CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MARCO DARMON présentées le 15 mars 1989 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Nul ne peut, dit-on, être juge et partie. L'adage paraît être en toile de fond des questions posées par le président du tribunal de commerce de Bruxelles. Celles-ci visent, en effet, à déterminer si le droit communautaire ne prohibe pas la délégation, par un État membre, du contrôle technique conditionnant en pratique la commercialisation sur son sol de produits déterminés, à une des entreprises en concurrence sur le marché de ces produits. Autrement dit, l'État peut-il confier à un commerçant le soin de décider, au travers d'un agrément technique, si les produits proposés par les autres commerçants pourront concurrencer les siens?

2. Ce qui est, plus précisément, en cause, c'est le pouvoir conféré, en Belgique, à la Régie des télégraphes et des téléphones (ci-après « RTT »), de subordonner à son agrément l'autorisation de raccorder au réseau des télécommunications, dont elle assure l'exploitation, tout appareil non fourni par elle. La RTT est, selon la loi du 19 juillet 1930 [1] qui l'a créée, une « personne civile » exploitant, « dans l'intérêt général ... la télégraphie et la téléphonie avec et sans fil » [2]. Elle est gérée par le ministre « qui a les télégraphes et les téléphones dans ses attributions » [3]. La loi du 19 octobre 1930 [4] a attribué à la RTT le monopole de l'exploitation du réseau des télécommunications en prévoyant qu'elle avait « seule le droit d'établir et d'exploiter, pour la correspondance du public, des lignes et des bureaux télégraphiques et téléphoniques » [5]. L'article 13 de l'arrêté ministériel du 20 septembre 1978 [6] indique que, « sauf autorisation écrite de la Régie, l'abonné ne peut relier aucun ... appareil ... à l'installation dont l'usage lui est concédé », et l'article 91 du même texte précise que la RTT « détermine le mode de constitution des circuits d'abonnement et leurs caractéristiques techniques », l'appareillage relié à ces circuits devant être « fourni ou agréé » par elle. En pratique, la régie n'autorise le raccordement d'un appareil qu'elle n'a pas fourni que s'il est d'un type agréé par elle.

3. Le litige au principal a surgi à l'occasion de la mise en vente, dans les magasins de la firme GB-Inno-BM (ci-après « Inno »), d'appareils téléphoniques, non agréés, de provenance extérieure à la CEE, à un prix très compétitif. La RTT, critiquant non le principe de la vente de tels appareils, mais la circonstance que les clients des magasins n'étaient pas informés par le vendeur de leur défaut d'agrément et de l'interdiction consécutive de les relier au réseau, a agi devant le tribunal de commerce de Bruxelles afin de faire ordonner la cessation de cette pratique commerciale nuisible à ses « intérêts profes-

* Langue originale: le français.

1 — *Moniteur belge* du 2. 8. 1930.

2 — Article 1er.

3 — Article 3.

4 — *Moniteur belge* des 20. 10. 1930 et 21. 10. 1930.

5 — Article 1er.

6 — *Moniteur belge* du 29. 9. 1978.

sionnels », en application de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce. C'est l'argumentation opposée par Inno dans cette procédure qui a fait émerger le problème de la compatibilité de la situation de la RTT avec le droit communautaire. Inno a, en effet, prétendu que l'on ne pourrait lui reprocher de mettre en vente des appareils en s'abstenant d'informer les acheteurs éventuels de ce qu'ils ne sont pas d'un type agréé, dès lors que les conditions de délivrance de l'agrément seraient objectivement contraires au traité de Rome, et notamment à son article 86, en raison de ce que la RTT est à la fois titulaire du pouvoir d'agrément et concurrent sur le marché de la vente des appareils qu'elle agrée. Le juge national vous a alors saisis, par ordonnance, de trois questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 30 et de l'article 86 du traité CEE.

4. Cette saisine survient à un moment où la nécessité de développer le marché commun des télécommunications, dans la Communauté, apparaît comme une préoccupation croissante, dont témoignent certains actes du Conseil et de la Commission. Parmi ceux-ci, il convient de relever particulièrement, dans la période récente, que dans une résolution du 30 juin 1988[7], le Conseil a indiqué, parmi les « grands objectifs d'une politique des télécommunications », celui de développer un marché commun permettant aux administrations des télécommunications et à d'autres prestataires de services de « faire face à la concurrence dans l'égalité des chances », précisant qu'à cette fin il convenait notamment:

« — d'établir une nette distinction entre les activités de réglementation et d'exploitation en tenant compte de la situation que connaît chaque État membre;

— d'appliquer les règles pertinentes du traité, notamment les règles de concurrence, aux administrations des télécommunications et aux entreprises de télécommunications privées »[8].

Cette résolution du Conseil avait été précédée par une directive de la Commission, en date du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications[9]. On y relève que, à partir du 1er juillet 1989, la formalisation des « spécifications et procédures d'agrément existantes pour les appareils terminaux » et le contrôle de leur application ainsi que l'agrément « sont effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine des télécommunications »[10].

5. Ainsi, on peut noter que la question du cumul, par l'entité gérant le réseau national des télécommunications, de la qualité d'autorité agréant les appareils terminaux et de celle de vendeur de tels appareils fait l'objet d'un examen de la part des institutions communautaires. Mais la réponse que constitue à cet égard la directive du 16 mai 1988, précitée, n'a pas à être prise en compte dans le cadre de la présente procédure. En effet, ce texte, qui fait d'ailleurs

7 — Résolution concernant le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications d'ici à 1992 (JO C 257, p. 1).

8 — Ibidem, p. 2, objectif n° 5.

9 — Directive 88/301/CEE (JO L 131, p. 73).

