FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 23. maj 1996 *

1. Denne præjudicielle sag vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 90/387/EØF af 28. juni 1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net ONP (Open Network Provision — tilrådighedsstillelse af åbne net, herefter »ONP-direktivet«) [1] samt fortolkningen og gyldigheden af Rådets direktiv 92/44/EØF af 5. juni 1992 om etablering af ONP-vilkår for faste kredsløb [2] (herefter »direktivet om leje af faste kredsløb«).

Særlig anmoder High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court), Domstolen om nærmere at fastlægge anvendelsesområdet for og rækkevidden af visse bestemmelser i ovennævnte direktiver med henblik på at fastslå de britiske gennemførelsesreglers forenelighed med disse, udtale sig om, hvorvidt de forurettede virksomheder i tilfælde af urigtig gennemførelse af disse direktiver fra den britiske lovgivningsmagts side kan afkræve staten erstatning for de tab, de har lidt, og tillige udtale sig om gyldigheden af direktivet om leje af faste kredsløb under hensyn til proportionalitetsprincippet og forbuddet mod forskelsbehandling.

Fællesskabsregler og nationale regler

2. Formålet med ONP-direktivet, der er vedtaget på grundlag af traktatens artikel 100 A, er først og fremmest »at fastlægge harmoniserede bestemmelser for åben og effektiv adgang til og anvendelse af de offentlige telenet og i givet fald de offentlige teletjenester« (artikel 1, stk. 1). Som det fremgår af artikel 1, stk. 2, tager disse bestemmelser »sigte på at lette adgangen til at stille tjenester til rådighed via de offentlige telenet og/eller de offentlige teletjenester i medlemsstaterne og mellem disse indbyrdes«, navnlig når tjenesteyderen er hjemmehørende i en anden medlemsstat end den, hvori modtageren af disse tjenester er hjemmehørende.

I ONP-direktivets artikel 2 hedder det bl. a. :

»I dette direktiv forstås ved:

1) 'Teleselskaber': offentlige eller private virksomheder, som af en medlemsstat har

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 192, s. 1.

2 — EFT L 165, s. 27.

fået tildelt særlige eller eksklusive rettigheder med henblik på etablering af offentlige telenet og i givet fald levering af offentlige teletjenester.

Med henblik på gennemførelsen af dette direktiv underretter medlemsstaterne Kommissionen om, hvilke virksomheder de har tildelt særlige eller eksklusive rettigheder.

2) 'Særlige eller eksklusive rettigheder': rettigheder, som en medlemsstat eller en offentlig myndighed ved lov eller administrativt tildeler en eller flere offentlige eller private virksomheder, således at levering af en tjeneste eller varetagelse af en bestemt aktivitet forbeholdes disse virksomheder.«

3. I bilag 1 til ONP-direktivet opregnes en række særlige områder, for hvilke der kan fastlægges ONP-bestemmelser; blandt disse nævnes under nr. 1 faste kredsløb.

Direktivet om leje af faste kredsløb er det første til gennemførelse af ONP-direktivet inden for et bestemt område. Det er også vedtaget med hjemmel i traktatens artikel 100 A, og formålet med det er »at etablere harmoniserede vilkår for en åben og effektiv adgang til og brug af faste kredsløb, der stilles til rådighed for brugerne via offentlige telenet, og at sikre, at der overalt i Fællesskabet etableres et minimumssæt af faste kredsløb med harmoniserede tekniske specifikationer« (artikel 1).

4. Direktivet om leje af faste kredsløb fastlægger efter at have nævnt, at definitionerne i ONP-direktivet i givet fald finder anvendelse på direktivet, i artikel 2 de øvrige særlige begreber inden for det pågældende område.

Blandt disse nævnes med henblik på de spørgsmål, der er berørt i denne sag, definitionen af »faste kredsløb«, (»telekommunikationsfaciliteter, hvorved der som led i oprettelse, udvikling og drift af det offentlige telenet stilles transparent transmissionskapacitet til rådighed mellem nettermineringsprodukter (læs: nettermineringspunkter. O. a.), uden at disse faciliteter omfatter opkobling på anfordring (dvs. opkoblingsfunktioner, som brugeren kan styre som en del af tilrådighedsstillelsen af den tilbudte telekommunikationsfacilitet«)), og begrebet »brugere« (»slutbrugere og tjenesteudbydere, herunder teleselskaber, hvis sidstnævnte selskaber stiller tjenester til rådighed, som også leveres eller kan leveres af andre«).

5. Med henblik på gennemførelsen af det mål, der er nævnt i artikel 1, pålægges der ved direktivet om leje af faste kredsløb

medlemsstaterne en række forpligtelser vedrørende vilkårene for tilrådighedsstillelse af nettene (artikel 3-10).

Disse forpligtelser vedrører særlig offentliggørelse af oplysninger om de udbudte lejede faste kredsløb (artikel 3), offentliggørelse af leveringsvilkårene (artikel 4), betingelser vedrørende tjenesters ophør (artikel 5), begrænsninger i adgangen til og brugen af faste kredsløb på grundlag af visse væsentlige krav (artikel 6), det nationale myndighedsorgans beføjelser (artikel 8), indførelse af ensartede bestillings- og faktureringsprocedurer (artikel 9) og takstprincipper for omkostningsregnskaber (artikel 10).

Ved artikel 7 påbydes tilrådighedsstillelse af et minimumssæt af faste kredsløb på grundlag af harmoniserede tekniske specifikationer. I stk. 1 i denne bestemmelse hedder det nemlig, at »medlemsstaterne sikrer, at teleselskaberne hver for sig eller i forening stiller et minimumssæt af faste kredsløb til rådighed, jf. bilag II, således at der sikres et harmoniseret udbud af tjenester i Fællesskabet« [3].

6. Med henblik på at efterkomme den i artikel 2, nr. 1, i ONP-direktivet omhandlede forpligtelse, hvorefter medlemsstaterne skal underrette Kommissionen om, hvilke virksomheder de har tildelt særlige eller eksklusive rettigheder, har Det Forenede Kongerige meddelt Kommissionen navne på over 120 virksomheder, der driver kabelnet. Disse virksomheder havde allerede den i national lovgivning krævede tilladelse [4] til at drive telekommunikationssystemer i Det Forenede Kongerige, der gav dem status som »offentlige teleoperatører«. Blandt disse operatører er British Telecommunications plc, der er sagsøger i hovedsagen (herefter »BT« eller »sagsøgeren«), Mercury Communications Ltd (herefter »Mercury«) og City of Kingston Communications (Hull) plc (herefter »Kingston«).

7. Direktivet om leje af faste kredsløb er gennemført i britisk ret ved Telecommunications (Leased Lines) Regulations 1993 [5], hvorved der indførtes visse ændringer i de tilladelser, der var givet de tre ovennævnte operatører, nemlig BT, Mercury og Kingston.

Ved disse ændringer blev det i det væsentlige pålagt de tre operatører at overholde samtlige eller visse af de forpligtelser, der er

3 — I bilag II fastlægges de typer kredsløb, herunder disses tekniske specifikationer, der skal stilles til rådighed »snarest muligt og senest på datoen for ... gennemførelsen af direktivet«.

4 — Telecommunications Act 1984, se nærmere herom under punkt 9.

5 — SI 1993, nr. 2330.

omhandlet i artikel 3-10 i direktivet om lejede kredsløb [6]. Særlig blev forpligtelsen til tilrådighedsstillelse af det i artikel 7 omhandlede minimumssæt af faste kredsløb alene pålagt BT samt Kingston inden for det område, hvorpå dette selskab driver sin virksomhed. Derimod blev der ikke pålagt de øvrige licenshavere på offentlige telekommunikationsydelser på det britiske marked forpligtelser af samme beskaffenhed.

