FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

föredraget den 23 maj 1996 *

1. Föreliggande begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av rådets direktiv 90/387/EEG av den 28 juni 1990 om upprättandet av den inre marknaden för teletjänster genom att tillhandahålla öppna nät [1] (Open Network Provision — ONP, nedan kallat ONP-direktivet), samt tolkningen och giltigheten av rådets direktiv 92/44/EEG av den 5 juni 1992 om tillhandahållande av öppna nät för förhyrda förbindelser [2] (nedan kallat direktivet om förhyrda förbindelser).

High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court) ber närmare bestämt domstolen att klargöra tillämpningsområdet för och räckvidden av vissa bestämmelser i ovan nämnda direktiv i syfte att kontrollera huruvida de brittiska genomförandebestämmelserna är förenliga med dessa. För det fall direktiven i fråga har införlivats felaktigt ombeds domstolen även att uttala sig om huruvida villkoren är uppfyllda för att skadelidande företag skall kunna begära skadestånd av staten för den skada de lidit. Dessutom ombeds domstolen att i andra hand uttala sig om huruvida direktivet om förhyrda förbindelser är giltigt med beaktande av proportionalitets-och icke-diskrimineringsprinciperna.

Tillämpliga gemenskapsbestämmelser och nationella bestämmelser

2. ONP-direktivet, som har antagits med stöd av artikel 100a i fördraget, har som huvudsyfte att harmonisera "villkoren för öppen och effektiv tillgång till och användning av allmänt tillgängliga telenät och, i tillämpliga delar, allmänt tillgängliga teletjänster" (artikel 1.1). I artikel 1.2 klargörs att villkoren "är avsedda att underlätta tillhandahållandet av tjänster genom allmänt tillgängliga telenät och/eller allmänt tillgängliga teletjänster inom och mellan medlemsstater", i synnerhet när producenten är etablerad i en annan medlemsstat än den där den som tjänsterna är avsedda för är etablerad.

I artikel 2 i ONP-direktivet föreskrivs följande:

"I detta direktiv har nedan angivna termer och begrepp följande betydelse:

1) *Teleorganisationer*: offentliga eller privata organisationer till vilka en medlemsstat

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT nr L 192, s. 1.

2 — EGT nr L 165, s. 27.

har givit speciella eller exklusiva rättigheter för tillhandahållande av allmänt tillgängliga telenät och, där så är tillämpligt, allmänt tillgängliga teletjänster.

För detta direktivs syften skall medlemsstaterna anmäla till kommissionen vilka företag de har beviljat speciella eller exklusiva rättigheter.

2) *Speciella eller exklusiva rättigheter*: rättigheterna som beviljats av en medlemsstat eller en offentlig myndighet till en eller flera offentliga eller privata organisationer genom något legalt, författningsenligt eller administrativt instrument, som för dem reserverar rätten att tillhandahålla en tjänst eller utöva en verksamhet."

3. I bilaga 1 till ONP-direktivet återfinns en förteckning över områden för vilka villkor för tillhandahållande av öppna nät kan utarbetas. Bland dessa återfinns under punkt nr 1 området förhyrda förbindelser.

Direktivet om förhyrda förbindelser utgör den första sektoriella tillämpningen av ONP-direktivet. Även det förstnämnda direktivet har antagits med stöd av artikel 100a i fördraget och gäller "harmoniseringen av villkoren för öppen och effektiv tillgång till och användning av de förhyrda förbindelser som tillhandahålls för användare av allmänt tillgängliga telenät och tillgänglighet i hela gemenskapen av ett minimiutbud av förhyrda förbindelser med harmoniserade tekniska egenskaper" (artikel 1).

4. Efter att det i artikel 2 i direktivet om förhyrda förbindelser har klargjorts att definitionerna i ONP-direktivet i tillämpliga delar skall gälla även med avseende på detta, ges definitioner på de särskilda begrepp som hör till området i fråga.

För föreliggande fall bör anges definitionen av "förhyrda förbindelser" ("den telestruktur som tillhandahålls i samband med upprättande, utveckling och drift av det allmänt tillgängliga telenätet, som medger transparent överföringskapacitet mellan nätanslutningspunkter och som inte innefattar koppling på begäran (kopplingsfunktioner som användaren kan kontrollera som en del av tillhandahållandet av den förhyrda förbindelsen)") samt av "användare" ("slutanvändare och tjänsteproducenter inklusive teleorganisationer, om de senare tillhandahåller tjänster som även tillhandahålls eller kan komma att tillhandahållas av andra").