10 — Ibidem, articles 5 et 6.

l'objet d'un recours en annulation pendant devant votre Cour [11], n'est, en tout état de cause, applicable qu'à compter du 1er juillet 1989 sur le point qui nous intéresse. Aussi, même si, à l'instar de ce que vient de décider le législateur néerlandais [12], la Belgique prépare actuellement un projet de loi tendant à la mise en place d'une instance d'agrément indépendante, c'est uniquement sur la base du statut actuel de la RTT, et en considération de l'état actuel du droit communautaire, que vous devez examiner la présente affaire.

6. Avant d'aborder la discussion juridique proprement dite, il convient d'apporter une précision. Les appareils téléphoniques en cause dans le litige au principal sont des terminaux simples, des combinés récepteurs et émetteurs comme en dispose, normalement, tout abonné au téléphone. Ils sont commercialisés, en Belgique, sur ce que l'on convient d'appeler le marché du « deuxième appareil ». Lorsqu'elle concède l'utilisation d'une ligne à un abonné, la RTT lui fournit un « premier appareil ». Les « premiers appareils » sont fabriqués par des entreprises, en exécution de marchés passés par la RTT, et conformément à des cahiers des charges énonçant les exigences techniques de celle-ci. Ces appareils, livrés à la RTT, sont exclusivement diffusés par elle aux abonnés. Il n'y a donc pas de concurrence pour le premier appareil, mais monopole de la RTT. En revanche, pour les autres appareils, le marché est en principe libre, il n'y a pas de monopole commercial. A côté de la RTT, toute firme peut donc les proposer à la vente sur ce marché. Ainsi, c'est à propos des deuxièmes appareils que la question de la nécessité de l'agrément se pose, dans le cadre du litige au principal.

11 — 202/88, France/Commission.

12 — *Le Monde* du 3. 1. 1989.

7. Votre Cour est d'abord invitée, par l'ordonnance de renvoi, à examiner la compatibilité d'une situation telle que celle faisant l'objet de ce litige au regard de l'article 30 du traité.

8. La Commission a émis l'opinion que l'analyse de pouvoirs tels que ceux détenus par la RTT devrait, du point de vue du principe de la libre circulation des marchandises, s'effectuer en premier lieu à partir des dispositions de l'article 37 du traité. Celles-ci, relatives aux monopoles nationaux à caractère commercial, concerneraient plus spécifiquement une situation comme celle de la RTT que les dispositions générales de l'article 30.

9. Il convient, tout d'abord, de préciser de quelle façon un monopole tel que celui détenu par la RTT, c'est-à-dire le droit exclusif « d'établir et d'exploiter, pour la correspondance du public, des lignes et des bureaux télégraphiques et téléphoniques » [13] peut être concerné par l'article 37. Votre arrêt du 20 mars 1985, Italie/Commission [14], a expressément qualifié de prestation de services l'activité consistant à gérer les installations publiques de télécommunications et à les mettre, moyennant le paiement de redevances, à la disposition des usagers. Or, on sait que, selon vos arrêts du 30 avril 1974, Sacchi [15], et du 28 juin 1983, Amélioration de l'élevage [16], l'article 37 vise les échanges de marchandises et ne concerne pas un monopole de prestation de services. Mais on sait aussi, suivant ces mêmes arrêts, qu'une entreprise monopolisant la prestation de certains services pourrait contrevenir au

13 — Loi du 13 octobre 1930, précitée, article 1er.

14 — 41/83, Rec. 1985, p. 873.

15 — 155/73, Rec. 1974, p. 409.

16 — 271/81, Rec. 1983, p. 2057.

principe de la libre circulation des marchandises dans la mesure où son monopole aboutirait à une discrimination au profit des produits nationaux. Elle se trouverait alors concernée par l'article 37.

10. Un monopole de prestation de services tel que celui de la RTT comporte-t-il des modalités d'organisation qui aboutissent à une discrimination au détriment des appareils téléphoniques importés? Plus précisément, une modalité d'organisation telle que le pouvoir exclusif de vérifier l'aptitude des appareils téléphoniques à être reliés au réseau dont l'exploitation fait directement l'objet du monopole, aboutit-elle à une semblable discrimination? Nous ne le pensons pas. L'obligation de faire agréer les appareils, qui conditionne directement la possibilité effective de les commercialiser, n'est pas spécifique aux produits importés. Elle s'applique aussi aux produits nationaux. On doit ajouter qu'elle s'applique de la même façon aux produits nationaux et aux produits importés d'un autre État membre. En effet, les spécifications techniques en fonction desquelles l'agrément sera ou ne sera pas accordé sont les mêmes, quelle que soit l'origine des appareils, la procédure d'agrément est la même, et le coût de la redevance à payer pour soumettre un appareil à cette procédure ne varie pas suivant qu'il est fabriqué en Belgique ou non. Aussi, nous estimons que le régime juridique de l'agrément n'est pas, a priori, discriminatoire. Il n'existe aucun obstacle juridique à ce que des appareils importés obtiennent l'agrément exigé de tout appareil à raccorder au réseau, quelle que soit sa provenance.

11. Pour analyser, au regard de l'article 37, la situation du titulaire d'un monopole de télécommunications détenteur d'un pouvoir exclusif d'agrément tel que celui en cause, la Commission a suggéré de distinguer, dans les prérogatives de ce monopole, trois droits exclusifs. Au droit exclusif d'agrément proprement dit, s'ajouteraient celui d'autoriser le raccordement et le pouvoir de contrôle du respect des dispositions relatives à l'autorisation et à l'agrément. Même au travers de cette décomposition du pouvoir d'agrément, nous ne parvenons pas à discerner, sur le plan juridique, des éléments discriminatoires.