De britiske bestemmelser

8. Jeg finder det hensigtsmæssigt først, om end kort, at beskæftige mig med de særlige træk ved de britiske bestemmelser for telekommunikationssektoren. Som bekendt er der på dette marked i de seneste år — på grundlag af selvstændige, økonomisk-politiske valg på nationalt plan og tidligere end de frister, som er fastsat ved fællesskabsbestemmelserne — blevet nået et særlig højt liberaliseringsniveau. De britiske bestemmelser er nemlig, for at gentage en udtalelse fra den forelæggende ret »langt de mest liberale i Det Europæiske Fællesskab og blandt de mest liberale i verden«.

9. Liberaliseringsprocessen på området begyndte med afskaffelsen i 1984 ved British Telecommunications Act 1984 (herefter »1984-loven«) af det monopol på driften af telekommunikationssystemer, som indtil da havde tilkommet et offentligretligt selskab, der ligeledes hed British Telecommunications.

Ved 1984-loven blev sagsøgeren for det første omdannet til et aktieselskab, der overtog alle rettigheder og forpligtelser fra den tidligere monopolhaver, og for det andet blev der indført et system, som stadig er gældende, og på grundlag af hvilket enhver, der vil drive et telekommunikationssystem i Det Forenede Kongerige, skal være i besiddelse af en tilladelse, hvori de aktiviteter, hvortil der meddeles tilladelse, opregnes udtømmende.

10. I medfør af de nye regler udstedtes der i juni 1984 en tilladelse med en gyldighedsperiode på 25 år til BT. Denne tilladelse, i hvilken sagsøgeren betegnes som »offentlig teleoperatør«, giver selskabet ret til at drive telekommunikationssystemer på hele Det Forenede Kongeriges område med undtagelse af det område, hvori Kingston har licens.

Særlig påhviler det BT at levere telefonitjenester til enhver, der anmoder herom, til en takst, som ikke nødvendigvis sikrer dækning af omkostningerne. Yderligere er sagsøgeren den eneste blandt licenshaverne, der er

6 — Efter den procedure, som er fastlagt ved artikel 13 i direktivet om leje af faste kredsløb, har Det Forenede Kongerige anmodet Kommissionen om tidsbestemt udsættelse af visse forpligtelser ifølge direktivet. Disse anmodninger, hvorom Kommissionen endnu ikke havde udtalt sig på datoen for forelæggelseskendelsen, vedrørte især udsættelse af den i artikel 10 omhandlede forpligtelse for Mercury samt delvis udsættelse af den i artikel 7 omhandlede forpligtelse for BT og Kingston.

underkastet regler vedrørende takstændringer (»price cap«). Det skal endelig bemærkes, at staten gradvis før juli 1993 havde afviklet hele sin portefølje af aktier i BT.

11. Den omfattende åbning af markedet, som blev muliggjort ved 1984-loven, har medført udstedelse af over 600 tilladelser til drift af forskellige tjenester på området og til udpegelse af de over 120 offentlige teleoperatører, der er nævnt ovenfor. I almindelighed kan sidstnævnte med henblik på udøvelse af deres virksomhed opnå tilladelse til ekspropriation af grundarealer og skaffe sig adgang til sådanne med henblik på undersøgelser samt erhverve grundarealer ved aftaler under overholdelse af bestemte betingelser, der er omhandlet i 1984-loven.

Indholdet af disse tilladelser er dog yderst differentieret i forhold til hver enkelt licenshaver. F. eks. havde den britiske regering — trods åbningen af markedet — inden for det særlige område for transmission af signaler via faste forbindelser (dvs. forbindelser uden mobil terminal) oprindelig alene meddelt sagsøgeren (samt Kingston inden for dettes aktivitetsområde) og Mercury de pågældende tilladelser, ligesom Mercury særlig fik tilladelse til at tilslutte sig sagsøgerens net. Den britiske regering havde således særlig inden for området for faste forbindelser indført den såkaldte »duopolpolitik«.

12. I begyndelsen af 1990'erne blev duopolpolitikken også opgivet inden for dette område til fordel for en klarere konkurrencepolitik, i det mindste for så vidt angår de interne forbindelser på britisk område.

Siden 1991 følges retningslinjer, der er fastsat af det nationale myndighedsorgan selv, og hvorefter alle ansøgninger om tilladelse til kommunikation via faste forbindelser, der indgives af private virksomheder, der opfylder visse objektive og gennemsigtige kriterier, imødekommes på grundlag af en almindelig formodning, som indebærer, at der meddeles tilladelse, medmindre berettigede hensyn taler herimod [7]. Åbningen af markedet er imidlertid ikke blevet udvidet til området for internationale faste forbindelser, hvor alene BT og Mercury har licens.

13. For at sikre den rette funktion af et så indviklet system, inden for hvilket talrige operatører har tilladelse til at etablere deres egne infrastrukturer på betingelse af, at de opfylder specifikke forpligtelser af forskellig art, blev det ved 1984-loven pålagt operatørerne på begæring at tillade tilslutning af deres net til andre operatørers systemer. Dette giver den enkelte operatørs kunder mulighed for adgang til de net, der drives af

7 — Den nye politik for meddelelse af tilladelser inden for området for faste forbindelser, der blev indledt i 1991, har medført indgivelse af talrige ansøgninger. De oplysninger, der er givet af den forelæggende ret, og som vedrører perioden fra marts 1991 til juni 1994, viser, at af 86 indgivne ansøgninger var 45 ansøgninger blevet imødekommet, 33 var under behandling, 6 var blevet trukket tilbage, og kun 2 afslået af objektive grunde pr. denne dato.

andre licenshavere, og følgelig i sidste ende adgang til at kommunikere med abonnenter, der benytter de tjenester, der leveres af sidstnævnte licenshavere.

Også for så vidt angår de internationale forbindelser, der som nævnt alene kan foregå via BT's og Mercury's net, kan de øvrige licenshavere benytte muligheden for tilslutning til disse net, hvilket sætter dem i stand til at tilbyde internationale tjenester til deres egne kunder, selv om de ikke selv har den nødvendige infrastruktur.

14. Den næsten fuldstændige liberalisering af markedet, der er gennemført efter den tidsplan og på den måde, jeg har beskrevet ovenfor, synes imidlertid rent faktisk, i det mindste indtil dato, ikke at have ført til nogen væsentlig forøgelse af konkurrencen inden for den pågældende sektor. Af akterne i sagen fremgår det nemlig helt utvetydigt, at BT fortsat er langt den betydeligste operatør i henseende til omsætning og markedsandel inden for telekommunikationssektoren.

Særlig inden for sektoren for leje af faste kredsløb fremgår det f.eks. af den britiske regerings oplysninger, at BT på tidspunktet for direktivets gennemførelse havde ca. 800 000 lejede faste kredsløb på hele landets område, mens Mercury havde ca. 9 100, og de øvrige operatører tilsammen havde ca. 300 [8].

Faktiske omstændigheder og præjudicielle spørgsmål

15. BT har for den forelæggende ret anfægtet de nationale bestemmelser til gennemførelse af direktivet om leje af faste kredsløb, idet selskabet, som det fremgår af kendelsen, har nedlagt påstand om »at annullere ... eller erklære dem ugyldige«. Sagsøgeren har ligeledes krævet erstatning for det tab, selskabet påstår at have lidt på grund af den ukorrekte gennemførelse af direktivet og subsidiært bestridt selve direktivets gyldighed.

Kingston og Mercury er begge indtrådt som intervenienter i hovedsagen, idet det første af selskaberne fuldt ud, det andet alene delvis støtter sagsøgerens argumenter og påstande.

16. Disse argumenter og påstande kan kort sammenfattes som følger. Da hverken BT eller nogen anden virksomhed inden for sektoren som følge af den fuldstændige

8 — Disse oplysninger er blevet bestridt af BT, der opgiver det nøjagtige antal af lejede faste kredsløb, selskabet havde i 1994, til ca. 570 000. For så vidt angår Kingston er det ubestridt, at selskabet har et faktisk monopol inden for det område, hvori det driver virksomhed i medfør af tilladelsen.

liberalisering af det britiske telekommunikationsmarked, der har fundet sted siden 1991, længere er indehaver af særlige eller eksklusive rettigheder i medfør af det nævnte direktiv, finder BT ikke, at selskabet længere kan pålægges de forpligtelser, der er omhandlet i artikel 3-10 i direktivet om leje af faste kredsløb, da disse forpligtelser ifølge direktivet selv kun påhviler de virksomheder, der endnu har særlige eller eksklusive rettigheder.

