske retsinstans på det stillede spørgsmål, vil skulle føje sig til den retspraksis, der blev indledt med dommen GB-INNO-BM og nærmere fastlagt i dommene Lagauche m.fl., Decoster og Taillandier, og som har udviklet sig parallelt med liberaliseringen af teleterminalmarkedet samt med den gradvise ophævelse af nationale monopoler og eksklusive rettigheder inden for området for omsætningen af disse produkter [2].

En fast bestanddel i denne retspraksis er det princip, at medlemsstaterne senest fra den begyndelsesdato, der er fastlagt i artikel 6 i

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 131, s. 73.

2 — Dom af 13.12.1991, sag C-18/88, GB-INNO-BM, Sml. I, s. 5941, af 27.10.1993, forenede sager C-46/90 og C-93/91, Lagauche m.fl., Sml. I, s. 5267, af 27.10.1993, sag C-69/91, Decoster, Sml. I, s. 5335, og af 27.10.1993, sag C-92/91, Taillandier, Sml. I, s. 5383.

direktivet (nemlig den 1.7.1989) er forpligtede til — samtidig med, at de kan opretholde eller indføre regulering af og kontrol med afsætningen af terminaludstyr — at sikre adskillelsen mellem de organer, der har til opgave at foretage denne regulering og kontrol, og de personer, som udøver økonomisk virksomhed på det omhandlede område [3].

De franske bestemmelser

3. Skønt de omhandlede faktiske forhold, som jeg allerede kort har berørt, i det væsentlige er identiske med de forhold, der lå til grund for de nævnte præjudicielle sager Decoster og Taillandier, er den franske lovgivning på typegodkendelsesområdet i mellemtiden blevet ændret i betragtelig grad. Jeg skal derfor først redegøre for de væsentligste dele heraf.

4. I overensstemmelse med de fællesskabsretlige forskrifter på området har Frankrig indført fri afsætning af teleterminaludstyr, men har dog i visse tilfælde gjort afsætningen afhængig af en typegodkendelse, hvorefter udstyret skal opfylde visse væsentlige krav. Efter de gældende bestemmelser kan terminaludstyr, der skal tilsluttes et offentligt telekommunikationsnet, kun fremstilles til det indre marked, indføres fra tredjelande, oplagres med henblik på salg, sælges, forhandles med eller uden modydelse, tilsluttes nettet eller gøres til genstand for reklame, hvis det er blevet typegodkendt af Ministeriet for Post og Telekommunikation (herefter »Ministeriet for P og T«) [4]. Overtrædelsen af forpligtelsen til at opnå typegodkendelse er strafbar [5].

Indtil midten af 1990'erne blev typegodkendelsesproceduren for terminaludstyr fuld-

3 — Domstolens stillingtagen kan karakteriseres som entydig, i hvert fald for så vidt angår fortolkningen af den forskrift, der fremgår af artikel 6 i direktivet, og hvis direkte virkning blev klart fastslået i de nævnte domme Lagauche m.fl., Decoster og Taillandier. Når det derimod drejer sig om gyldigheden af nationale bestemmelser, som ikke yder garanti for, at reguleringen sker uafhængigt af omsætningen i den periode, der ligger før den 1.7.1989, er Domstolens holdning sandt at sige ikke entydig; i de to domme Decoster og Lagauche m.fl., som blev afsagt samme dag, tog Domstolen stilling til, hvorvidt henholdsvis de franske og de belgiske bestemmelser (som i øvrigt havde adskillige fælles træk) var forenelige, ikke blot med artikel 6 i direktivet, men ligeledes med traktatens artikel 3, litra f), og artikel 86 og 90, i forhold til faktiske forhold, som faldt uden for direktivets tidsmæssige eller saglige anvendelsesområde. De franske bestemmelser fandtes uforenelige i begge henseender (Decoster-dommen), mens de belgiske bestemmelser fandtes uforenelige med artikel 6 i direktivet, men forenelige med traktatens artikel 3, litra f), og artikel 86 og 90 (Lagauche m.fl.-dommen), hvilket i øvrigt medfører, at Domstolen implicit modsiger sin egen tidligere fremsatte antagelse (dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, præmis 14), hvorefter direktiver med hjemmel i traktatens artikel 90, stk. 3 (som direktiv 88/301) alene præciserer de forpligtelser for medlemsstaterne, som allerede følger af traktaten.

