CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 6 de junio de 1995 *

1. El presente procedimiento prejudicial llama de nuevo la atención del Tribunal de Justicia sobre la cuestión de la compatibilidad de la normativa francesa en materia de homologación de terminales de telecomunicaciones con el artículo 6 de la Directiva 88/301/CEE de la Comisión, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones [1] (en lo sucesivo, «Directiva»).

La cuestión prejudicial se ha planteado en el marco de un proceso penal incoado contra el Sr. Tranchant, por el hecho de haber efectuado publicidad, entre noviembre de 1992 y febrero de 1993, de aparatos desprovistos de la homologación exigida por la normativa francesa. Al tiempo que llegaba la relevancia en el orden penal de los hechos que se le imputaban, el procesado invocó la incompatibilidad de tales normas con el principio contenido en el artículo 6 de la Directiva, conforme al cual el organismo encargado de la formalización de las especificaciones técnicas, del control de su aplicación, así como de la expedición del certificado de homologación debe ser independiente de las empresas públicas o privadas que suministren bienes y servicios en el sector de las telecomunicaciones.

2. La respuesta que el Tribunal de Justicia dé a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional francés enriquecerá la jurisprudencia, inaugurada con la sentencia GB-Inno-BM y precisada en las sentencias Lagauche y otros, Decoster y Taillandier, que se desarrolló paralelamente a la liberalización del mercado de terminales de telecomunicaciones y a la eliminación progresiva de los monopolios y derechos exclusivos nacionales en el sector de la comercialización de tales productos. [2]

Un elemento constante de esta jurisprudencia es el principio según el cual, al menos a partir de la fecha inicial prevista en el

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 131, p. 73.

2 — Sentencias de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941); de 27 de octubre de 1993, Lagauche y otros (asuntos acumulados C-46/90 y C-93/91, Rec. p. I-5267); de 27 de octubre de 1993, Decoster (C-69/91, Rec. p. I-5335), y de 27 de octubre de 1993, Taillandier (C-92/91, Rec. p. I-5383).

artículo 6 de la Directiva (1 de julio de 1989), los Estados miembros, al tiempo que son autorizados a mantener o a adoptar medidas de regulación y de control sobre la comercialización de los terminales, están obligados a garantizar la separación entre las autoridades competentes para adoptar dicha normativa y efectuar tales controles, y los sujetos que ejercen una actividad de naturaleza económica dentro del sector. [3]

3. A pesar de que los antecedentes de hecho del litigio, que ya he expuesto brevemente, son esencialmente idénticos a los que originaron las remisiones prejudiciales en los asuntos Decoster y Taillandier, antes citados, la legislación francesa en materia de homologación ha sido entretanto sensiblemente modificada. Por consiguiente, es preciso, en primer lugar, recordar sus aspectos esenciales.

3 — La posición del Tribunal de Justicia puede calificarse de unívoca, al menos en lo que respecta a la interpretación del precepto formulado en el artículo 6 de la Directiva, cuyo efecto directo ha sido claramente confirmado por las sentencias Lagauche y otros, Decoster y Taillandier, antes citadas. Por el contrario, en cuanto a la validez de las normativas nacionales que no garanticen la independencia de la función normativa con respecto a la función comercial durante el período *anterior* al 1 de julio de 1989, la actitud del Tribunal de Justicia, a decir verdad, no es unívoca; en las dos sentencias Decoster y Lagauche y otros, que fueron dictadas el mismo día, el Tribunal de Justicia apreció la compatibilidad de las normativas francesa y belga, respectivamente (que, por otra parte, presentaban numerosos puntos comunes), no sólo con el artículo 6 de la Directiva, sino también con la letra f) del artículo 3 y con los artículos 86 y 90 del Tratado, en relación con hechos que —*ratione temporis* o *ratione materiae*— escapaban del ámbito de aplicación de la Directiva. Ahora bien, la normativa francesa se consideró incompatible respecto a ambos parámetros (sentencia Decoster), mientras que la normativa belga se declaró incompatible con el artículo 6 de la Directiva, pero compatible con la letra f) del artículo 3 y con los artículos 86 y 90 del Tratado (sentencia Lagauche y otros), con lo cual, además, se contradecía implícitamente también la afirmación, realizada anteriormente por el propio Tribunal de Justicia (sentencia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión, C-202/88, Rec. p. I-1223, apartado 14), según la cual las Directivas basadas (como la Directiva 88/301) en el apartado 3 del artículo 90 del Tratado, no tienen otra misión que la de precisar las obligaciones de los Estados miembros que ya se desprenden del Tratado.