Subsidiært har BT gjort gældende, at dersom Det Forenede Kongerige har ret eller pligt til at pålægge selskabet de omtvistede forpligtelser, bør disse på samme måde efter princippet om forbud mod forskelsbehandling pålægges alle de øvrige selskaber, der har tilladelse til at drive virksomhed på det pågældende marked, eller i det mindste alle dem, som faktisk driver virksomhed.

Endelig må direktivet om leje af faste kredsløb, dersom det tillader medlemsstaterne at gennemføre det på en sådan måde, at det er muligt kun at pålægge én af operatørerne på markedet de pågældende forpligtelser, ifølge BT være ugyldigt på grund af tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling.

17. Sagsøgeren har yderligere gjort gældende, at direktivet i hvert fald er ugyldigt på grund af tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, for så vidt som det påbyder, at der stilles en bestemt type kredsløb (på 2 048 kbit/s) til rådighed, som der ikke, hverken aktuelt eller potentielt, er nogen efterspørgsel efter i Det Forenede Kongerige.

18. Endelig påstår BT for den forelæggende ret Det Forenede Kongerige dømt til erstatning for det tab, selskabet hævder at have lidt på grund af den angiveligt ukorrekte gennemførelse af direktivet om leje af faste kredsløb.

19. Den forelæggende ret har følgelig ment at burde udsætte den sag, der verserer for den, og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Skal Rådets direktiver 90/387/EØF og 92/44/EØF fortolkes således, at medlemsstaterne kan eller skal opfylde de forpligtelser, der er pålagt dem i artikel 3-10 i direktiv 92/44/EØF, ved kun at stille krav til offentlige eller private virksomheder, jf. artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 92/44/EØF, dvs. virksomheder, som af en medlemsstat har fået tildelt 'særlige eller eksklusive rettigheder' med hensyn til tilrådighedsstillelse af faste kredsløb?

b) Hvis spørgsmål 1 a) besvares benægtende, under hvilke omstændigheder kan eller skal en medlemsstat da opfylde de nævnte forpligtelser ved at stille krav til en virksomhed, som ikke har fået tildelt sådanne 'særlige eller eksklusive rettigheder'?

2) a) Kan en medlemsstat inden for rammerne af direktiv 92/44/EØF lægge til grund, at en virksomhed, der har fået tildelt 'særlige eller eksklusive rettigheder', som omhandlet i artikel 2 i direktiv 90/387/EØF, når:

i) det er strafbart at drive et telekommunikationssystem i den pågældende medlemsstat uden en licens udstedt af statens kompetente myndigheder?

ii) den pågældende medlemsstat har den erklærede politik, at alle ansøgninger om licenser til levering af den pågældende tjeneste inden for rammerne af gældende nationale retsregler vurderes ud fra det foreliggende og således, at det generelt af licensmyndigheden forudsættes, at ansøgninger imødekommes, medmindre der er særlige grunde til ikke at imødekomme dem, og uden at der fastsættes grænser for antallet af udstedte licenser?

iii) adskillige virksomheder (herunder sagsøgeren og intervenienterne i sagen) faktisk stiller faste kredsløb til rådighed i henhold til sådanne licenser?

b) Hvis de ovenfor under a) anførte forhold ikke er afgørende for besvarelsen af dette spørgsmål, hvilke andre kriterier er da relevante?

3) Når henses til besvarelsen af spørgsmål 1 og/eller spørgsmål 2:

a) Skal direktiv 92/44/EØF da fortolkes således, at en medlemsstat efter direktivet har ret til at undlade at pålægge en virksomhed de i direktivets artikel 3-10 omhandlede forpligtelser eller nogle af dem, når der er tale om en virksomhed,

i) som af medlemsstaten har fået tilladelse til at stille faste kredsløb til rådighed, men ikke for tiden udbyder denne tjeneste?

ii) som udbyder den pågældende tjeneste?

b) Hvis spørgsmål 3, litra a), nr. i) og/eller nr. ii) besvares bekræftende, under hvilke omstændigheder og ud fra hvilke kriterier skal direktiv 92/44/EØF da fortolkes således, at en medlemsstat kan undlade at pålægge en sådan virksomhed de nævnte forpligtelser eller nogle af dem?

c) Nærmere bestemt:

i) Skal direktivet fortolkes således, at en medlemsstat kan undlade dette med den begrundelse, at en virksomheds faktiske tilrådighedsstillelse af faste kredsløb efter medlemsstatens skøn er ubetydelig *(de minimis)*?

ii) Hvis dette er tilfældet, hvorledes skal *de minimis*-undtagelsen da afgrænses? Nærmere bestemt: Kan en medlemsstat nøjes med at basere sin vurdering på markedsstillingen på det tidspunkt, hvor direktivet gennemføres, eller skal den også tage hensyn til den potentielle markedsudvikling?

iii) Kræver princippet om forbud mod forskelsbehandling sammenholdt med retssikkerhedsprincippet, at en eventuel *de minimis*-grænse — i det omfang den er lovlig — fastsættes i de nationale gennemførelsesbestemmelser til direktivet?

4) Når henses til besvarelsen af spørgsmål 1 og/eller 2, skal direktiv 92/44/EØF og navnlig direktivets artikel 7, stk. 1, da fortolkes således, at en medlemsstat kan eller skal pålægge to af de virksomheder, som af medlemsstaten har fået tilladelse til at levere den pågældende tjeneste, men ingen anden sådan virksomhed, forpligtelsen til at stille et minimumssæt af faste kredsløb til rådighed, jf. bilag II?

5) Hvis spørgsmål 3 eller 4 delvis besvares bekræftende, er direktiv 92/44/EØF da for så vidt ugyldigt, fordi det strider mod bl. a. princippet om forbud mod forskelsbehandling?

6) Er direktiv 92/44/EØF, navnlig direktivets artikel 7, stk. 1, sammenholdt med bilag II, ugyldigt, fordi det strider mod proportionalitetsprincippet, for så vidt som der efter direktivet i alle medlemsstater skal stilles faste kredsløb af typen 2 048 kbit/s digital struktureret til rådighed, jf. de tekniske specifikationer i bilaget?

7) a) Har en medlemsstat efter fællesskabsretten pligt til at yde en virksomhed erstatning for tab, den har lidt som følge af,

i) at de i artikel 3-10 i direktiv 92/44/EØF omhandlede forpligtelser eller nogle af disse forpligtelser ikke er gennemført korrekt i forhold til denne virksomhed?

ii) at det pågældende direktiv er gennemført på en sådan måde, at ligebehandlingsprincippet tilsidesættes?

iii) at de omhandlede forpligtelser er gennemført under omstændigheder, hvor de relevante bestemmelser i direktivet er ugyldige, fordi de strider mod ligebehandlingsprincippet og/eller proportionalitetsprincippet?

b) Hvis spørgsmål 7, litra a), nr. i), ii) og iii) helt eller delvis besvares bekræftende, under hvilke betingelser opstår der da et sådant ansvar?«

20. Før jeg behandler selve besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål, finder jeg det nødvendigt at fremsætte en almindelig bemærkning.

Allerede ved første læsning står det klart, at direktivet om leje af faste kredsløb har til formål at regulere adgangen til nettene i den pågældende sektor under hensyn til de faktiske forhold i størstedelen af medlemsstaterne ved direktivets vedtagelse, dvs. en markedssituation, som endnu var præget af virksomheder med særlige eller eksklusive rettigheder over infrastrukturerne. Det er ligeledes klart, at direktivet modsat ikke tager hensyn til de særlige forhold på et marked som f.eks. det britiske, der allerede er fuldstændig liberaliseret.