5. I syfte att förverkliga målsättningen i artikel 1 åläggs medlemsstaterna vissa skyldighe-

ter angående leveransvillkor för näten (artikel 3—10).

Skyldigheterna rör närmare bestämt följande: tillgängligheten till information i fråga om förhyrda förbindelser (artikel 3), offentliggörande av leveransvillkor (artikel 4), villkor för att utbud skall få upphöra (artikel 5), accessvillkor, användningsvillkor och väsentliga krav (artikel 6), den nationella tillsynsmyndighetens kontroll (artikel 8), införandet av enhetliga beställnings-och debiteringsförfaranden (artikel 9), samt taxeringsprinciper och kostnadsredovisning (artikel 10).

I artikel 7 föreskrivs dessutom att ett minimiutbud av förhyrda förbindelser med harmoniserade tekniska egenskaper skall tillhandahållas. I artikel 7.1 fastslås nämligen att "[m]edlemsstaterna skall säkerställa att respektive teleoperatörer var för sig eller tillsammans tillhandahåller ett minimiutbud av förhyrda förbindelser enligt bilaga 2 för att säkerställa ett harmoniserat utbud av tjänster inom hela gemenskapen". [3]

6. För att uppfylla skyldigheten enligt artikel 2.1 i ONP-direktivet, i vilken, som vi har sett, medlemsstaterna åläggs att anmäla till kommissionen vilka företag de har beviljat speciella eller exklusiva rättigheter, anmälde Förenade kungariket mer än 120 operatörer av kabelnät. Dessa operatörer innehade redan den i de relevanta nationella bestämmelserna föreskrivna licens [4] som berättigade dem att tillhandahålla allmänna teletjänster i Förenade kungariket och som betecknade dem som "koncessionärer för allmänna teletjänster". Bland dessa återfinns British Telecommunications plc, sökande i målet inför den nationella domstolen (nedan kallat BT eller sökanden), Mercury Communications Ltd (nedan kallat Mercury) samt City of Kingston Communications (Hull) plc (nedan kallat Kingston).

7. Direktivet om förhyrda förbindelser införlivades i den brittiska rättsordningen genom Telecommunications (Leased Lines) Regulations 1993 [5], som medförde vissa ändringar av villkoren i de licenser som hade beviljats de tre koncessionärerna ovan, det vill säga BT, Mercury samt Kingston.

Sammanfattningsvis ålades genom ändringarna i fråga ovannämnda operatörer samtliga eller vissa skyldigheter enligt artikel 3—10 i

3 — I bilaga 2 återges i sin tur de typer av förbindelser och tekniska egenskaper för dessa som skall tillhandahållas "så snart som möjligt, och senast den dag då detta direktiv träder i kraft".

4 — Telecommunications Act 1984, se vidare om denna i punkt 9 nedan.

5 — S. I. 1993, nr 2330.

direktivet om förhyrda förbindelser. [6] Närmare bestämt ålades endast BT skyldigheten att tillhandahålla ett minimiutbud av förhyrda förbindelser enligt artikel 7 i direktivet medan samma skyldighet ålades Kingston avseende det territorium inom vilket detta företag bedrev sin verksamhet. Övriga koncessionärer för allmänna teletjänster på den brittiska marknaden ålades däremot inga skyldigheter av sådan art.

Det brittiska regelverket

8. Jag anser det vara lämpligt att inledningsvis uppehålla mig, om än kort, vid särdragen i de brittiska bestämmelserna som reglerar telekommunikationssektorn. Som bekant har den marknaden de senaste åren, genom inhemska nationalekonomiska beslut och före gemenskapsreglernas tidsplan, uppnått en synnerligen hög avregleringsnivå. Det brittiska systemet är nämligen, för att återge ett påstående från den hänskjutande domstolen, "det ojämförligt liberalaste inom Europeiska gemenskapen och ett av de liberalaste i världen".

9. Avregleringsprocessen inom sektorn inleddes år 1984, då monopolet på drift av telekommunikationssystem avskaffades genom British Telecommunications Act 1984 (nedan kallad 1984 års lag). Monopolet hade dittills innehafts av ett offentligrättsligt företag som även det hette British Telecommunications.