12. Si l'on se réfère à la méthode suivie par votre Cour dans l'arrêt Amélioration de l'élevage [17], on doit, semble-t-il, considérer que, en l'absence de règles d'organisation objectivement discriminatoires, il n'y a pas matière à constater qu'un monopole national contrevient aux dispositions de l'article 37. Toutefois, il nous paraît également que la réponse à la question de savoir si, en tant que telle, une procédure d'agrément technique d'appareils téléphoniques ne porte pas atteinte au principe de libre circulation des marchandises suppose un examen au regard de l'article 30 afin de vérifier si elle n'a pas un effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation. Après un détour par l'article 37, nous revenons donc, si l'on peut dire, à l'article de base.

13. Comme vous avez pu le constater, la thèse de la RTT et celle de la Commission ont convergé sur deux points importants, et qui n'étaient pas, en vérité, sérieusement discutables. Il est clair, tout d'abord, que la procédure d'agrément des appareils téléphoniques, indistinctement applicable aux appareils nationaux et importés, a, du seul fait de

17 — Précité.

son existence, un effet restrictif sur les importations puisque les appareils commercialisés dans un État membre ne pourront être, en pratique, vendus sur le territoire de l'État où l'agrément est exigé sans obtenir celui-ci. Ensuite, il est évident que, dans l'état actuel de diversité technique des réseaux de télécommunications au service du public établis à l'intérieur des États membres, la nécessité de préserver le bon fonctionnement d'un réseau national peut justifier, dans ces États, la vérification de l'aptitude des appareils téléphoniques diffusés dans le public à être raccordés audit réseau sans inconvénient pour celui-ci, pour ses usagers et pour les agents chargés de son entretien. Il s'agit certainement ici d'une exigence impérative d'intérêt général que l'on peut rattacher, notamment, à la protection des usagers en tant que consommateurs de services, mais qui nous semble aussi, et avant tout, l'expression d'une préoccupation liée à la protection du réseau de télécommunications lui-même, en raison de la multiplicité des intérêts stratégiques, d'ordre public, de sécurité publique, de santé, que conditionne son bon fonctionnement.

14. La Commission a précisément évoqué à ce sujet les « exigences essentielles » prévues par la directive 86/361/CEE du Conseil, du 27 octobre 1986, concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunications [18]. Cette directive a pour objet, selon son article 1er, la mise en œuvre, par les États membres, de « la reconnaissance mutuelle des résultats des essais de conformité à des spécifications communes de conformité des équipements de télécommunications fabriqués en série ». Ses dispositions ne sont pas applicables à la situation de l'espèce, puisqu'il n'y a pas encore eu de mise en œuvre de spécifications communes, pour les réseaux de télécommunications ici en cause, dans la Communauté. On peut, cependant, noter que ces spécifications devront répondre à certaines « exigences essentielles » qui, d'après l'article 2, paragraphe 17, du texte, sont « actuellement »:

— la sécurité de l'usager,

— la sécurité des employés des exploitants du réseau,

— la protection des réseaux publics de télécommunications contre tout dommage,

— l'interopérabilité des équipements terminaux, « lorsqu'elle est justifiée ».

Il existe donc un « écho » législatif à l'analyse mettant en valeur certaines exigences impératives qui rendent nécessaire le contrôle de la compatibilité avec le réseau des appareils appelés à y être raccordés.

15. En présence de telles exigences, les entraves à l'importation qui pourraient résulter de leur mise en œuvre doivent, selon votre jurisprudence désormais bien établie, être acceptées dans la mesure où elles sont nécessaires. Or, c'est précisément à propos de l'appréciation de la nécessité des entraves résultant, concrètement, d'une procédure d'agrément telle qu'elle est orga-

18 — JO L 217, p. 21.

nisée dans le cas de la RTT que des divergences sont apparues entre l'analyse que celle-ci a développée et le point de vue de la Commission. Pour la première, les modalités de cette procédure sont strictement adaptées à la préservation des intérêts en cause. Pour la seconde, certaines modalités sont excessives, disproportionnées par rapport à ce qui serait nécessaire à la protection efficace de ces intérêts.

16. Afin d'étayer son opinion, la Commission s'est livrée à un examen, à vrai dire surprenant, du détail des spécifications techniques au respect desquelles la RTT subordonne la délivrance de l'agrément, afin de montrer que certaines d'entre elles étaient plus restrictives qu'il n'était nécessaire pour la protection des intérêts reconnus comme légitimes. Or, il n'appartient pas à votre Cour, dans la présente procédure préjudicielle, de se livrer à une appréciation du bien-fondé des spécifications techniques en question. Le juge a quo ne vous demande pas de procéder à un tel examen. Il vous a, semble-t-il, interrogés non pas sur le contenu des spécifications techniques utilisées par la RTT, mais sur la situation juridique résultant de ce que la législation belge laisse à la discrétion de cet organisme tant la définition de ces spécifications que le contrôle de leur respect. Cependant, le fait que vous ne deviez pas vous livrer à une vérification de la pertinence des spécifications techniques ne signifie pas que ces dernières ne doivent être soumises à aucune vérification. Mais, nous pensons que celle-ci doit relever d'un contrôle de caractère national, dans un cadre que nous allons nous efforcer de préciser ci-après.