21. I denne retning peger også formuleringen af nogle af betragtningerne. I tredje betragtning henvises der f.eks. til bestemmelserne i Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester [9], og det anføres, at »medlemsstater, der opretholder særlige eller eksklusive rettigheder for tilrådighedsstillelse og drift af offentlige telenet, [skal] sikre, at vilkårene for adgangen til og brugen af nettet gøres objektive og ikke diskriminerende, og at vilkårene offentliggøres«.

Endvidere hedder det i ellevte betragtning, at »... medlemsstater, der opretholder særlige eller eksklusive rettigheder for tilrådighedsstillelse og drift af offentlige telenet, [skal] sikre, at brugere, der anmoder herom, kan få faste kredsløb stillet til rådighed inden for en rimelig frist«.

22. Disse betragtninger bekræfter, hvis dette ellers er fornødent, at det direktiv, vi her drøfter, ikke har til formål at gribe ind i medlemsstaternes bevilling af særlige eller

9 — EFT L 192, s. 10.

eksklusive rettigheder for indretning og drift af det offentlige net, men tværtimod — idet det lægges til grund, at sådanne rettigheder findes — tilsigter at afværge de eventuelle fordrejninger af konkurrencen, som disse rettigheder kan indebære.

23. Kommissionen har i øvrigt i et notat af 23. juni 1994 erklæret, at det er nødvendigt at ændre kriterierne for anvendelsen af ONP-direktivet under hensyntagen til den gradvise liberalisering af infrastrukturerne inden for telekommunikationen, der er påbudt ved fællesskabsdirektiverne, idet den anfører:

»The concept of special and exclusive rights has been used up to the present as the major criteria for applying Open Network Provision conditions. With the future abolition of special and exclusive rights, the issue of the entities to be covered by Open Network Provision must be revisited« [10].

24. Fællesskabets lovgiver har erkendt, at direktivet om leje af faste kredsløb er utilstrækkeligt til at regulere de markeder, der allerede er liberaliseret eller står for at skulle liberaliseres, inden for telekommunikationssektoren [11]. Den 4. maj 1996 har Kommissionen således fremsat et forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af Rådets direktiver 90/387/EØF og 92/44/EØF med henblik på tilpasning til konkurrenceforhold på telekommunikationsområdet [12] (herefter »ændringsforslaget«), hvis vigtigste bestanddele jeg vil gennemgå senere.

25. Tilbage står, at direktivet om leje af faste kredsløb i sin nuværende affattelse vel pålægger Det Forenede Kongerige såvel som de øvrige medlemsstater at opnå visse resultater i form af harmonisering, men at flere af bestemmelserne i direktivet om, hvorledes disse resultater skal nås, har et sådant indhold, at det må volde åbenlyse vanskeligheder for gennemførelsen under de forhold, der hersker på det britiske marked.

Heraf følger, at Det Forenede Kongerige i betragtning af den ekstraordinære karakter af denne situation samt den indførte ordnings i det væsentlige overgangsprægede karakter vel er forpligtet til at gennemføre de harmoniseringsmål, der er omhandlet i direktivet, men må have den fornødne skønsmæssige margen med henblik på at nå disse mål på de måder, der bedst svarer til dets nationale markeds særegne træk, som der ikke er taget højde for i direktivet.

Sagt mere konkret er det nødvendigt at undersøge — også på baggrund af de

10 — Memorandum on future approach to Open Network Provision, ONP Committee, 23.6.1994 (ONCOM94-29), s. 3.

11 — Se f.eks. Rådets resolution af 22.12.1994 om principper og tidsplan for liberaliseringen af teleinfrastrukturerne (EFT C 379, s. 4).

12 — EFT C 62, s. 3.

ændringer, der foreslås i ændringsforslaget — hvilke følger den manglende tilpasning af direktivet om leje af faste kredsløb til de særlige forhold på det britiske marked eventuelt kan få i forbindelse med de enkelte præjudicielle spørgsmål.

Spørgsmål 1

26. Med spørgsmål 1 ønsker den forelæggende ret reelt oplyst, om en medlemsstat med henblik på opfyldelsen af forskrifterne i artikel 3-10 i direktivet om leje af faste kredsløb kan eller skal kræve, at de i direktivet foreskrevne forpligtelser alene opfyldes af de virksomheder, der, fordi de har fået tildelt særlige eller eksklusive rettigheder i medfør af ONP-direktivet, kan defineres som »teleselskaber« i medfør af de pågældende direktiver.

Jeg erindrer om, at artikel 3-10 i direktivet om leje af faste kredsløb foreskriver en række pligter, som medlemsstaterne skal pålægge operatørerne af de offentlige telekommunikationsnet med henblik på at sikre, at adgangen til og brugen af de lejede faste kredsløb, der stilles til rådighed for brugere via disse net, bliver åben og effektiv.

27. Svaret på det første spørgsmål forekommer mig helt indlysende, og den forelæggende ret synes selv at anse svaret for givet på forhånd. De pågældende forpligtelser er, som direktivet er affattet i dag, rettet til teleselskaberne. Selv om ikke alle de pågældende bestemmelser nøjagtigt angiver, hvem medlemsstaten er forpligtet til at pålægge den enkelte forpligtelse [13], er forholdet dog det, at overalt hvor en bestemt bestemmelse nævner adressaterne for forpligtelsen, er disse udtrykkeligt angivet som værende teleselskaber, der driver virksomhed i de forskellige medlemsstater [14].

Dette kan man ikke se bort fra, og jeg finder det følgelig hævet over enhver diskussion, at de forpligtelser, der er omhandlet i artikel 3-10 i direktivet om leje af faste kredsløb, kun kan betragtes som rettet til teleselskaberne, således som disse er defineret i det pågældende direktiv og i ONP-direktivet, hvilket vil sige alle offentlige og private selskaber, som medlemsstaten giver særlige eller eksklusive rettigheder til oprettelse og drift af det offentlige net eller til tilrådighedsstillelse af offentlige teletjenester.

28. I artikel 2 i ovennævnte ændringsforslag, hvorved direktivet om lejede faste kredsløb skal tilpasses til konkurrenceforholdene, hedder det derimod, at i hele direktivet ændres »teleselskaber« til: »organisationer,

13 — Se f.eks. artikel 3 og 4.

14 — Den hyppigste formulering i de pågældende bestemmelser er nemlig følgende: »Medlemsstaterne sikrer, at teleselskabet [teleselskaberne] ...« (se f.eks. artikel 6, stk. 4, tredje afsnit, artikel 7, stk. 1, som allerede er nævnt ovenfor, og artikel 10, stk. 2).

hvis navne er meddelt Kommissionen i henhold til artikel 11, stk. 1a«.

Ifølge den ændrede affattelse af sidstnævnte artikel skal der indføres en ordning, hvorefter »De nationale myndighedsorganer meddeler Kommissionen navnene på de organisationer, der udbyder faste kredsløb og skal opfylde dette direktivs krav«; det foreslås således — efter min mening med rette — i direktivforslaget at pålægge bestemte selskaber, der er udpeget af de kompetente nationale myndigheder, og som leverer tjenester i den her omhandlede sektor, de i direktivet omhandlede forpligtelser uafhængigt af, om de har eller ikke har særlige eller eksklusive rettigheder.

29. Det er ikke desto mindre en kendsgerning, at bestemmelserne i artikel 3-10, således som de er formuleret nu, og følgelig de deri omhandlede forpligtelser kun kan antages at angå teleselskaberne.

Hvis dette er ubestrideligt, opstår dernæst spørgsmålet om at fastlægge, hvilke selskaber der skal pålægges disse forpligtelser i en situation, hvori det pågældende marked ikke længere er præget af virksomheder, der har særlige eller eksklusive rettigheder over infrastrukturerne, men af en lang række virksomheder, der arbejder under fri konkurrence. Det er netop dette spørgsmål, den forelæggende ret ønsker besvaret med sine spørgsmål 2, 3 og 4.