La normativa francesa

4. Conforme a los preceptos comunitarios en la materia, Francia ha liberalizado la comercialización de los terminales de telecomunicaciones, exigiendo, no obstante, en algunos casos la expedición de un certificado de homologación acreditativo de la conformidad de los aparatos con determinados requisitos esenciales. En efecto, según las disposiciones vigentes, los terminales que vayan a ser conectados a la red pública sólo pueden ser fabricados para el mercado interno, importados de países terceros, poseídos para su venta, puestos a la venta, distribuidos a título gratuito u oneroso, conectados a la red, o ser anunciados a condición de que se les haya otorgado una homologación previa, expedida por el ministère de Postes et Télécommunications (en lo sucesivo, «ministère de P et T»). [4] El incumplimiento de la obligación de homologación es objeto de sanciones penales. [5]

Hasta mediados del año 1990, el procedimiento de homologación de los aparatos terminales fue enteramente gestionado por

4 — Esta disposición, que ya fue introducida por el Decreto nº 85-336, de 12 de marzo de 1985, fue posteriormente completada. El texto actualmente vigente figura en el artículo L. 34-9 del code des Postes et Télécommunications, en su versión modificada por la Ley nº 90-1170, de 29 de diciembre de 1990 (JORF, p. 16439; en lo sucesivo, «code de P y T»).

5 — A los efectos que nos interesan, véase el artículo L. 39-3 del code des P et T.

el ministère de P et T. En efecto, varias Direcciones de dicho Ministerio se encargaban, respectivamente, de la formalización de las especificaciones técnicas, del control de su aplicación y de la expedición de las homologaciones. Además, otros órganos del mismo Ministerio gestionaban, en régimen de monopolio, la red pública de telecomunicaciones y se ocupaban de la comercialización de los terminales.

5. El legislador francés introdujo numerosas modificaciones a la situación antes descrita, que el Tribunal de Justicia declaró ilegal en las sentencias Decoster y Taillandier por su evidente incompatibilidad con el artículo 6 de la Directiva.

En primer lugar, la Ley nº 90-568, de 2 de julio de 1990, [6] efectuó, al menos en el plano de la organización administrativa, una separación entre la actividad comercial y las actividades de reglamentación, control y homologación. En efecto, la reforma atribuye la gestión de la red pública y las actividades de naturaleza comercial a France Télécom, que fue expresamente constituida en forma de entidad de Derecho público y a la que se dotó de personalidad jurídica autónoma. [7]

Del mismo modo, el Decreto nº 90-1121, de 18 de diciembre de 1990, [8] precisó que las funciones de definición y adaptación del marco jurídico general correspondiente al sector de Correos y Telecomunicaciones seguían siendo competencia de la direction de la réglementation générale del ministère des P et T. En particular, ésta se encargaba de formular las especificaciones técnicas y era competente para expedir las homologaciones.

6. Posteriormente, el Decreto nº 92-116, de 4 de febrero de 1992, [9] estableció las modalidades del procedimiento de homologación, precisando aquellos casos en los que se exigía la homologación y los criterios de evaluación de la conformidad de los equipos terminales. El artículo R. 20-2 del citado Decreto recuerda que la homologación tiene por objeto garantizar, en interés general, el respeto de las exigencias fundamentales definidas en el apartado 12 del artículo L. 32 del code des P et T, es decir, la seguridad de los usuarios y del personal al servicio de los

6 — Ley relativa a la organización del servicio público de Correos y Telecomunicaciones (JORF, p. 8069).