Genom 1984 års lag ombildades sökanden till aktiebolag, varvid samtliga rättigheter och skyldigheter som innehades av den tidigare monopolinnehavaren överfördes till det bolaget. Dessutom inrättades det system som nu är i kraft och enligt vilket den som ämnar tillhandahålla ett telekommunikationssystem i Förenade konungariket måste erhålla en licens i vilken det skall ges en uttömmande beskrivning av de verksamheter vars utövande skall beviljas.

10. Med tillämpning av de nya bestämmelserna beviljades BT i juni 1984 en licens för 25 år. Genom licensen tillåts sökanden, som betecknas som en "koncessionär för allmänna teletjänster", att driva allmänna telekommunikationssystem inom hela Förenade kungariket, med undantag för det område där Kingston är koncessionär.

BT är närmare bestämt skyldigt att tillhandahålla taltelefonitjänster till alla som begär sådana till en taxa som inte nödvändigtvis garanterar att kostnaderna täcks. Dessutom är sökanden den enda av licenstagarna vars

6 — I enlighet med det förfarande som fastslås i artikel 13 i direktivet om förhyrda förbindelser har Förenade kungariket begärt uppskov från ett antal av skyldigheterna enligt direktivet för en begränsad tid. Begäran, som kommissionen inte hade uttalat sig om vid tiden för beslutet om hänskjutande, gällde närmare bestämt undantag från skyldigheten enligt artikel 10 avseende Mercury, liksom ett partiellt undantag från skyldigheten enligt artikel 7 avseende BT och Kingston.

taxesättning är reglerad ("price cap"). Slutligen bör understrykas att staten löpande, till juli månad 1993, sålde ut de aktier den ägde i BT.

11. Den betydande öppningen av marknaden som möjliggjordes genom 1984 års lag om telekommunikationer ledde till att mer än 600 licenser för olika verksamheter inom sektorn beviljades och att mer än 120 sådana koncessionärer för allmänna teletjänster som nämnts ovan godkändes. Dessa kan i allmänhet ges tillstånd att för att utöva sin verksamhet köpa exproprierad mark, att få tillträde till mark för att göra undersökningar samt att förhandla om markköp på villkor som fastslås i 1984 års lag.

Innehållet i de olika koncessionärernas licenser är emellertid avsevärt varierande. Inom det specifika området signalöverföring med användning av fasta förbindelser (det vill säga utan rörliga terminaler) hade den brittiska regeringen inledningsvis, trots öppningen av marknaden, endast beviljat sökanden (samt Kingston, om än begränsat till dettas verksamhetsområde) och Mercury — som närmare bestämt gavs tillstånd att koppla upp sig på sökandens nät — nödvändiga licenser. På det sättet inledde den brittiska regeringen den så kallade tvåpartspolitiken inom området fasta förbindelser.

12. I början av 1990-talet övergavs tvåpartspolitiken till förmån för en mer uttalad konkurrenspolitik även inom det området, åtminstone i fråga om förbindelser inom det brittiska territoriet.

Sedan år 1991 bedöms enligt riktlinjer från den nationella tillsynsmyndigheten samtliga licensansökningar från privata företag som avser kommunikation via fasta förbindelser och som uppfyller objektiva och klara kriterier, mot bakgrund av en allmän presumtion som garanterar att de bifalls, såvida det inte föreligger befogade skäl att avslå en ansökan. [7] Öppningen av marknaden omfattar emellertid inte området internationell kommunikation, där BT och Mercury kvarstår som enda koncessionärer.

13. Att ett så komplicerat system kan fungera — där det samtidigt förekommer ett stort antal operatörer som, om än under iakttagande av såväl detaljerade som olika villkor, har rätt att utrusta sig med egen infrastruktur — garanteras av skyldigheten att tillåta sammankoppling av nät. Detta gör det möjligt för en viss operatörs kunder att få tillgång till

7 — Den nya politiken i fråga om beviljande av licenser inom området fasta förbindelser som inleddes år 1991 har lett till att ett stort antal ansökningar har inlämnats. Enligt uppgift från den nationella domstolen, som avser perioden mars 1991—juni 1994, framgår det att vid den senare tidpunkten hade 45 ansökningar av 86 bifallits, 33 hade ännu inte avgjorts, 6 hade tagits tillbaka och endast 2 hade fått avslag på objektiva grunder.

de nät som drivs av andra koncessionärer och således, i slutändan att kommunicera med kunder som begagnar sig av de tjänster som dessa tillhandahåller.