Spørgsmål 2

30. Med spørgsmål 2 ønsker den forelæggende ret for det første fastslået, om *alle, der driver virksomhed med offentlige tjenesteydelser i henhold til licens* på dette marked, under hensyntagen til den særlige situation på det britiske telekommunikationsmarked skal eller kan betragtes som teleselskaber, dvs. som indehavere af særlige eller eksklusive rettigheder i de pågældende direktivers forstand.

Nærmere anmoder den forelæggende ret Domstolen om at fastslå, om de talrige virksomheder, der opererer på markedet for offentlige teletjenester i en medlemsstat i henhold til en obligatorisk licens, der er udstedt af de kompetente myndigheder på grundlag af retningslinjer, hvorefter enhver ansøgning imødekommes, medmindre der er særlige grunde til ikke at imødekomme den, allerede af den grund alle kan betragtes som virksomheder, der har særlige eller eksklusive rettigheder, som omhandlet i ONP-direktivet og i direktivet om leje af faste kredsløb.

31. I denne forbindelse anfører BT til støtte for sin opfattelse, hvorefter ingen af de i Det Forenede Kongerige hjemmehørende

licenshavere vedrørende offentlige teletjenester længere har særlige rettigheder (endsige eksklusive rettigheder) i det pågældende direktivs forstand, at adgangen til drift af telekommunikationssystemer i det væsentlige er fri, og at forpligtelsen til at indhente tilladelse ikke er noget afgørende holdepunkt for den modsatte opfattelse.

Der kræves nemlig tilladelse til udøvelsen af talrige og forskelligartede former for erhvervsvirksomhed i så godt som samtlige medlemsstater. Ifølge BT ville det være fejlagtigt og i strid med tanken bag det pågældende fællesskabsbegreb, såfremt enhver licenshaver, blot fordi virksomheden med positivt resultat har opfyldt en administrativ formalitet, skulle være indehaver af særlige (endsige eksklusive) rettigheder til udøvelse af den pågældende virksomhed.

32. Jeg må erkende, at dette argument er velunderbygget.

For det første finder det støtte i bestemmelserne. Som anført forstås der i medfør af artikel 2, stk. 1, i direktivet om leje af faste kredsløb og artikel 2, nr. 2, i ONP-direktivet ved »særlige eller eksklusive rettigheder« rettigheder, som en medlemsstat eller en offentlig myndighed ved lov eller administrativt tildeler en eller flere offentlige eller private virksomheder, således at levering af en tjeneste eller varetagelse af en bestemt aktivitet forbeholdes disse virksomheder.

33. Det fællesskabsretlige begreb særlige eller eksklusive rettigheder, navnlig for så vidt angår særlige rettigheder inden for telekommunikationssektoren, er endvidere senere blevet præciseret af Kommissionen i det nylig udstedte direktiv 94/46/EF [15], der er vedtaget efter Domstolens dom af 17. november 1992 i sagen Spanien m.fl. mod Kommissionen [16].

Selv om dette direktiv ikke formelt ændrer begrebet særlige eller eksklusive rettigheder, som omhandlet i ONP-direktivet, eftersom det alene henviser til direktiv 90/388/EØF, der var genstand for den nævnte dom, udgør det ikke desto mindre et godt holdepunkt for fortolkningen af dette begreb.

34. I artikel 2, litra a), nr. ii), i direktiv 94/46/EF hedder det udtrykkeligt, at der ved særlige rettigheder skal forstås rettigheder, som en medlemsstat indrømmer et begrænset

15 — Kommissionens direktiv 94/46/EF af 13.10.1994 om ændring af direktiv 88/301/EØF og direktiv 90/388/EØF for så vidt angår satellitkommunikation (EFT L 268, s. 15).

16 — Forenede sager C-271/90, C-281/90 og C-289/90, Sml. I, s. 5833. I dommen bekræfter Domstolen vel gyldigheden af direktiv 90/388/EØF, men annullerer det, for så vidt der hermed tilsigtes en regulering af de særlige rettigheder, fordi det hverken af artiklen eller begrundelsen for bestemmelsen klart fremgår, hvilke former for rettigheder der konkret er tale om, eller hvorfor opretholdelsen af sådanne rettigheder skulle stride mod traktatens bestemmelser.

antal virksomheder i kraft af love eller administrative bestemmelser, der inden for et givet geografisk område

»— begrænser antallet af de virksomheder, der har tilladelse til at levere en tjeneste eller varetage en bestemt aktivitet, til to eller flere *efter andre kriterier end objektive, proportionale og ikke-diskriminerende kriterier*,

eller

— udpeger flere konkurrerende virksomheder til virksomheder, der har tilladelse til at levere en tjeneste eller varetage en bestemt aktivitet, *efter andre kriterier end ovennævnte*,

eller

— giver en eller flere virksomheder juridiske eller lovgivningsmæssige fordele, der på afgørende vis påvirker andre virksomheders mulighed for at levere samme teletjeneste eller varetage samme aktivitet inden for samme geografiske område i alt væsentligt på tilsvarende vilkår, *efter andre kriterier end ovennævnte*« [17].

35. Følgelig kan man — også i betragtning af de faktiske omstændigheder, der er detaljeret beskrevet i forelæggelseskendelsen, og som derfor ikke kan betvivles her — ikke nå frem til en anden konklusion end den, sagsøgeren har argumenteret for: De offentlige operatører, der har tilladelse til at levere offentlige teletjenester i Det Forenede Kongerige, kan ikke betragtes som havende særlige eller eksklusive rettigheder, blot fordi de har pligt til at indhente en tilladelse.

36. Artikel 2 i direktiv 90/388/EØF om liberalisering af markedet for teletjenester (nævnt ovenfor) indeholder bevis for, at efter den af fællesskabslovgiver fastlagte ordning medfører pligten til at indhente licens til udøvelse af bestemte aktiviteter på telekommunikationsområdet ikke, at der tillægges eller anses tillagt licenshaveren særlige eller eksklusive rettigheder.

Efter at det i direktivets artikel 2, stk. 1, er fastslået, at »medlemsstaterne drager omsorg for ... at eventuelle eksklusive eller særlige rettigheder, der gælder for tilrådighedsstillelse af teletjenester ...afskaffes«, hedder det nemlig i stk. 2, at »medlemsstater, hvori der for levering af tjenesteydelser gælder en godkendelses- eller deklarationsprocedure, der skal tilgodese ufravigelige hensyn, sørger for, at sådanne godkendelser tildeles på grundlag af objektive, ikke-diskriminerende og gennemsigtige kriterier«. Ophævelsen af særlige eller eksklusive rettigheder i en given

17 — Mine fremhævelser.

sektor er derfor fortsat et mål, der er fuldt ud foreneligt med opretholdelsen af pligten til forudgående indhentelse af licens eller tilladelse til at drive virksomhed inden for denne sektor.

37. For så vidt angår den omstændighed, at der til udstedelsen i Det Forenede Kongerige af licenser til drift af offentlige teletjenester i medfør af 1984-loven i de fleste tilfælde — om end på forskellige betingelser og tidsmæssige vilkår — er knyttet en række særlige rettigheder, ændrer efter min opfattelse ikke ved problemstillingen. Disse rettigheder består som nævnt i en ret for licenshaverne til at opnå adgang til og erhverve jordarealer med henblik på indretning af infrastrukturer samt til at anbringe de nødvendige indretninger over eller under offentlige veje samt på private grunde med ejerens samtykke (som kun kan undlades indhentet ifølge en retsafgørelse).

Disse beføjelser ses imidlertid klart at være strengt nødvendige for selve udøvelsen af den virksomhed, som hver enkelt licenshaver har ret til at udøve i kraft af sin licens, og er efter min opfattelse ikke et tilstrækkeligt grundlag for at hævde, at de pågældende selskaber har særlige eller eksklusive rettigheder, som omhandlet i direktivet om leje af faste kredsløb.