4 — Denne bestemmelse, som allerede blev indført ved dekret nr. 85-336 af 12.3.1985, er siden blevet ændret. Den nu gældende bestemmelse fremgår af artikel L.34-9 i lov om post og telekommunikation, som ændret ved lov nr. 90-1170 af 29.12.1990 (JORF, s. 16439; herefter »P og T-loven«).

5 — Se hertil artikel L.39-3 i P og T-loven.

stændigt administreret af Ministeriet for P og T. Forskellige kontorer under dette ministerium havde nemlig til opgave henholdsvis at sikre formaliseringen af de tekniske specifikationer, kontrollen med deres anvendelse og udstedelsen af typegodkendelse. Andre enheder under samme ministerium havde desuden monopol på drift af det offentlige telekommunikationsnet og varetog afsætningen af terminaludstyr.

5. Der er i fransk lovgivning sket adskillige ændringer i den netop beskrevne situation, som Domstolen i dommene Decoster og Taillandier fandt retsstridige, fordi den var klart uforenelig med direktivets artikel 6. For det første er der ved lov nr. 90-568 af 2. juli 1990 [6], i hvert fald rent administrativt, blevet gennemført en adskillelse mellem beføjelserne til at markedsføre og beføjelserne til at fastsætte regler, mellem kontrol og godkendelse. Ved reformen overlades nemlig driften af det offentlige telekommunikationsnet og markedsføringsbeføjelserne til France Télécom, som netop blev oprettet med dette formål som selvstændig, offentligretlig juridisk person [7].

Ligeledes blev det ved dekret nr. 90-1121 af 18. december 1990 [8] fastsat, at beføjelserne til at fastlægge og vedtage den generelle juridiske ramme, inden for hvilken post- og telekommunikationssektorerne skal virke, forbliver underlagt direktoratet for den almindelige ordning i Ministeriet for P og T. Dette skal især udforme specifikationerne og udstede typegodkendelsesattesterne.

6. Desuden fastlægges i dekret nr. 92-116 af 4. februar 1992 [9] de nærmere regler for typegodkendelsesproceduren, idet der deri angives de tilfælde, hvor der kræves typegodkendelse, samt kriterierne for, om terminaludstyret opfylder betingelserne. I artikel R.20-2 i dekretet bestemmes, at formålet med typegodkendelsen er af almene hensyn at sikre, at de væsentlige krav i artikel L.32-12 i P og T-loven overholdes, dvs. at skabe sikkerhed for brugerne og personalet hos telenetoperatørerne, at beskytte nettene

6 — Lov om opbygningen af post- og telekommunikationsvæsenet (JORF, s. 8069).

7 — Skønt under ministeren: se lovens artikel 1.

8 — Dekret om oprettelsen af et direktorat i Ministeriet for Postvæsen, Telekommunikation og Rumforskning (JORF, s. 15615).

9 — Dekret om typegodkendelse af teleterminaludstyr, om betingelserne for tilslutning og om anerkendelse af installatører (JORF, s. 1915). Bl.a. ved dette dekret er Rådets direktiv 91/263/EØF af 29.4.1991 gennemført i fransk ret, hvilket jeg vil vende tilbage til i punkt 9 og i note 13.

og i givet fald at sikre den rigtige udnyttelse af radiospektret samt, hvor det skønnes nødvendigt, at sikre interoperabiliteten med hensyn til tjenesteydelser og terminaludstyr samt beskyttelsen af data.