Även vad beträffar internationell kommunikation, vilken som nämnts endast tillåts via BT: s och Mercurys nät, kan övriga koncessionärer begagna sig av möjligheten till sammankoppling med dessa nät, vilket gör det möjligt för dem att erbjuda sina kunder internationella samtal även utan att förfoga över den nödvändiga infrastrukturen.

14. Den nästan fullständiga öppningen av marknaden som har genomförts under den tid och på det sätt som har beskrivits ovan förefaller åtminstone hittills inte ha åtföljts av en lika betydande ökning av konkurrensen inom området i fråga. Av handlingarna i målet framgår det nämligen entydigt att BT på det hela taget kvarstår som den ojämförligt viktigaste aktören med avseende på omsättning och andel av telekommunikationsmarknaden.

Enligt uppgifter från den brittiska regeringen framgår det exempelvis att BT inom det specifika området förhyrda förbindelser innehade ungefär 800 000 förhyrda förbindelser över hela territoriet, medan Mercury innehade ungefär 9 100 och övriga koncessionärer tillsammans ungefär 300. [8]

Bakgrunden och tolkningsfrågorna

15. BT har med anledning av de nationella genomförandebestämmelserna för direktivet om förhyrda förbindelser väckt talan inför den hänskjutande domstolen, och yrkat på att de, vilket förtydligas i beslutet om hänskjutande, skall "upphävas eller ogiltigförklaras". Sökanden har likaledes begärt skadestånd för den skada den anser sig ha lidit till följd av det felaktiga införlivandet av direktivet och, i andra hand, ifrågasatt direktivets giltighet.

Kingston och Mercury har båda intervenerat i målet inför den nationella domstolen. Det förra i syfte att stödja sökandens argument i sin helhet, det senare endast delvis.

16. Argumenten och slutsatserna kan nedan endast sammanfattas i korthet. Eftersom varken BT eller något annat företag inom sektorn längre är innehavare av exklusiva eller

8 — Dessa uppgifter har ifrågasatts av BT, som anger det korrekta antalet förhyrda förbindelser till 570 000 år 1994. Vad beträffar Kingston är det ostridigt i målet att detta åtnjuter ett faktiskt monopol inom det geografiska område där det bedriver sin verksamhet enligt licensen.

speciella rättigheter enligt direktivet i fråga på grund av att telekommunikationsmarknaden sedan år 1991 är fullständigt avreglerad, anser BT att det inte kan åläggas skyldigheterna enligt artikel 3—10 i direktivet om förhyrda förbindelser, då skyldigheterna enligt direktivet endast skall gälla företag som ännu åtnjuter exklusiva eller speciella rättigheter.

I andra hand har BT anfört att om Förenade kungariket har tillstånd eller är skyldigt att ålägga företaget de omtvistade skyldigheterna, skall dessa till följd av icke-diskrimineringsprincipen åläggas även alla andra företag som genom licens har rätt att verka på marknaden i fråga eller åtminstone de företag som faktiskt är verksamma på denna.

För det fall medlemsstaterna enligt direktivet om förhyrda förbindelser skulle anses ha rätt att införliva detsamma på sådant sätt att skyldigheterna endast åläggs en av marknadens aktörer, är direktivet enligt BT ogiltigt, eftersom det strider mot icke-diskrimineringsprincipen.

17. Sökanden hävdar dessutom att direktivet i vilket fall som helst är ogiltigt, eftersom det strider mot proportionalitetsprincipen i den del som det i direktivet föreskrivs en skyldighet att tillhandahålla en viss typ av förbindelser (2 048 kbit/s), för vilka det i Förenade kungariket varken finns en faktisk eller potentiell efterfrågan.

18. Slutligen yrkar BT att domstolen skall ålägga Förenade kungariket att ersätta den skada som företaget anser sig ha lidit till följd av det påstått felaktiga införlivandet av direktivet om förhyrda förbindelser.