17. A priori, les modalités juridiques de la procédure d'agrément mise en œuvre à la RTT ne paraissent pas tomber sous le coup de la prohibition énoncée à l'article 30. Dès lors que l'on admet comme une exigence impérative la préservation du bon fonctionnement du réseau, il ne semble pas excessif de confier à l'organisme chargé de l'exploitation de ce réseau et responsable, à ce titre, de ce bon fonctionnement, le soin de déterminer les spécifications techniques dont le respect conditionne la compatibilité d'un appareil téléphonique, et de procéder à leur application au travers de la procédure d'agrément. Il ne semble pas non plus disproportionné de prévoir que les frais entraînés par les dommages occasionnés au réseau en raison du raccordement d'un appareil non agréé seront à la charge de l'abonné qui aura effectué ce raccordement. Dans ces conditions, si l'on analyse, comme nous le faisons, de telles modalités comme n'entravant pas excessivement les importations, parce qu'elles sont adéquates à la protection des intérêts généraux en cause, il apparaît difficile de considérer que la circonstance que le titulaire du pouvoir d'agrément soit en même temps un vendeur d'appareils analogues à ceux qui doivent lui être soumis pour l'agrément entraîne par elle-même, de façon immédiate, un accroissement des entraves. Si une compétence d'agrément, caractérisée par certaines modalités procédurales précises, est analysée comme ne tombant pas sous le coup de la prohibition de l'article 30, nous discernons mal comment on pourrait concevoir que l'attribution de cette compétence à tel organe plutôt qu'à tel autre, sans aucun changement desdites modalités procédurales, entraîne, à elle seule, le passage à un état de prohibition au regard dudit article. Nous le discernons mal, car nous ne voyons pas quelle aggravation effective, palpable, des entraves à l'importation résulterait de la seule détermination du titulaire de la compétence en cause.

18. Ce que nous voulons dire, en substance, c'est que lorsque l'on a admis, au regard de l'article 30, que certains intérêts étaient dignes de protection, et que certaines modalités juridiques déterminées étaient adaptées à cette protection, la seule considération de la qualité, juridique ou économique, du responsable de la mise en œuvre de ces modalités juridiques ne peut, en principe, conduire à la qualification de mesure d'effet équivalent. Il n'est pas possible, sans procéder par présomption, de considérer que la simple identité du titulaire d'une compétence juridique soit, abstraction faite des conditions d'exercice de cette compétence, constitutive d'une mesure d'effet équivalent. Or, votre jurisprudence relative aux mesures d'effet équivalent ne constate pas l'existence d'entraves aux importations sur la base de présomptions, mais sur le fondement de mesures, d'actes, de comportements.

19. Il nous semble intéressant de rappeler que, dans votre arrêt du 9 mai 1985, Commission/France [19], relatif à l'agrément des appareils d'affranchissement postal, vous avez considéré que la pratique de refus systématique de l'agrément à l'égard d'appareils d'affranchissement provenant du Royaume-Uni était contraire à l'article 30 alors qu'en la circonstance le titulaire du pouvoir d'agrément était l'administration française des postes. Ce n'est donc pas la présomption que cette administration aurait été à priori soucieuse de la protection de la production nationale dans l'exercice de son pouvoir d'agrément qui avait, à vos yeux, justifié la constatation d'un manquement aux obligations résultant de l'article 30, mais les actes qui, effectivement, traduisaient le souci d'entraver les importations, en l'occurrence des refus répétés et non justifiés d'accorder l'agrément.

20. Aussi, ce n'est pas l'attribution du pouvoir d'agrément à la RTT qui nous semble de nature à tomber sous le coup de l'article 30, mais éventuellement l'exercice de ce pouvoir. En effet, si le fait que la RTT édicte elle-même les spécifications techniques au respect desquelles est subordonné l'agrément n'est pas, en soi, critiquable au regard de l'article 30, la circonstance que le contenu des spécifications effectivement édictées n'aurait pas strictement pour objet de garantir la compatibilité avec le réseau ne permettrait plus de se prévaloir d'une exigence impérative. Il en irait de même dans le cas où il apparaîtrait que des refus d'agrément reposent sur d'autres motifs que le non-respect de spécifications techniques adéquates.

21. S'agissant, ici, de restrictions à un principe fondamental du traité, celui de la libre circulation des marchandises, nous estimons qu'il y a lieu de préciser certaines conditions indispensables d'un contrôle de leur nécessité par un juge national. Cela serait, nous semble-t-il, conforme aux conceptions que vous avez exprimées, dans votre arrêt du 12 mars 1987, Commission/Allemagne [20], à propos de l'interdiction de commercialiser, en République fédérale, de la bière contenant des additifs. En effet, vous avez indiqué qu'une absence injustifiée d'autorisation d'employer des additifs déterminés devait

19 — 21/84, Rec. p. 1355.

20 — 178/84, Rec. p. 1227.

« pouvoir être mise en cause par les opérateurs économiques dans le cadre d'un recours juridictionnel » [21].

Cette position, prise pour la mise en œuvre du principe de libre circulation des marchandises, est à rapprocher de votre arrêt du 15 octobre 1987, Heylens, où vous avez dit pour droit:

« Lorsque dans un État membre, l'accès à une profession salariée est subordonné à la possession d'un diplôme national ou d'un diplôme étranger reconnu comme équivalent, le principe de la libre circulation des travailleurs consacré par l'article 48 du traité exige que la décision refusant à un travailleur ressortissant d'un autre État membre la reconnaissance de l'équivalence du diplôme délivré par l'État membre dont il est ressortissant soit susceptible d'un recours de nature juridictionnelle permettant de vérifier sa légalité par rapport au droit communautaire, et que l'intéressé puisse obtenir connaissance des motifs à la base de la décision » [22].

Nous pensons que, face à des décisions de refus d'agrément qui ferment, en pratique, l'accès du marché national à des appareils téléphoniques importés d'un autre État membre, l'article 30 comporte des exigences analogues à celles indiquées dans cet arrêt.