7 — Aunque bajo tutela del Ministro: véase el artículo 1 de la Ley.

8 — Decreto relativo a la organización de la administración central del ministère des Postes, des Télécommunications et de l'Espace (JORF, p. 15615).

9 — Decreto relativo a la homologación de los equipos terminales de telecomunicaciones, a sus condiciones de conexión y a la admisión de los instaladores (JORF, p. 1915). Este Decreto, entre otros, supone la adaptación del Derecho francés a la Directiva 91/263/CEE del Consejo, de 29 de abril de 1991, sobre la cual volveremos más adelante en el punto 9 y en la nota 13 de las presentes conclusiones.

gestores de las redes de telecomunicaciones, la protección de las redes y, llegado el caso, la correcta utilización del espectro radioeléctrico, así como, de ser necesario, la interoperabilidad de los servicios y la de los equipos terminales y la protección de los datos.

7. El propio Decreto especifica en detalle el *iter* de la solicitud de homologación. [10] El solicitante presenta ante la direction de la réglementation générale un expediente con una serie de datos y documentos relativos al producto objeto de la solicitud. [11] Entre tales documentos pueden figurar, cuando el solicitante ya se halle en posesión de ellos, los resultados de los ensayos efectuados por un laboratorio designado por la autoridad competente en Francia o en otro Estado miembro.

Por el contrario, si el producto aún no ha sido sometido a un ensayo efectuado por un laboratorio autorizado en Francia o en otro Estado miembro, puede pedirse al solicitante que presente un ejemplar representativo de dicho producto a «uno de los laboratorios designados» a tal fin (artículo R. 20-6, apartado 3). El laboratorio se encarga de verificar la conformidad del producto con las exigencias fundamentales antes citadas y con cualquier otro requisito, a la luz de las normas armonizadas pertinentes o de las normativas técnicas comunes o, a falta de éstas, de las disposiciones nacionales; a continuación, se comunica al Ministerio el resultado de tal verificación.

Basándose en todos los elementos de que dispone, y en caso de resultado positivo del ensayo, la direction de la réglementation général expide, en este momento, un certificado de examen y, posteriormente, tras haber obtenido del solicitante el compromiso formal de fabricar o comercializar solamente productos conformes con tal certificado, concede la homologación (artículos R. 20-7 y R. 20-10).

8. Tal y como se desprende de la resolución de remisión, es evidente que, por el momento, sólo existe en Francia un laboratorio autorizado a efectuar ensayos relativos a los requisitos esenciales, con excepción de la seguridad, de los aparatos terminales, el Laboratoire d'essai et d'agrément (en lo sucesivo, «LEA»). [12]

También es evidente que LEA forma parte integrante de un centro de investigación, el

10 — En realidad, el solicitante puede escoger entre dos procedimientos de homologación alternativos: el «examen del tipo» y la «declaración de conformidad». No obstante, de los dos, sólo el primero es relevante en el asunto que nos ocupa, puesto que el segundo no requiere la intervención de los laboratorios de ensayos, cuya independencia, como veremos, se cuestiona en el presente caso.

11 — La lista completa de los documentos que deben adjuntarse a la solicitud de homologación figura en el Decreto de 11 de marzo de 1992, relativo al contenido del expediente de la solicitud de homologación, adoptado sobre la base del artículo R. 20-5 del code des P et T (JORF, p. 3846).

12 — Un segundo laboratorio, el Laboratoire central des industries électriques (LCIE) fue además autorizado a efectuar ensayos eléctricos.