7. I samme dekret angives, hvorledes en ansøgning om typegodkendelse skal behandles [10]. Ansøgeren skal til direktoratet indlevere en række oplysninger og dokumenter vedrørende det produkt, der søges typegodkendelse for [11]. Såfremt ansøgeren allerede er i besiddelse heraf, kan resultaterne af de undersøgelser, der er foretaget af et laboratorium udpeget af en kompetent myndighed i Frankrig eller en anden medlemsstat, indgå heri.

Hvis produktet derimod endnu ikke er blevet undersøgt af et laboratorium, kan ansøgeren blive opfordret til at fremlægge et repræsentativt eksemplar heraf for »et af de laboratorier, der er udpeget« med henblik herpå (artikel R.20-6, 3°). Laboratoriet skal kontrollere, om produktet opfylder de nævnte væsentlige krav og besidder enhver anden krævet egenskab, hvad angår de relevante harmoniserede normer eller fælles tekniske bestemmelser eller — i mangel heraf — hvad angår nationale bestemmelser; resultatet af denne kontrol meddeles herefter ministeriet.

På baggrund af alt foreliggende og såfremt resultatet af undersøgelsen er positivt, udsteder direktoratet for den almindelige ordning en kontrolattest, og efter at ansøgeren formelt har forpligtet sig til kun at fremstille eller markedsføre produkter, som svarer til denne attest, udsteder det typegodkendelsen (artikel R.20-7 og R.20-10).

8. Det fremgår klart af forelæggelsesdommen, at der i Frankrig i øjeblikket kun er ét laboratorium med bemyndigelse til at gennemføre undersøgelser af andre væsentlige krav en dem, der vedrører sikkerheden i forbindelse med terminaludstyr, nemlig Laboratoire d'essai et d'agrément (herefter »LEA«) [12].

Det er ligeledes klart, at LEA er en del af et forskningscenter, Centre national d'études

10 — I virkeligheden har ansøgeren valget mellem to alternative typegodkendelsesprocedurer, nemlig »typeundersøgelsen« og »overensstemmelseserklæringen«; af de to procedurer er imidlertid kun den første relevant i dette tilfælde, eftersom den anden ikke kræver medvirken fra prøvningslaboratorierne, hvis uafhængighed, som det skal vise sig, er draget i tvivl i nærværende sag.

11 — En fuldstændig fortegnelse over de dokumenter, der skal vedlægges ansøgningen om typegodkendelse, findes i anmodning af 11.3.1992 om ansøgning om typegodkendelse, der er udstedt i medfør af artikel R.20-5 i P og T-loven (JORF, s. 3846).

12 — Et andet laboratorium, Laboratoire central des industries électriques (LCIE), er desuden bemyndiget til at udføre elektriske undersøgelser.

des télécommunications (CNET), som indgår i France Télécom. Som den franske regering i et svar på et af Domstolen stillet skriftligt spørgsmål udtrykkeligt har erklæret det, er »den juridiske adskillelse« mellem LEA og France Télécom ikke et mål, der prioriteres, i det mindste ikke på kort sigt.

9. Endelig bemærkes, at LEA af den franske regering er blevet udpeget til at foretage de undersøgelser, som vedrører de procedurer, der er omhandlet i artikel 9 i Rådets direktiv 91/263/EØF af 29. april 1991 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om teleterminaludstyr samt gensidig anerkendelse af udstyrets overensstemmelse [13]. I medfør af artikel 10, stk. 2, i samme direktiv, er Kommissionen blevet underrettet om denne udpegelse, og indtil nu har hverken Kommissionen eller nogen medlemsstat [14] rejst tvivl herom.