22. Aussi, il nous semble que votre réponse pourrait consister à dire que la législation d'un État membre qui attribue à l'entreprise publique exploitant le réseau des télécommunications, et vendant des appareillages, le pouvoir de délivrer aux appareils téléphoniques non fournis par elle l'agrément qui permettra d'autoriser leur raccordement au réseau, et qui prévoit que les frais entraînés par le raccordement d'un appareil non agréé seront à la charge de l'auteur de ce raccordement, ne porte pas atteinte aux dispositions du traité consacrant la libre circulation des marchandises, dès lors que la législation en cause permet d'exercer un recours de nature juridictionnelle contre la décision refusant l'agrément d'un appareil importé d'un autre État membre, ce recours devant permettre de vérifier la légalité, au regard du droit communautaire, des motifs du refus portés à la connaissance de l'opérateur concerné.

23. Une telle réponse n'exposerait pas, semble-t-il, les systèmes juridiques des États membres à des bouleversements. En effet, si la plupart d'entre eux connaissent, pour ce qui concerne l'agrément des appareils téléphoniques, une situation voisine de celle de la Belgique, dans la mesure où le titulaire du pouvoir d'agrément n'est pas vraiment distinct de l'organisme détenant le monopole de l'exploitation du réseau des télécommunications, la plupart d'entre eux également admettent un contrôle de la légalité du refus de l'agrément incluant la vérification des motifs tenant à la non-conformité aux spécifications techniques, à l'aide, éventuellement, de mesures d'expertise. Il n'y aurait donc d'innovations à introduire que dans les États membres où le contrôle de légalité ne s'étend pas au bien-fondé des motivations reposant sur des appréciations techniques, c'est-à-dire, semble-t-il, en Italie, en Irlande et au Luxembourg. On peut penser que le recours à des experts permettrait aux juges nationaux concernés d'étendre leur contrôle

21 — Ibidem, point 46.

22 — 222/86, point 17 (Rec. p. 4097).

aux motivations techniques des refus d'agrément, ce qui ne paraît pas, a priori, représenter d'importantes difficultés.

24. La Commission vous a suggéré, dans ses observations écrites, d'inclure, dans les instruments d'analyse du droit communautaire utiles pour répondre aux questions du juge a quo, certaines dispositions de la directive 83/189/CEE du Conseil, du 28 mars 1983, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et des réglementations techniques[23]. Elle a observé que les spécifications techniques actuellement mises en œuvre par la RTT pour l'agrément des appareils téléphoniques, édictées le 21 avril 1987, n'avaient pas fait l'objet de la notification préalable prévue par l'article 8, paragraphe 1, de la directive en question. Selon cette disposition, les États membres communiquent à la Commission « tout projet de règle technique sauf s'il s'agit d'une simple transposition intégrale d'une norme internationale ou européenne », en explicitant brièvement « les raisons pour lesquelles l'établissement d'une telle règle technique est nécessaire ». La Commission porte aussitôt le projet à la connaissance des autres États membres. D'après l'article 8, paragraphe 2, l'État membre auteur du projet « tiendra compte, dans la mesure du possible » des observations éventuelles de la Commission et des autres États membres. De plus, l'État membre concerné doit, suivant l'article 9, paragraphe 1, reporter de six mois l'adoption de la règle technique visée par le projet si la Commission ou un autre État membre émet « un avis circonstancié selon lequel la mesure envisagée doit être modifiée afin d'éliminer ou de limiter les entraves à la libre circulation des biens qui pourraient éventuellement en découler ». La durée du report d'adoption passe, en vertu de l'article 9, paragraphe 2, à douze mois si la Commission « fait part de son intention de proposer ou d'arrêter une directive sur cette question ».

25. Se référant à votre jurisprudence relative à l'effet direct des directives ainsi qu'à celle concernant la notification des projets d'aides étatiques, la Commission estime que des règles techniques édictées, dans un État membre, postérieurement à l'expiration du délai fixé par l'article 12 de la directive, sans qu'ait été respectée la procédure d'information préalable prévue par celle-ci, seraient inapplicables dans un litige opposant cet État à un particulier.

26. La RTT n'a pas contesté avoir omis de communiquer préalablement à la Commission son projet de spécifications techniques. Mais, elle a indiqué, à l'audience, que le défaut de notification d'un tel projet ne devrait pas entraîner l'inapplicabilité de ces spécifications dans la mesure où la directive ne comporte aucune règle matérielle, de fond, mais des règles procédurales, et où le non-respect de ces règles ne signifie pas qu'une règle substantielle de droit communautaire aurait été violée. Une telle violation ne pourrait, éventuellement, être imputée qu'au contenu même des spécifications.

27. Nous voudrions, sur ce sujet, faire observer que cette directive n'a absolument pas été invoquée devant le juge a quo, et que les questions de celui-ci n'en font aucunement mention, puisqu'elles évoquent seulement les articles 30 et 86 du traité. Nous éprouvons, dès lors, certaines hésitations face à la nécessité d'une prise de posi-

23 — JO L 109, p. 8.

tion de votre Cour, à l'occasion de la présente affaire, sur l'inapplicabilité de règles techniques non notifiées dans les formes prévues par la directive. Au demeurant, l'argumentation de la Commission concluant à l'inapplicabilité des règles techniques non notifiées préalablement nous paraît sujette à débat. Cette inapplicabilité n'est pas formellement prévue par la directive, qui impose simplement de ne pas mettre les règles projetées en application avant l'expiration de certains délais. Cela contraste singulièrement, il faut le noter, avec le régime de notification des projets d'aides prévu par l'article 93, paragraphe 3, du traité, puisque cette disposition prévoit expressément l'impossibilité de mettre à exécution un projet d'aide avant la prise d'une décision, en application de l'article 93, paragraphe 2, par la Commission ou, le cas échéant, le Conseil. On peut, d'ailleurs, observer aussi qu'une aide d'État est, en principe, selon l'article 92 du traité, incompatible avec le marché commun, sous réserve des dérogations prévues par le traité lui-même. Or, dans le domaine des règles techniques concernées par la directive, il n'existe pas d'incompatibilité de principe de ces règles techniques avec le droit communautaire. Une incompatibilité éventuelle est liée à la substance de ces règles.