19. Den nationella domstolen har till följd därav vilandeförklarat målet och ställt domstolen följande tolkningsfrågor:

"1) a) Skall rådets direktiv 90/387/EEG och 92/44/EEG tolkas så, att medlemsstaterna enligt dessa tillåts eller förpliktas att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 3—10 i direktiv 92/44/EEG genom att endast de offentliga eller privata organisationer ('företag') som avses i artikel 2.1 i rådets direktiv 92/44/EEG, det vill säga de som av medlemsstaten har tillerkänts 'speciella eller exklusiva rättigheter' med avseende på tillhandahållande av förhyrda förbindelser åläggs att uppfylla vissa villkor?

b) För det fall fråga 1 a besvaras nekande, i vilka fall skall då en medlemsstat tillåtas eller förpliktas att uppfylla ovan nämnda skyldigheter genom att ålägga ett företag som inte innehar sådana 'speciella eller exklusiva rättigheter' att uppfylla vissa villkor?

2) a) Tillåts en medlemsstat att i enlighet med artikel 92/44/EEG behandla ett företag som innehavare av 'speciella eller exklusiva rättigheter' enligt direktiv 90/387/EEG om

i) det i en medlemsstat utgör ett brott att tillhandahålla en telestruktur utan licens som har utfärdats av en behörig myndighet i den staten,

ii) den uttalade politiken i den berörda medlemsstaten består i att samtliga licensansökningar för tillhandahållande av tjänsten i fråga skall bedömas mot bakgrund av tillämplig nationell rätt och enligt en allmän presumtion att den behöriga myndigheten skall utfärda licensen om det inte föreligger särskilda skäl för avslag och det antalet licenser är obegränsat,

iii) ett stort antal företag (däribland sökanden samt intervenienterna i föreliggande tvist) faktiskt tillhandahåller förhyrda förbindelser enligt villkoren i sådana licenser?

b) Om de i punkt a ovan angivna faktorerna inte är avgörande för att besvara frågan, vilka är då de relevanta kriterierna?

3) Med hänsyn tagen till svaret på frågorna 1 och/eller 2:

a) Skall direktiv 92/44/EEG tolkas så, att en medlemsstat tillåts att välja att helt eller delvis avstå från att ålägga ett företag de skyldigheter som föreskrivs i artikel 3—10 i samma direktiv om företaget

i) har tillstånd från medlemsstaten att tillhandahålla förhyrda förbindelser men för tillfället inte gör det

ii) tillhandahåller tjänsten i fråga?

b) Om frågorna i punkt a i och/eller a ii besvaras jakande, under vilka omständigheter och enligt vilka kriterier skall då direktiv 92/44/EEG tolkas så, att en medlemsstat tillåts att avstå från att ålägga företag som de ovannämnda skyldigheterna i fråga?

c) Närmare bestämt,

i) skall direktivet tolkas så, att en medlemsstat tillåts att avstå från att ålägga sagda skyldighet med anledning av att ett företags faktiska tillhandahållande av förhyrda förbindelser enligt medlemsstaten är av obetydlig omfattning (de minimis)?

ii) Om frågan besvaras jakande, hur skall då 'de minimis-undantaget' definieras? Skall, närmare bestämt, en medlemsstat kunna begränsa sin bedömning till att avse situationen på marknaden vid den tidpunkt då direktivet införlivades eller skall även den eventuella utvecklingen av marknaden beaktas?

iii) Skall principerna om icke-diskriminering och rättssäkerhet anses medföra att en 'de minimis-nivå', om en sådan tillåts, uttryckligen skall anges i direktivets nationella genomförandebestämmelser?

4) Skall, med hänsyn tagen till svaret på frågorna 1 och/eller 2, direktiv 92/44/EEG och i synnerhet artikel 7.1 i detta tolkas så, att en medlemsstat tillåts eller förpliktas att ålägga endast två företag skyldigheten att tillhandahålla ett minimiutbud av förhyrda förbindelser enligt bilaga 2 samtidigt som den inte ålägger andra företag, som likaledes har tillstånd att tillhandahålla tjänsten i fråga, samma skyldighet?

5) Skall, om någondera av punkterna i fråga 3 eller 4 besvaras jakande, direktiv 92/44/EEG då anses ogiltigt av den anledningen att det bland annat strider mot icke-diskrimineringsprincipen?