Centre national d'études des télécommunications (CNET) que, a su vez, está integrado en France Télécom. Por otra parte, tal y como el Gobierno francés ha reconocido explícitamente en su respuesta a una pregunta escrita formulada por el Tribunal de Justicia, la «separación jurídica» de LEA de France Télécom no constituye, al menos a corto plazo, un objetivo prioritario.

9. Finalmente, es preciso destacar que LEA fue designado por el Gobierno francés para efectuar las pruebas a las que se refiere el artículo 9 de la Directiva 91/263/CEE del Consejo, de 29 de abril de 1991, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de telecomunicación, incluido el reconocimiento mutuo de su conformidad. [13] Dicha designación fue notificada a la Comisión, de conformidad con el apartado 2 del artículo 10 de esta misma Directiva, y hasta el momento, ni la Comisión ni ningún otro Estado miembro [14] la han puesto en tela de juicio.

La cuestión prejudicial

10. Al partir de la premisa indiscutida de que LEA depende de France Télécom y albergar algunas dudas sobre la legitimidad de tal dependencia en relación con el artículo 6 de la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio principal ha considerado necesaria una nueva decisión prejudicial sobre la interpretación de tal disposición.

En particular, el Juez *a quo* plantea al Tribunal de Justicia si el artículo 6 se opone a la aplicación de una normativa nacional en materia de homologación de terminales, que establezca obligaciones como las previstas por la legislación francesa, «aun cuando no se garantiza que el laboratorio de ensayos encargado de controlar técnicamente la conformidad de los aparatos en el marco del procedimiento de homologación sea inde-

13 — DO L 128, p. 1. Esta Directiva marca una etapa posterior en el proceso del pleno reconocimiento recíproco de las homologaciones de equipos terminales expedidas en los diferentes Estados miembros. Por otra parte, con el fin de desarrollar, y simultáneamente regular, el mercado europeo de terminales destinados a ser conectados a la red pública de telecomunicaciones, la Directiva establece las exigencias mínimas que los equipos deben cumplir para poder disfrutar de la libre comercialización, así como de la libre circulación y utilización en el territorio de los Estados miembros. Desde esta perspectiva, la Directiva establece dos procedimientos (alternativos) de evaluación de la conformidad de los productos con las citadas exigencias, a cuyo término se otorga a los productos declarados conformes la «marca CE de conformidad». Con arreglo al artículo 10, antes citado, los Estados miembros notificarán a la Comisión los organismos y laboratorios nacionales designados para efectuar tal evaluación de la conformidad «CE» (así como para efectuar otras tareas de vigilancia) y la Comisión, tras haber verificado que dichos organismos y laboratorios cumplen determinados criterios mínimos de competencia, imparcialidad e independencia, publicará la lista de ellos en el Diario Oficial. Es evidente que en el estado actual de armonización de las normas relativas al ámbito de que se trata, la Directiva 91/263 no impide la aplicación de procedimientos de homologación nacionales (como los controvertidos en el litigio principal) que se refieran a aspectos no necesariamente cubiertos por normas armonizadas o por normativas técnicas comunes.

14 — En virtud del apartado 4 del artículo 10 de la Directiva 91/263, cuando un Estado miembro o la Comisión consideren que un laboratorio designado por un Estado miembro no satisface los criterios pertinentes, la cuestión puede someterse al dictamen del comité *ad hoc* previsto en el artículo 13, que ha sido creado para asistir a la Comisión en el ejercicio de las competencias que le otorga la Directiva.

pendiente con respecto a cualquier otro agente que ofrezca bienes o servicios en el sector de las telecomunicaciones».

11. Señalemos inicialmente que, tal y como está formulada, la cuestión podría parecer retórica. La obligación de independencia, en efecto, está formulada en términos claros por el citado artículo 6, y la aplicabilidad de éste, a partir del 1 de julio de 1989, está fuera de discusión; por tanto, es evidente que una legislación que no garantice tal independencia no puede ser considerada conforme con la Directiva.