28. Il peut donc y avoir matière à controverse à propos de l'interprétation de la directive 83/189. Or, le débat à ce sujet n'a été abordé qu'incidemment, et de façon rien moins qu'exhaustive, dans la présente affaire, alors même que, comme nous l'avons indiqué, le juge a quo ne vous a pas interrogés sur ce point. Dans ces conditions, il ne nous semble ni nécessaire ni même opportun de prendre ici cette directive en considération.

29. Nous en arrivons, ainsi, à la discussion relative à la compatibilité de la situation de la RTT, en tant que titulaire du pouvoir d'agrément, avec les dispositions de l'article 86 du traité. La question qui vous est posée, sur ce point, consiste, au fond, à savoir si l'attribution, par un État membre, au titulaire d'un monopole d'exploitation du réseau des télécommunications, du droit exclusif d'accorder, aux appareils téléphoniques non fournis par lui, l'agrément nécessaire pour que leur raccordement au réseau soit autorisé, et de déterminer les spécifications techniques au respect desquelles est subordonné l'agrément, est contraire à l'article 86, dans la mesure où le bénéficiaire de ce monopole est, par ailleurs, vendeur sur le marché des appareils soumis à son agrément.

30. Ainsi que cela a été très justement observé par la Commission, l'appréciation de la compatibilité, par rapport aux dispositions de l'article 86, de mesures étatiques, appelle un élargissement du cadre juridique de l'analyse. En effet, les dispositions en question s'adressant aux entreprises, et non aux États, ne peuvent s'appliquer directement à ces mesures. C'est donc sur la base de votre jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 90 du traité en liaison avec l'article 86 qu'il convient de rechercher les éléments de réponse. Rappelons, à cet égard que, dans votre arrêt du 16 novembre 1977, Inno/ATAB, vous avez indiqué que, si

« l'article 86 s'adresse aux entreprises, il n'en est pas moins vrai aussi que le traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition » [24],

24 — 13/77, point 31 (Rec. p. 2115).

puis observé que l'article 90 prévoyait que

« les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire, notamment aux règles prévues aux articles 85 à 94 inclus » [25].

31. Ces formules constituent des références pertinentes pour la présente espèce dans la mesure où la RTT constitue indiscutablement une entreprise publique détentrice, par l'effet de la volonté étatique, de certains droits exclusifs. Ces droits sont, notamment, ceux qui caractérisent sa situation de monopole d'exploitation du réseau des télécommunications. Parmi les droits exclusifs attribués à la RTT, se trouve précisément le pouvoir d'agrément des appareils téléphoniques non fournis par elle.

32. Dans l'examen des éléments de réponse à la question de savoir si l'attribution, à une entreprise publique exploitant le réseau des télécommunications, et commercialisant des appareils téléphoniques, d'un droit exclusif tel que le pouvoir d'agréer les appareils téléphoniques commercialisés par ses concurrents, n'est pas contraire aux obligations résultant, pour les États membres, de l'article 90, paragraphe 1, du traité, il convient de prendre en considération une précision clairement apportée par votre jurisprudence. Vous avez, en effet, indiqué dans votre arrêt Sacchi, 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 » [26].

Cela signifie que l'attribution d'un droit exclusif à une entreprise publique n'est pas, par principe, une « mesure contraire à l'article 86 » dans l'esprit de votre jurisprudence Inno. Une telle attribution ne pourrait s'analyser comme une mesure contraire à l'article 86 qu'en tant qu'elle aurait un lien direct et effectif avec un abus de position dominante. Selon votre arrêt du 30 avril 1986, Nouvelles frontières [27], un État membre ne respecte pas son obligation de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des dispositions de l'article 85 du traité s'il impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à cet article ou en renforce les effets. Cette formule nous semble pouvoir être transposée sur le terrain de l'article 86, en ce sens que les États membres ne pourraient, par l'attribution d'un droit exclusif, imposer ou favoriser un abus de position dominante ou en renforcer les effets.

33. Vous n'avez pas, dans le cadre de la présente procédure préjudicielle, à rechercher si la situation litigieuse doit ou non être qualifiée d'abus de position dominante. Vous devez interpréter les dispositions pertinentes du traité au regard des quelques caractéristiques juridiques signalées par le juge a quo dans ses questions. L'application des dispositions ainsi interprétées au cas individuel de la RTT appartiendra à ce juge.

25 — Ibidem, point 32.

26 — 155/73, précité, point 14.

27 — 209/84 à 213/84, Ministère public/Asjne e.a. (Rec. p. 1425).

34. Aussi, il convient, maintenant, de déterminer si l'attribution d'un droit exclusif tel que celui en cause serait susceptible d'imposer ou de favoriser un abus de position dominante ou d'en renforcer les effets. La Commission et la firme Inno estiment que la réponse, sur ce point, est positive. Nous ne partageons pas cette opinion.