Det præjudicielle spørgsmål

10. Den nationale retsinstans, for hvem hovedsagen verserer, går ud fra det ubestridte forhold, at LEA er afhængigt af France Télécom, og nærer tvivl om, hvorvidt denne afhængighed er lovlig i henseende til direktivets artikel 6. Den har derfor fundet det nødvendigt at forelægge spørgsmålet om fortolkningen af denne bestemmelse til fornyet præjudiciel afgørelse.

Navnlig anmoder den forelæggende ret Domstolen om at tage stilling til, hvorvidt artikel 6 er til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser om godkendelse af terminaludstyr, som pålægger forpligtelser som bestemt i den franske lovgivning, »når det ikke over for erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet, garanteres, at det laborato-

13 — EFT L 128, s. 1. Dette direktiv markerer en senere fase i processen hen imod fuld gensidig anerkendelse af typegodkendelse af terminaludstyr udstedt i de forskellige medlemsstater. Direktivet fastlægger desuden med henblik på at udvikle og på samme tid opstille regler for det europæiske marked for terminaludstyr, som skal tilsluttes det offentlige telekommunikationsnet, de minimumskrav, som udstyret skal opfylde for at være omfattet af den frie markedsføring og den frie samhandel og benyttelse på medlemsstaternes område. I direktivet opstilles derfor to (alternative) procedurer til at vurdere, om produkterne opfylder de nævnte krav, procedurer, hvorefter de produkter, som erklæres at være i overensstemmelse hermed, forsynes med »EF-overensstemmelsesmærke«. Medlemsstaterne skal efter den nævnte artikel 10 underrette Kommissionen om de nationale organer og laboratorier, der er udpeget til at foretage sådanne afprovninger af »EF«-overensstemmelsen (samt til at varetage andre kontrolopgaver), og Kommissionen skal sikre sig, at disse organer og laboratorier opfylder visse mindstekrav hvad angår kompetence, upartiskhed og uafhængighed og offentliggøre listen i EF-Tidende. Naturligvis er direktiv 91/263/EØF på det nuværende harmoniseringsstadium for normerne på det omhandlede område ikke til hinder for, at nationale godkendelsesprocedurer (som den i hovedsagen omhandlede) for de områder, som ikke nødvendigvis dækkes af de harmoniserede normer eller af fælles tekniske bestemmelser, finder anvendelse.

14 — Når en medlemsstat eller Kommissionen finder, at et laboratorium, der er udpeget af en medlemsstat, ikke opfylder de relevante kriterier, kan spørgsmålet i medfør af artikel 10, stk. 4, i direktiv 91/263/EØF forelægges til udtalelse fra en ad hoc-komité i overensstemmelse med artikel 13, oprettet for at bistå Kommissionen med at udføre de opgaver, den pålægges i direktivet.

rium, der under typegodkendelsesproceduren har til opgave at kontrollere, om udstyret opfylder de stillede krav, er uafhængigt«.

11. Indledningsvis skal jeg bemærke, at spørgsmålet, som det er formuleret, kan forekomme retorisk. Forpligtelsen til uafhængighed fremgår nemlig af den klare ordlyd af den nævnte artikel 6, og det er ubestrideligt, at denne bestemmelse finder anvendelse fra den 1. juli 1989; det er følgelig klart, at en lovgivning, som ikke yder garanti for en sådan uafhængighed, ikke kan være i overensstemmelse med direktivet.

Den nationale retsinstans' spørgsmål må derfor forstås således, at det ønskes oplyst, hvorvidt det forhold, at LEA er afhængigt af France Télécom, kan påvirke vurderingen af, om den samlede typegodkendelsesprocedure, sådan som den er fastlagt i den franske lovgivning, er i overensstemmelse med forpligtelserne i direktivets artikel 6.

12. Jeg skal herom først bemærke, at der som nævnt i direktivets artikel 6, som pålægger medlemsstaterne at adskille de organer, der udøver normative og regulerende beføjelser fra dem, som udøver økonomisk og markedsføringsmæssig virksomhed på telekommunikationsområdet, er foretaget en opdeling af den første funktion i tre væsentlige faser, nemlig formaliseringen af de tekniske specifikationer, kontrollen med deres anvendelse og udstedelsen af typegodkendelse.