Así pues, la cuestión debe interpretarse en el sentido de que el Juez nacional pretende que se dilucide si la dependencia de LEA respecto a France Télécom puede afectar a la compatibilidad del procedimiento de homologación en su conjunto, tal y como lo prevé la normativa francesa, con las obligaciones enunciadas por el artículo 6 de la Directiva.

12. A este respecto, es preciso señalar con carácter preliminar que, como ya he expuesto, el artículo 6 de la Directiva, que exige a los Estados miembros la separación entre los sujetos que ejercen la función normativa y de regulación y los que ejercen la actividad económico-comercial en el sector de las telecomunicaciones, divide la primera función en tres fases esenciales: la formalización de las especificaciones técnicas, el control de su aplicación y la expedición de la homologación.

Ahora bien, mientras que, a efectos del artículo 6, es irrelevante que las tres fases antes citadas sean desarrolladas por un mismo sujeto o por varios, la misma disposición exige, por el contrario, que *cada una* de las fases sea desarrollada por sujetos que, a su vez, sean *independientes* de las empresas públicas o privadas que ofrezcan bienes y/o servicios en el sector de las telecomunicaciones.

13. La normativa francesa controvertida atribuye a una Dirección del ministère des P et T, hoy al menos formalmente separada de la entidad encargada de la gestión de la red y del suministro de bienes y servicios conexos, la fase de formalización de las especificaciones técnicas y de expedición material de la homologación.

Por el contrario, el control de las especificaciones técnicas, a pesar de ser ejercido formalmente por la misma Dirección del Ministerio, se basa en verificaciones técnicas y ensayos efectuados por un laboratorio que depende de France Télécom.

14. Digamos de entrada que, en mi opinión, tal dependencia jurídica se halla en evidente contradicción no sólo con la letra sino también con el espíritu del artículo 6 de la Directiva.

La tesis del Gobierno francés, según la cual, a pesar de su dependencia jurídica, LEA desarrolla su actividad con plena libertad de juicio e imparcialidad, no ha sido en absoluto demostrada. Por el contrario, en la vista, el Agente del Gobierno francés reconoció expresamente que el personal de LEA es responsable ante su director, el cual, a su vez, depende de France Télécom.

15. Por lo tanto, nos encontramos ante una situación en la cual se ha confiado al laboratorio, parte integrante de una empresa pública encargada de explotar la red y de desarrollar actividades de naturaleza comercial, el ensayo destinado a la valoración de conformidad de los equipos fabricados por los competidores de dicha empresa.

No me parece que tal situación responda a las exigencias expuestas de independencia e imparcialidad. En efecto, en estas circunstancias, toda evaluación de conformidad con resultado negativo, e incluso los simples retrasos que puedan producirse en la realización de los ensayos (cuya duración no está sujeta a ningún límite máximo), levantará sospechas de parcialidad.

16. De nada sirve mantener sobre esta cuestión, como ha hecho el Gobierno francés, que la realización del ensayo por parte de LEA no es sino una actividad de carácter técnico y que la evaluación de los resultados de dicho ensayo incumbe de todos modos a la Dirección competente del Ministerio.

En realidad, el ensayo efectuado por LEA no puede, por definición, depender de una apreciación posterior de la Administración. Por el contrario, el resultado del ensayo ya es un dictamen técnico que certifica, positiva o negativamente, la conformidad del equipo verificado con determinados parámetros. El hecho de que este resultado se transmita posteriormente a la Administración no supone evidentemente un control posterior por parte de ella.

En definitiva, la Administración no *evalúa* el resultado del ensayo, sino que simplemente toma nota del mismo. De ello se desprende que el ensayo de LEA no representa solamente un momento de la fase de control de las especificaciones técnicas, sino que agota sustancialmente la fase de control.

17. Por lo tanto, mientras que el requisito de independencia previsto en el artículo 6 de la Directiva es respetado, al menos formalmente, por la normativa francesa en lo que respecta a las fases de formalización de las especificaciones técnicas y de expedición

de la homologación, [15] este mismo requisito no se cumple en lo que respecta a la fase de control de dichas especificaciones.