35. Le point de vue soutenu par la Commission suscite une première remarque, qui peut paraître inspirée par un souci de logique juridique un peu formel, mais qui vise en réalité, à mettre en lumière une certaine confusion dans le recours à la notion d'abus de position dominante. On peut, en effet, se demander si la Commission ne défend pas une thèse où l'attribution d'un droit exclusif tel que celui présentement en cause serait à la fois un élément constitutif d'une position dominante et un abus de cette position. Certes, la Commission s'abstient de caractériser formellement la position dominante d'une entreprise telle que la RTT à partir de l'attribution du pouvoir d'agrément. Elle fait appel à d'autres éléments, à savoir la détention d'un monopole pour l'exploitation du réseau téléphonique public national et, consécutivement, l'accès préférentiel à tous les utilisateurs du réseau public. Ainsi est évité, dans son argumentation, le recours à un « double emploi » du pouvoir d'agrément. Nous considérons cependant, sur la base de votre jurisprudence, que l'on ne peut s'interdire de considérer semblable pouvoir comme un élément constitutif d'une position dominante. Dans votre arrêt du 13 novembre 1975, Général Motors [28], vous avez relevé que l'attribution, par un État membre, sous forme d'exclusivité légale, de la fonction de droit public consistant à assurer le contrôle technique de conformité des véhicules en vue de leur admission à la circulation, au constructeur ou à son mandataire, combinée avec la liberté pour celui-ci de déterminer librement le prix de sa prestation, entraîne la constitution d'une position dominante. De façon analogue, vous avez considéré dans votre arrêt du 11 novembre 1986, British Leyland [29], qu'un constructeur qui, dans un État membre, s'est vu attribuer, en raison de la réglementation en vigueur, le monopole de la délivrance des certificats de conformité nécessaires à l'immatriculation des véhicules de sa marque doit, compte tenu de la situation de dépendance économique ainsi créée pour les revendeurs professionnels, être considéré comme en position dominante sur le marché des services indispensables à ces revendeurs.

36. Si l'on considère que l'exigence d'un agrément des appareils téléphoniques détermine l'existence d'un marché des services indispensables, en fait, aux opérateurs intéressés pour assurer la commercialisation des appareils téléphoniques, il nous paraît assez clair que l'attribution, à l'entreprise publique détentrice du monopole de l'exploitation du réseau des télécommunications, de l'exclusivité légale pour délivrer l'agrément peut la constituer, sur ce marché, en position dominante. Mais il nous semble, en outre, que, du fait de la situation de vendeur d'appareils téléphoniques de cette entreprise publique, son droit exclusif de délivrer l'agrément pourrait contribuer à la placer en position dominante sur un autre marché, directement concerné ici, celui de la vente des appareils téléphoniques.

37. A partir de semblable constat, on réalise qu'admettre la position de la Commission

28 — 26/75, Rec. p. 1367.

29 — 226/84, Rec. p. 3263.

analysant l'attribution du pouvoir d'agrément, dans une situation telle que celle de la RTT, comme imposant ou favorisant un abus de position dominante, suppose que l'on considère, en quelque sorte, cette attribution à la fois comme constitutive et d'une telle position et de l'abus de celle-ci. Nous touchons ici à la faille du raisonnement de la Commission qui tend à opérer une contraction entre deux notions pourtant distinctes dans votre jurisprudence.

38. Selon votre arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, on est en présence d'une position dominante lorsqu'une entreprise détient une situation de puissance économique qui

« lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » [30].

Dans le même arrêt, vous avez défini l'exploitation abusive de position dominante comme une notion objective visant

« les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de la concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » [31].

Il nous semble que, de ces définitions, se dégage une distinction entre la position dominante, entendue comme une situation donnant la possibilité de faire obstacle au maintien de la concurrence, et l'abus de cette position, qui doit consister en un comportement par lequel il est effectivement fait obstacle à ce maintien.

39. La doctrine également, dans l'exposé du régime juridique de l'abus de position dominante, prend soin de préciser que, suivant ce régime, ce n'est pas la position dominante en tant que telle qui est prohibée, mais son abus. Comme l'indiquent MM. Stoufflet et Chaput, « le fait pour une entreprise d'occuper une position dominante n'est pas ... illicite par lui-même. L'article 86 n'interdit que l'exploitation abusive d'une telle situation » [32]. Cette distinction entre la position dominante et son exploitation abusive se précise au travers de votre jurisprudence, dans la mesure où elle exige, pour que soit constatée l'existence d'un abus, un comportement caractérisé de l'entreprise en cause, des actions, des faits matériels ou des actes juridiques. En revanche, une aptitude à avoir un comportement ou à commettre des actes constitutifs d'abus n'est pas elle-même un abus.

30 — 85/76, point 38, Rec. p. 461.

31 — Ibidem, point 91.

32 — *Jurisclasseur de droit international public*, Communauté économique européenne, fascicule 164 G, n° 198.

40. Ainsi, dans les affaires Général Motors et British Leyland, précitées, votre Cour n'a pas relevé d'abus dans la circonstance que les constructeurs en cause étaient attributaires, par délégation de l'État, du droit exclusif de contrôler la conformité des véhicules de leurs marques, mais a indiqué que l'usage fait de ce pouvoir, notamment en exigeant pour paiement de ce service des redevances disproportionnées par rapport à la valeur économique de la prestation fournie, pouvait constituer un tel abus [33]. Elle a ainsi clairement exprimé que la détention, à titre exclusif, d'un pouvoir de contrôle de nature administrative ne constituait pas, dans les espèces en cause, un abus de position dominante, mais que la façon dont ce pouvoir était exercé pourrait éventuellement s'analyser en un tel abus.

41. Votre arrêt Nouvelles frontières nous paraît également comporter des indications utiles, bien qu'il ait porté sur la compatibilité d'une procédure prévue par une législation nationale avec l'article 85, et non avec l'article 86. En effet, vous avez estimé qu'une décision d'homologation par l'État, de tarifs aériens, pouvait être contraire au traité dans la mesure où les tarifs ainsi homologués seraient

« le résultat d'un accord, d'une association d'entreprises, ou d'une pratique concertée contraire à l'article 85 » [34],

ce qui signifie, ici encore, que ce n'est pas la procédure d'homologation en tant que telle qui posait un problème de compatibilité avec le traité, mais les conditions concrètes d'exercice du pouvoir d'homologation dans un cas donné.