Mens det efter artikel 6 er uden betydning, om de tre nævnte faser udføres af et enkelt organ eller af flere adskilte organer, kræves det efter samme bestemmelse derimod, at *hver* fase foretages af organer, som selv er *uafhængige* af offentlige eller private virksomheder, der udbyder varer og/eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet.

13. Efter den i sagen omhandlede franske lovgivning foretages de faser, der vedrører formaliseringen af de tekniske specifikationer og selve udstedelsen af typegodkendelsen, af et direktorat under Ministeriet for P og T, som fremtidigt i hvert fald formelt er adskilt fra det organ, der forestår driften af nettet og leveringen af varer og tilsvarende tjenesteydelser.

Derimod er kontrollen af de tekniske specifikationer, skønt den formelt set udføres af samme direktorat i ministeriet, baseret på tekniske kontrolmålinger og prøvninger, der er gennemført af et laboratorium, som er afhængigt af France Télécom.

14. Jeg skal indledningsvis fastslå, at en sådan juridisk afhængighed forekommer mig i klar modstrid ikke blot med ordlyden, men ligeledes med ånden i direktivets artikel 6.

Den franske regerings påstand, hvorefter LEA, trods den juridiske afhængighed, skulle udøve fuldstændig upartisk og objektiv virksomhed, er slet ikke blevet bevist. Tværtimod har den befuldmægtigede for den franske regering under retsmødet udtrykkeligt erkendt, at personalet i LEA refererer til direktøren, som selv er underlagt France Télécom.

15. Vi står derfor over for en situation, hvorefter et laboratorium, der indgår i en offentlig virksomhed, der har til opgave at drive nettet og foretage markedsføring, har fået til opgave at foretage prøvningen for at vurdere, om det udstyr, som fremstilles af konkurrenterne til denne virksomhed, opfylder de stillede krav.

Denne situation forekommer mig ikke at opfylde de stillede krav til uafhængighed og upartiskhed. Der er nemlig risiko for, at mistanke om partiskhed vil hvile over enhver vurdering af overensstemmelsen, der fører til negativt resultat, og over eventuelle blotte forsinkelser under udførelsen af prøvningerne (hvis varighed ikke på nogen måde er underlagt frister).

16. Man kan ikke med føje herimod indvende, som den franske regering har gjort det, at gennemførelsen af prøvningen, som foretages af LEA, kun er rent teknisk, og at vurderingen af dens resultater under alle omstændigheder foretages af det kompetente direktorat i ministeriet.

Den prøvning, som LEA gennemfører, kan i virkeligheden pr. definition ikke afhænge af en senere vurdering fra administrationens side. Tværtimod indebærer dens resultat allerede en teknisk udtalelse, som — positivt eller negativt — angiver, om det afprøvede udstyr er i overensstemmelse med visse parametre. Det forhold, at dette resultat dernæst overgives til administrationen, medfører naturligvis ikke, at denne foretager en efterfølgende kontrol.

Administrationen vurderer altså ikke kontrollens resultat, men tager den simpelthen til efterretning. Det følger heraf, at LEA's prøvning ikke blot er en del i kontrolfasen vedrørende de tekniske specifikationer, men i det væsentlige afslutter denne fase.

17. Heraf følger, at selv om betingelsen om uafhængighed i direktivets artikel 6 formelt set opfyldes af den franske lovgivning, for så vidt angår faserne vedrørende formalisering af de tekniske specifikationer og udstedelsen

af typegodkendelse [15], er denne betingelse ikke opfyldt, for så vidt angår den fase, der vedrører kontrollen med de nævnte specifikationer.