38. Hertil kommer, at den undersøgelse, som skal foretages af ansøgninger om licens, ifølge de retningslinjer, der er fastsat af den kompetente myndighed, principielt kun kan føre til afslag, når der findes særlige grunde hertil, og at antallet af licenser, der kan udstedes af de kompetente myndigheder, er ubegrænset.

39. Spørgsmål 2 bør derfor besvares således, at virksomheder, der driver virksomhed på markedet for offentlige teletjenester i en medlemsstat på grundlag af en obligatorisk licens, der giver dem særlige rettigheder, og som udstedes af den kompetente myndighed efter en materiel undersøgelse af ansøgningen på baggrund af de nationale regler, der finder anvendelse, og hvorved udgangspunktet er, at ansøgningen vil blive imødekommet, medmindre der er særlige grunde til at afslå den, ikke i sig selv er virksomheder, der har særlige eller eksklusive rettigheder, som omhandlet i direktivet om leje af faste kredsløb.

Spørgsmål 3 og 4

40. Med spørgsmål 3 og 4, der indeholder det centrale problem i denne sag, ønsker den forelæggende ret oplyst, om de britiske regler til gennemførelse af direktivet om leje af faste kredsløb er forenelige med direktivet, for så vidt som de alene pålægger tre af de talrige virksomheder, der driver virksomhed på det pågældende marked, samtlige eller visse af de forpligtelser, der er omhandlet i direktivets artikel 3-10.

Den forelæggende ret spørger nemlig i realiteten Domstolen, om og efter hvilke regler en medlemsstat efter direktivet har beføjelse til alene at pålægge visse af de teleselskaber, der driver virksomhed på dens område, ovennævnte forpligtelser. Særlig spørger den forelæggende ret, om en sådan beføjelse kan støttes på, at den faktiske tilrådighedsstillelse af lejede kredsløb fra en virksomheds side efter statens opfattelse er ubetydelig. Dersom dette spørgsmål besvares bekræftende, spørges endvidere, om staten kan nøjes med at basere sin vurdering på markedssituationen på det tidspunkt, hvor direktivet blev gennemført, eller den også skal tage hensyn til den potentielle markedsudvikling, eventuelt ved at fastsætte en *de minimis*-grænse i bestemmelserne vedrørende gennemførelsen af direktivet.

41. Spørgsmål 4 vedrører særlig artikel 7 og drejer sig om det særlige spørgsmål om det almene tjenesteudbud. Den forelæggende ret spørger, om denne bestemmelse skal fortolkes således, at den giver medlemsstaterne ret til alene at pålægge to af de talrige virksomheder, der har tilladelse til at levere den pågældende tjeneste på det pågældende marked, at stille et minimumssæt af faste kredsløb til rådighed.

Da problemet i alt væsentligt er det samme, finder jeg det hensigtsmæssigt at behandle spørgsmål 3 og 4 under ét.

42. Sagsøgeren har gjort gældende, at samtlige de i artikel 3-10 i direktivet om leje af faste kredsløb omhandlede forpligtelser, herunder pligten til at stille et vist minimumssæt af faste kredsløb til rådighed, bør fordeles forholdsmæssigt mellem samtlige virksomheder, der driver virksomhed på det pågældende marked, i overensstemmelse med princippet om forbud mod forskelsbehandling.

Det Forenede Kongeriges regering har med støtte fra den franske regering og Kommissionen derimod gjort gældende, at medlemsstaterne har et vidt skøn, når de fastsætter, hvilken eller hvilke af virksomhederne på det nationale område der skal være underkastet de pågældende forpligtelser. Det er således lovligt, at det britiske myndighedsorgan har pålagt BT og delvis Mercury og Kingston disse forpligtelser i betragtning af førstnævntes indiskutabelt dominerende stilling på det pågældende marked, Mercury's betydelige styrke på dette og Kingston's faktiske monopol inden for det begrænsede geografiske område, hvor det driver virksomhed.

43. Jeg bemærker indledningsvis, at som jeg tidligere har nævnt, må svaret på spørgsmålene nødvendigvis afhænge af det ovenfor omtalte forhold, nemlig at de britiske licenshavere på offentlige teletjenester ikke er teleselskaber i betydningen i direktivet om leje af faste kredsløb, således som dette er affattet i dag.

44. Ved artikel 3-10 (med undtagelse af artikel 7) i direktivet om leje af faste kredsløb pålægges det som nævnt medlemsstaterne at sikre, at deres teleselskaber stiller de faste kredsløb til rådighed under overholdelse af bestemte betingelser og krav. Disse bestemmelser omfatter generelt forpligtelser med hensyn til offentlighed og adgang til tekniske og handelsmæssige oplysninger vedrørende de kredsløb, der udbydes, teknisk adgang til disse, de tilbudte kontraktbetingelser (tjenestens ophør, fremgangsmåder for bestilling og fakturering og omkostningsbaserede takster mv.).

45. Disse overvejelser fører mig til den slutning, at det ikke på et liberaliseret marked som det britiske behøver at være nødvendigt at pålægge alle virksomheder, der arbejder på dette marked, disse forpligtelser, hvorimod det kan være hensigtsmæssigt alene at pålægge de selskaber, der af ovennævnte grunde faktisk har en så privilegeret stilling, at den gør det muligt for dem at påvirke markedet negativt, f.eks. ved at hindre adgangen til det offentlige net, disse forpligtelser.

Der er ret beset tale om forpligtelser, der har deres berettigelse i markedssituationer, der er karakteriseret ved, at der på grundlag af loven består et monopol eller oligopoler. I den situation er der et reelt behov for at sikre passende korrigerende mekanismer, for at disse selskaber ikke skal udnytte deres privilegerede stilling til negativt at påvirke markedet. Men når der er tale om et liberaliseret marked, kan overholdelsen af sådanne forpligtelser kun være nødvendig for selskaber, der af historiske grunde endnu har en særlig betydningsfuld stilling på markedet, som gør det muligt for dem at udbyde deres tjenester på betingelser, der ikke tager hensyn til konkurrencen fra mindre og svagere virksomheder. Dersom der nemlig inden for et bestemt marked var tale om en situation med virkelig konkurrencemæssig ligevægt, ville pålæggelsen af sådanne pligter til syvende og sidst ikke have nogen berettigelse, eftersom hvert enkelt af de krav, som disse pligter tilsigter at beskytte, automatisk ville blive sikret ved den frie konkurrence.

Direktivet om leje af faste kredsløb tilsigter netop at undgå en sådan fordrejning af konkurrencen, og med henblik på, at direktivet gennemføres korrekt af den nationale lovgiver i en stat, hvori der ikke længere findes særlige eller eksklusive rettigheder over infrastrukturen, er det efter min opfattelse tilstrækkeligt, at dette resultat opnås, om fornødent ved alene at pålægge de selskaber, som i kraft af deres styrke på markedet kunne være i stand til at hindre brugernes eller konkurrenternes adgang til det offentlige net, de pågældende forpligtelser.

46. En klar bekræftelse på, at mine argumenter er rigtige, er ændringsforslaget af 6. marts 1996. I dettes artikel 2, stk. 2, hedder det, at medlemsstaterne sikrer, at der »på ethvert punkt på deres område findes mindst én organisation, der er omfattet af dette direktivs bestemmelser«, og at »forpligtelserne i henhold til dette direktiv ikke pålægges organisationer uden betydelig styrke på markedet«.

I overensstemmelse med den afskaffelse af særlige eller eksklusive rettigheder over infrastrukturerne, der er målet med andre fællesskabsretsakter, tillader de nævnte bestemmelser således udtrykkeligt medlemsstaterne alene at pålægge visse af de forskellige selskaber, der driver virksomhed inden for den pågældende sektor, de i artikel 3-10 i direktivet om leje af faste kredsløb omhandlede forpligtelser, nemlig når det sker på grundlag af deres styrke på markedet.