42. Aussi, il nous semble, compte tenu de ces observations tirées de votre jurisprudence, que le fait d'attribuer à une entreprise publique telle que la RTT un pouvoir exclusif d'agréer les appareils téléphoniques afin de vérifier leur compatibilité avec le réseau n'est pas contraire aux articles 90 et 86 du traité, même si l'on ne peut exclure que l'exercice de ce pouvoir puisse conduire à des abus de position dominante. La délégation, par l'État, d'un pouvoir d'agrément dont seul un mauvais usage pourrait aboutir à un abus de position dominante, ne nous semble pas, en elle-même, constitutive d'un tel abus.

43. Certes, il faut reconnaître que, dans la situation où le pouvoir d'agrément en question est attribué à une entreprise publique elle-même concurrente sur le marché des appareils téléphoniques, les chances, si l'on peut dire, d'un mauvais usage du pouvoir d'agrément peuvent paraître augmenter. Faut-il, pour autant, considérer que, du fait d'un tel accroissement, l'attribution même de ce pouvoir devient un abus de position dominante? Nous ne le pensons pas, car il nous paraît important que la distinction entre la position dominante et son exploitation abusive soit préservée et qu'à ce titre la qualification d'abus de position dominante ne recouvre que des comportements, des actes positifs, sans aller jusqu'à concerner la simple possibilité de tels comportements ou de tels actes.

33 — 26/75 et 226/84, précitées.

34 — 209/84 à 213/84, précitées note 27.

44. Il faut bien voir, d'ailleurs, que du point de vue d'une conception libérale du droit, l'assimilation, à un comportement prohibé, de la simple possibilité d'un tel comportement, pose problème. Avec une telle assimilation, en effet, on passe d'un régime répressif, où la preuve du comportement prohibé doit être établie, à un régime préventif, où la présomption qu'il y aura un tel comportement suffit. Cela ne nous paraît pas admissible. C'est pourquoi nous estimons qu'il y a lieu de répondre en ce sens que l'attribution à une entreprise telle que la RTT d'un pouvoir d'agrément des appareillages non fournis ou vendus par elle n'est pas, en soi, contraire aux articles 90 et 86 du traité, mais que l'exercice du pouvoir d'agrément par cette entreprise dans un but autre que celui de la vérification de la compatibilité au réseau pourrait aboutir à un abus de position dominante prohibé par l'article 86 du traité, sous réserve que les conditions prévues par ce texte, notamment en ce qui concerne l'existence même d'une position dominante sur un marché déterminé et l'effet sur le commerce entre États membres, soient réunies.

45. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'assortir la réponse à donner, sur le terrain des articles 86 et 90 du traité, de réserves expresses tenant à l'existence d'un recours juridictionnel à l'égard des refus d'agrément. En effet, si vous retenez nos suggestions dans le cadre de la réponse sur le terrain de la libre circulation des marchandises, les réserves en question feraient, dans une assez large mesure, double emploi. Si vous ne retenez pas ces suggestions, il y a peu de chances que des réserves vous paraissent nécessaires sur le terrain des articles 86 et 90. En outre, il nous semble que le contrôle de l'exercice du pouvoir d'agrément devrait s'intégrer dans l'appréciation qu'en fonction de l'ensemble des données de fait le juge national, devant lequel est invoqué un abus de position dominante, doit porter sur l'existence d'un tel abus. Peut-être serait-il utile de préciser que, parmi ces données de fait, il y aurait lieu de prendre en considération l'inadéquation technique des critères d'agrément ainsi que le caractère injustifié de décisions refusant l'agrément. Pratiquement, et suivant les particularités des systèmes nationaux, il pourrait y avoir lieu, pour le juge national, à ordonner des mesures d'expertise et, le cas échéant, à poser des questions préjudicielles à la juridiction administrative lorsque celle-ci est exclusivement compétente pour apprécier la légalité de décisions administratives et que, précisément, l'agrément et les spécifications techniques prennent la forme de telles décisions.

46. En définitive, nous concluons à ce que vous disiez pour droit:

« 1) La législation d'un État membre attribuant à une entreprise publique qui exploite le réseau national des télécommunications, et vend des appareillages, un droit exclusif s'analysant en un pouvoir d'agréer les appareillages non fournis ou vendus par elle afin de vérifier, en fonction des spécifications techniques qu'elle a établies, s'ils peuvent être raccordés au réseau, et prévoyant que les frais entraînés par le raccordement d'un appareil non agréé seront à la

charge de celui qui l'aura effectué, n'est pas contraire aux dispositions du traité CEE consacrant la libre circulation des marchandises, dès lors qu'elle prévoit la possibilité d'un recours juridictionnel contre la décision refusant l'agrément d'un appareillage provenant d'un autre État membre, ce recours devant permettre la vérification, au regard du droit communautaire, des motifs de refus portés à la connaissance de l'opérateur concerné.

2) Elle n'est pas non plus contraire aux articles 90 et 86 du traité CEE, étant précisé, cependant, que l'exercice, par l'entreprise publique, du pouvoir d'agrément dans un but autre que celui de vérifier la compatibilité technique des appareillages au réseau, pourrait aboutir à un abus de position dominante prohibé par l'article 86, sous réserve que toutes les conditions prévues par ce texte soient réunies; il appartient au juge national devant lequel un tel abus est allégué, d'apprécier, en fonction de l'ensemble des données de fait, parmi lesquelles l'inadéquation éventuelle des spécifications techniques et le caractère éventuellement injustifié de décisions refusant l'agrément, si l'abus est constitué. »