18. Den omstændighed, at hverken Kommissionen eller andre medlemsstater har rejst tvivl om den franske regerings udpegelse af LEA til som laboratorium at udføre overensstemmelsesvurderingerne på fællesskabsniveau i henhold til artikel 9 og 10 i direktiv 91/263, ændrer ikke dette resultat.

Dette er nemlig uden betydning, hvad angår den forpligtelse, der er fastlagt i direktivets artikel 6.

Uanvendeligheden af den franske lovgivning

19. Jeg skal endelig bemærke, at såfremt Domstolen tilslutter sig den fortolkning af direktivets artikel 6, som jeg netop har givet, skal den forelæggende retsinstans i overensstemmelse med principperne i en hidtil fast retspraksis fastslå, at hele lovgivningen om typegodkendelsesproceduren, herunder de strafferetlige sanktioner, som i øjeblikket følger af dens overtrædelse, ikke finder anvendelse.

20. Jeg kan ikke nå frem til en anden konklusion, skønt jeg i princippet, således som jeg allerede har anført i mit forslag til afgørelse i Decoster-dommen, må erkende, at manglen (ganske vist forbigående) på anvendelig lovgivning inden for et område, som ligeledes vedrører sikkerheden for brugerne, kan give anledning til stor rådvildhed. Der er nemlig tale om tilsidesættelse af en bestemmelse, nemlig direktivets artikel 6, som har været direkte anvendelig fra den 1. juli 1989.

I øvrigt er den franske Cour de cassation selv — tilsyneladende uden tøven — nået frem til samme konklusion dagen efter afsigelsen af de nævnte domme i sagerne Decoster og Taillandier [16].

15 — Det er unødvendigt i denne sag at tage stilling til, om France Télécom rent faktisk er uafhængigt af Ministeriet for P og T. Man kan ganske vist have sine tvivl i så henseende, navnlig pga. vedtægten for dette organ, der, som det vil erindres, er underlagt ministeren selv og styres af et administrativt råd (hvoraf 14 ud af 24 medlemmer udnævnes ved bekendtgørelse), som handler inden for de rammer, der er fastlagt af regeringen. Imidlertid er dette forhold ikke omfattet af den præjudicielle forelæggelse, som behandles her, og er desuden ikke bestridt af parterne.

16 — Se hertil Cass. crim. 21.2.1994, nr. B 92-81.421 PF, Ochtman, og Cass. crim. 21.2.1994, nr. G 91-86.230 PF, Anklagemyndigheden ved Cour d'appel de Versailles. Det bemærkes desuden, at disse domme angiver en klar kursændring fra Cour de cassation's side, eftersom denne blot nogle måneder før Decoster- og Taillandier-dommene havde fastslået, at den franske lovgivning fandt anvendelse ved typegodkendelser, endog uden at have fundet en præjudiciel forelæggelse nødvendig (Cass. crim. 19.1.1993, nr. S 90-86.624 PF, Gilles).

21. På baggrund af disse betragtninger foreslår jeg derfor Domstolen at besvare det spørgsmål, som Tribunal de grande instance de Paris har stillet, som følger:

»Artikel 6 i Kommissionens direktiv 88/301/EØF af 16. maj 1988 om konkurrence på teleterminalmarkederne er til hinder for nationale bestemmelser, der under strafansvar forbyder erhvervsdrivende at fremstille, indføre, oplagre med henblik på salg, sælge, forhandle eller reklamere for terminaludstyr, medmindre de ved fremlæggelse af en typegodkendelsesattest eller ethvert andet dokument, der betragtes som ligestillet hermed, godtgør, at udstyret opfylder visse væsentlige krav, navnlig vedrørende brugernes sikkerhed og telekommunikationsnettets driftssikkerhed, når det ikke over for erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet, garanteres, at det laboratorium, der under typegodkendelsesproceduren har til opgave at kontrollere, om udstyret opfylder de stillede krav, er uafhængigt.«