18. Por otra parte, la circunstancia de que ni la Comisión ni otros Estados miembros hayan cuestionado la designación de LEA por parte del Gobierno francés como laboratorio encargado de efectuar las valoraciones de conformidad a nivel comunitario con arreglo a los artículos 9 y 10 de la Directiva 91/263 no puede modificar los términos del problema.

En efecto, respecto al cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 6 de la Directiva, se trata de una circunstancia del todo irrelevante.

Inaplicabilidad de la normativa francesa

19. En conclusión, debe destacarse que, si el Tribunal de Justicia suscribiera la interpretación del artículo 6 de la Directiva que acabo de proponer, el Juez *a quo*, coherentemente con los principios de una jurisprudencia hoy más que consolidada, deberá declarar inaplicable la totalidad de la normativa del procedimiento de homologación, incluidas las sanciones penales que actualmente se aplican en caso de infracción.

20. Aun confirmando en principio mi perplejidad, ya manifestada en las conclusiones presentadas en el asunto Decoster, sobre las consecuencias que podría implicar la ausencia (aunque sólo fuera temporal) de una normativa aplicable a un sector en el cual también se halla en juego la seguridad de los usuarios, no creo, sin embargo, que se pueda llegar a una conclusión distinta. En efecto, se trata de la infracción de una norma, el artículo 6 de la Directiva, dotada de efecto directo desde el 1 de julio de 1989.

Por otra parte, la propia Cour de cassation francesa ha llegado, aparentemente sin vacilación, a la misma conclusión tras las sentencias Decoster y Taillandier, antes citadas. [16]

15 — No es oportuno, en el presente caso, tomar postura sobre la independencia efectiva de France Télécom con respecto al ministère des P et T. Ciertamente, podrían surgir algunas dudas a este respecto, alimentadas sobre todo por el estatuto de la entidad que, recordémoslo, opera bajo la responsabilidad del propio Ministro y está dirigida por un Consejo de Administración (14 de cuyos miembros, de un total de 24, son nombrados por Decreto), que actúa en el marco de orientaciones fijadas por el Gobierno. No obstante, este punto no es objeto de la cuestión prejudicial que aquí nos ocupa y, además, no ha sido cuestionado por las partes.

16 — Véase, en este sentido, Cass. crim. 21 de febrero de 1994, nº B 92-81.421 PF, Ochtman, y Cass. crim 21 de febrero de 1994, nº G 91-86.230 PF, Procureur général près de la cour d'appel de Versailles. Por otra parte, debe indicarse que estas sentencias constituyen una clara señal del cambio de rumbo de la Cour de cassation, puesto que esta última, sólo algunos meses antes de las sentencias Decoster y Taillandier, confirmó la aplicabilidad de la normativa francesa en materia de homologaciones, sin ni siquiera considerar oportuna una remisión prejudicial (Cass. crim. 19 de enero de 1993, nº S 90-84.624 PF, Gilles).

21. A la luz de las consideraciones que preceden propongo, por tanto, al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión planteada por el tribunal de grande instance de Paris:

«El artículo 6 de la Directiva 88/301/CEE de la Comisión, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una normativa nacional que prohíba a los operadores económicos, bajo pena de sanción, fabricar, importar, poseer con vistas a la venta, vender, distribuir o hacer publicidad de aparatos terminales sin comprobar, mediante la presentación de una homologación o cualquier otro documento equivalente, la conformidad de dichos aparatos con determinados requisitos esenciales referentes, en particular, a la seguridad de los usuarios y al buen funcionamiento de la red, cuando no esté garantizada la independencia, respecto a los operadores que ofrezcan bienes y servicios en el sector de las telecomunicaciones, de todas las entidades que tomen parte en el procedimiento de homologación, incluidos los laboratorios encargados de verificar la conformidad de tales aparatos con las especificaciones técnicas.»