47. For så vidt angår artikel 7, hvorefter medlemsstaterne som allerede nævnt skal sikre, at teleselskaberne hver for sig eller i forening stiller et minimumssæt af faste kredsløb til rådighed, således at der sikres et harmoniseret udbud af tjenester i Fællesskabet, melder problemet sig på lignende måde.

Spørgsmålet om det almene tjenesteudbud er først og fremmest af almindelig interesse, for så vidt som det viser nødvendigheden af at forlige to krav, som Fællesskabets lovgiver ved hjælp af forskellige foranstaltninger, der er forskellige i det enkelte tilfælde, tillægger lige stor betydning, nemlig på den ene side liberaliseringen af markederne inden for sektorerne for offentlige tjenester af kommerciel karakter (telekommunikation, men som bekendt tillige elektricitets-, vand- og gasforsyning samt posttjenesten), og på den anden side sikkerhed for levering af effektive tjenesteydelser til enhver bruger, der anmoder herom.

Det almene tjenesteudbud indebærer nemlig for den virksomhed, der får til opgave at varetage den, at den skal efterkomme efterspørgslen uafhængigt af omkostningsdækningen, og der er derfor på et liberaliseret marked, på hvilket forpligtelsen til at stille dette tjenesteudbud til rådighed ikke længere er modydelsen for en særlig eller eksklusiv ret, som er tillagt en eller nogle få virksomheder, en risiko for, at den pågældende forpligtelse på urimeligt byrdefuld eller uretfærdig eller ganske enkelt diskriminerende måde overvæltes på den virksomhed (eller de virksomheder), den påhviler. På den anden side kan det, når der findes en virksomhed, der har et faktisk monopol eller en eller to virksomheder med en dominerende stilling på et bestemt marked, der allerede er liberaliseret, være inkonsekvent at fordele denne forpligtelse mellem samtlige virksomheder, således at den også kommer til at påhvile dem, der ikke har en tilstrækkelig styrke på markedet.

48. Også i dette tilfælde viser det sig klart, at fællesskabslovgiver ved udarbejdelsen af direktivet om leje af faste kredsløb forestillede sig forholdene på markeder, der endnu var præget af særlige eller eksklusive rettigheder over infrastrukturerne.

Under hensyntagen til den gradvise afskaffelse af særlige eller eksklusive rettigheder (dog i forskellige tempi og på forskellige måder) inden for så godt som alle de ovennævnte sektorer har fællesskabslovgiver derimod vist sig forstående over for nødvendigheden af — på grundlag af objektive og dynamiske kriterier, der tager hensyn til både økonomiske og tekniske krav — at afgøre, hvilke virksomheder der skal bære byrden ved at levere det almene tjenesteudbud.

49. For det første hedder det som nævnt i direktivforslaget, at pligten til at varetage det almene tjenesteudbud inden for sektoren for lejede kredsløb skal pålægges mindst et af de selskaber, der driver virksomhed i hver enkelt medlemsstat, og som i det væsentlige skal udpeges på grundlag af den styrke, det har på markedet.

Kommissionens direktiv 96/19/EF, der netop er blevet vedtaget med henblik på gennemførelse af den fuldstændige liberalisering af og konkurrence på telekommunikationsmarkederne [18], pålægger medlemsstaterne pligt til at give Kommissionen meddelelse om de foranstaltninger, de påtænker at træffe med henblik på at sikre det almene tjenesteudbud, hvorefter Kommissionen skal kontrollere, at de er gennemsigtige og forholdsmæssige.

Endvidere reguleres området detaljeret ved det forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samtrafik på teleområdet, der er forelagt af Kommissionen den 31. august 1995, og som foruden interoperabilitet netop tilsigter at sikre det almene tjenesteudbud [19]. I forslaget hedder det nemlig, at denne forpligtelse skal påhvile selskaber inden for telekommunikation, »som har en stærk markedsstilling«, på grundlag af dynamiske markedsmekanismer, der har til formål om fornødent og under tilsyn af de kompetente nationale myndigheder og fællesskabsmyndigheder at sikre en rimelig fordeling af byrderne ved denne tjeneste (jf. artikel 4 og 5).

50. På den anden side bestemmer den gældende version af artikel 7 i direktivet om leje af faste kredsløb alene, at hver enkelt medlemsstat skal sikre, at der i den pågældende sektor stilles en tjeneste til rådighed for enhver bruger, der anmoder herom. Andet foreskrives ikke i bestemmelsen, således som denne er affattet i dag.

Under disse omstændigheder forekommer det mig rigtigt, og endnu en gang på linje med udviklingen af fællesskabsbestemmelserne på området, at hævde, at det er tilstrækkeligt til at sikre overholdelsen af denne forskrift, at lovgiver i en medlemsstat, hvori telekommunikationsmarkedet allerede er liberaliseret, pålægger mindst ét af de teleselskaber, der virker på dens område, den her omhandlede forpligtelse.

51. Når alt tages i betragtning, må artikel 3-10 i direktivet om leje af faste kredsløb fortolkes således, at de medlemsstater, hvori telekommunikationsmarkedet, særlig sektoren for leje af faste kredsløb, ikke længere er præget af særlige eller eksklusive rettigheder over infrastrukturerne, i hvert fald skal pålægge mindst ét af de teleselskaber, der har licens til at drive virksomhed inden for den pågældende sektor, en forpligtelse til et alment tjenesteudbud, og de skal pålægge mindst ét af disse selskaber de øvrige

18 — Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13.3.1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår gennemførelse af liberaliseringen af markederne for teletjenester (EFT L 74, s. 13).

19 — KOM(95) 379 endelig udg. (EFT C 313, s. 7).

forpligtelser (i artikel 3, 4, 5, 6, 8, 9 og 10), når dette er begrundet i faktiske forhold, som gør det nødvendigt at regulere dette selskabs adfærd på det pågældende marked.

Spørgsmål 5

52. I betragtning af de svar, jeg har foreslået på spørgsmål 3 og 4, finder jeg svaret på den forelæggende rets spørgsmål 5 vedrørende ugyldighed af direktivet om leje af faste kredsløb på grund af en påstået tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling, helt givet.

Det er nemlig klart, at der, for så vidt som direktivet som nævnt ikke pålægger medlemsstaterne at gennemføre det på en sådan måde, at forbuddet mod forskelsbehandling overtrædes, ikke er noget gyldighedsproblem i forbindelse med direktivet i denne henseende. Et eventuelt gyldighedsproblem kunne højst have været rejst i forbindelse med de nationale gennemførelsesregler. Også denne mulighed må dog anses for udelukket, når henses til de ovenfor anførte betragtninger.

Spørgsmål 6

53. Med spørgsmål 6 anmoder den forelæggende ret Domstolen om at udtale sig om gyldigheden af direktivet om leje af faste kredsløb, idet dette ifølge sagsøgerne strider mod proportionalitetsprincippet, for så vidt det foreskriver tilrådighedsstillelse af en bestemt type kredsløb (2 048 kbit/s), som der ikke, hverken aktuelt eller potentielt, er nogen efterspørgsel efter i Det Forenede Kongerige.

Denne type kredsløb er udtrykkelig nævnt i fortegnelsen i bilag II til direktivet, der som nævnt fastsætter de tekniske specifikationer for de kredsløb, som medlemsstaterne skal sikre bliver stillet til rådighed, således, jf. den flere gange citerede artikel 7, »at der sikres et harmoniseret udbud af tjenester i Fællesskabet«.

54. Kravet om, at de faste kredsløb, der udbydes i de forskellige medlemsstater, skal have harmoniserede tekniske specifikationer, figurerer også i tolvte betragtning, hvori det hedder: »For at sikre, at der i tilstrækkeligt omfang står faste kredsløb til rådighed for brugerne, enten til deres eget brug, til fælles brug eller til tilrådighedsstillelse af tjenester til tredjepart, skal medlemsstaterne sørge for, at et harmoniseret sæt faste kredsløbstjenester med definerede nettermineringspunkter står til rådighed i alle medlemsstater, både til kommunikation i den enkelte medlemsstat og mellem medlemsstaterne indbyrdes ...«.

Det er således klart, at direktivet ved harmonisering af de tekniske specifikationer tillige tilsigter afskaffelse af hindringer for grænseoverskridende tjenesteydelser af teknisk karakter som følge af, at der gælder forskellige regler i medlemsstaterne.

55. Forpligtelsen til at sikre tilrådighedsstillelse af de former for kredsløb, der er specificeret i bilag II, er derfor en væsentlig forskrift med henblik på det harmoniseringsresultat, som tilsigtes opnået med direktivet, og som medlemsstaterne ikke kan sætte sig ud over uden derved at handle imod selve formålet med direktivet.

I øvrigt er der ingen tvivl om, at den omstændighed, at der i én medlemsstat ikke er brug for en bestemt form for kredsløb, er fuldstændig irrelevant for den forpligtelse, der er pålagt denne stat, til at sikre tilrådighedsstillelse af et sådant kredsløb, i hvert fald med henblik på udførelse af grænseoverskridende tjenesteydelser.

Noget andet kunne være tilfældet, dersom det kunne bevises, at der ikke på Fællesskabets marked findes nogen efterspørgsel efter det pågældende kredsløb, men ifølge Kommissionens ubestridte oplysninger er der i øjeblikket et marked for denne form for kredsløb i hvert fald i Frankrig, Tyskland og Italien, hvilket endeligt beviser, at indsigelsen mod direktivets gyldighed på dette punkt er ubegrundet.

Spørgsmål 7

56. Med spørgsmål 7 anmoder den forelæggende ret Domstolen om at oplyse, hvilke følger der skal drages af den angiveligt ukorrekte gennemførelse af direktivet om leje af faste kredsløb af lovgivningsmagten i Storbritannien med hensyn til statens erstatningspligt.

I betragtning af de svar, jeg har foreslået på de foregående spørgsmål, forekommer det mig, dersom Domstolen er enig i mine forslag, helt indlysende, at der ikke i den foreliggende sag er noget spørgsmål om erstatningspligt for den pågældende medlemsstat, eftersom denne har gennemført direktivet på en måde, der er forenelig med dets formål og dermed, alt taget i betragtning, korrekt.

57. For det tilfælde, at Domstolen kommer til et andet resultat, vil der blive spørgsmål om statens ansvar og erstatningspligt over for borgere, der har lidt skade som følge af tilsidesættelse af fællesskabsretten, særlig i forbindelse med en ukorrekt, men dog

rettidig gennemførelse i national ret af bestemmelserne i et direktiv.

58. Dette problem er blevet grundigt behandlet og drøftet i de forslag til afgørelse i sagerne Brasserie du Pêcheur og Factortame [20], Dillenkofer m.fl. [21], samt særlig British Telecommunications plc [22], jeg har fremsat den 28. november 1995, og som jeg kan henvise til med henblik på yderligere uddybelse af problemet.

Ved dom af 5. marts 1996 i sagen Brasserie du Pêcheur og Factortame har Domstolen bl. a. fastslået, at »når en medlemsstats overtrædelse af fællesskabsretten må tilregnes den nationale lovgiver, der handler på et område, hvor denne har en vid skønsbeføjelse, når der skal træffes valg af normativ karakter, har de borgere, der har lidt skade, ret til erstatning, når den bestemmelse i fællesskabsretten, der er overtrådt, har til formål at tillægge dem rettigheder, når overtrædelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og når der er en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og de skadelidtes tab« [23].

Denne retspraksis er for nylig blevet bekræftet i en sag om forhold, der ligner omstændighederne i den foreliggende sag, jf. dom af 26. marts 1996, British Telecommunications plc, der vedrørte ukorrekt gennemførelse af et direktiv [24].

59. I den foreliggende sag er det, uden at det er nødvendigt at gå ind på, om de øvrige betingelser er opfyldt, tilstrækkeligt at bemærke, at den gennemførelse, der er foretaget af den britiske lovgivningsmagt, efter alt det foreliggende ikke på nogen måde kan siges at udgøre en grov og åbenbar tilsidesættelse af det omtvistede direktiv efter kriterierne herfor i Domstolens praksis [25].

Afgørende i denne forbindelse er efter min mening det allerede flere gange nævnte forhold, at det pågældende direktiv, der har til formål at sikre harmonisering af betingelserne for leje af faste kredsløb, helt klart er affattet således, at det på hensigtsmæssig måde regulerer markedssituationer, der er præget af tilstedeværelse af ét eller et begrænset antal teleselskaber, der har særlige eller eksklusive rettigheder over telekommunikationsinfrastrukturerne, mens der ikke tages hensyn til de særlige træk ved et marked som det britiske, som allerede var liberaliseret, da direktivet blev vedtaget.

20 — Forslag til afgørelse i de forenede sager C-46/93 og C-48/93, dom af 5.3.1996, Sml. I, s. 1029, på s. 1066.

21 — Forslag til afgørelse i de forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, dom af 8.10.1996, Sml. I, s. 4845.

22 — Forslag til afgørelse i sag C-392/93, dom af 26.3.1996, Sml. I, s. 1631, på s. 1634.

23 — Domskonklusionen.

24 — Jf. fodnote 22, særlig præmis 42.

25 — Se ovennævnte dom i sagen Brasserie du Pêcheur og Factortame, særlig præmis 55-64.

Forslag til afgørelse

60. På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg derfor Domstolen at besvare den forelæggende rets spørgsmål som følger:

»1) Artikel 2, stk. 1, i direktiv 92/44/EØF og artikel 2, nr. 1 og 2, i direktiv 90/387/EØF skal fortolkes således, at de pålægger medlemsstaterne at opfylde de forpligtelser, der påhviler dem i medfør af artikel 3-10 i direktiv 92/44, ved at kræve visse betingelser opfyldt af de i artikel 2, nr. 1, i direktiv 90/387 omhandlede teleselskaber, dvs. offentlige eller private virksomheder, som en medlemsstat har tildelt særlige eller eksklusive rettigheder til oprettelse af offentlige telekommunikationsnet og efter omstændighederne tilrådighedsstillelse af teletjenester.

2) Artikel 2, stk. 1, i direktiv 92/44 og artikel 2, nr. 1 og 2, i direktiv 90/387 skal fortolkes således, at ved anvendelsen af direktiv 92/44 i en situation, hvor et større antal virksomheder driver virksomhed på det offentlige marked for telekommunikation i en medlemsstat i henhold til en obligatorisk licens, der tillægger dem særlige rettigheder, og som udstedes af den kompetente myndighed efter en materiel behandling af ansøgningen på grundlag af den gældende nationale lovgivning, og hvorved udgangspunktet er, at ansøgningen imødekommes, uden begrænsning i henseende til antal, medmindre der foreligger særlige grunde til at afslå den, er disse ikke virksomheder, der har særlige eller eksklusive rettigheder i betydningen i direktiv 90/387.

3) Artikel 3-10 i direktiv 92/44 skal fortolkes således, at en medlemsstat, hvori de virksomheder, der har tilladelse til at drive virksomhed med leje af faste kredsløb, ikke har særlige eller eksklusive rettigheder, under alle omstændigheder

skal pålægge mindst én af disse virksomheder pligt til at varetage det almene tjenesteudbud, og den skal pålægge mindst én af disse virksomheder de øvrige forpligtelser, dersom dette er påkrævet efter forholdene i hvert enkelt tilfælde.

4) Gennemgangen af direktiv 92/44 har ikke frembragt forhold, der kan have betydning for gyldigheden af direktivet.

5) I nærværende sag er betingelserne for at dømme den pågældende medlemsstat til at erstatte de skader, som borgerne påstår at have lidt på grund af den angiveligt ukorrekte gennemførelse af direktiv 92/44, ikke opfyldt.«