6) Skall direktiv 92/44/EEG, närmare bestämt artikel 7.1 i detta i förening med bilaga 2, anses vara ogiltigt av den anledningen att det strider mot proportionalitetsprincipen genom att det i direktivet föreskrivs att det i varje medlemsstat skall tillhandahållas förbindelser av typen 2 048 kbit/s för förhyrning med de egenskaper som anges i nämnda bilaga?

7) a) Skall en medlemsstat erlägga skadestånd till ett företag för skada som detta har lidit med anledning av

i) att skyldigheterna enligt artikel 3—10 i direktiv 92/44/EEG, eller någon av dessa skyldigheter, felaktigt har ålagts företaget,

ii) att direktivet har genomförts på ett sätt som strider mot principen om likabehandling,

iii) att skyldigheterna i fråga har ålagts under omständigheter som är sådana att bestämmelserna i direktivet är ogiltiga med anledning av att de strider mot principen om likabehandling och/eller mot proportionalitetsprincipen?

b) För det fall att fråga 7 a i, ii eller iii besvaras jakande på någondera eller samtliga punkter, vilka är då villkoren för skadeståndsskyldigheten i fråga?"

20. Innan jag går in på tolkningsfrågorna i sak måste först ett allmänt påpekande göras.

Det är redan vid en första genomläsning av direktivet om förhyrda förbindelser uppenbart att syftet med detta är att reglera tillgången till näten inom det berörda området med avseende på den situation som rådde i flertalet medlemsstater när direktivet antogs, det vill säga en situation då marknaden fortfarande kännetecknades av företag som åtnjöt exklusiva eller speciella rättigheter i fråga om infrastruktur. Det är däremot även uppenbart att de egenskaper som utmärker en nästan fullständigt avreglerad marknad som den brittiska inte beaktas.

21. Även lydelsen av vissa av övervägandena i ingressen till direktivet tyder på detta. Exempelvis hänvisas i det tredje övervägandet till bestämmelserna i kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaden för teletjänster [9], i vilken det föreskrivs att "medlemsstater som upprätthåller exklusiva eller speciella rättigheter för att tillhandahålla och driva allmänt tillgängliga telenät [skall] vidta de åtgärder som behövs för att göra de villkor som styr tillgång till och användning av nätet objektiva och icke-diskriminerande samt offentliggöra dem".

I det elfte övervägandet föreskrivs vidare att "medlemsstater som vidmakthåller exklusiva eller speciella rättigheter för tillhandahållandet och driften av allmänt tillgängliga telenät [skall] säkerställa att de som begär förhyrda förbindelser kan erhålla dessa inom rimlig tid".

22. Dessa uttalanden utgör en bekräftelse, om nu en sådan skulle behövas, på att direktivet i fråga inte är ämnat att ha någon inverkan på medlemsstaternas beviljande av

9 — EGT nr L 192, s. 10.

exklusiva eller speciella rättigheter för tillhandahållande och drift av allmänt tillgängliga telenät. Om sådana rättigheter föreligger, syftar direktivet tvärtom till att tillrättalägga de snedvridningar av konkurrensen som dessa skulle kunna medföra.

23. I ett memorandum av den 23 juni 1994, där kommissionen berörde nödvändigheten av att ändra kriterierna i fråga om tillämpningen av ONP-direktivet i syfte att beakta den gradvisa avreglering av telestrukturen som åläggs genom gemenskapsdirektiven, har institutionen hävdat följande:

"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] [Begreppet speciella och exklusiva rättigheter har hittills använts som det grundläggande kriteriet för tillämpningen av ONP-villkor. Med beaktande av det förestående upphävandet av speciella och exklusiva rättigheter måste frågan om vilka organisationer som skall omfattas av ONP omvärderas.]

24. Gemenskapslagstiftaren har påpekat att direktivet om förhyrda förbindelser inte lämpar sig för att reglera (redan) avreglerade marknader, eller marknader som snart kommer att avregleras, inom telekommunikationssektorn. [11] Den 4 januari 1996 lade kommissionen inför parlamentet och rådet fram ett förslag till ändring av rådets direktiv 90/387/EEG och 92/44/EEG för att anpassa dessa till en konkurrensutsatt miljö på telekommunikationsområdet [12] (nedan kallat ändringsförslaget), vars viktigaste avsnitt kommer att analyseras nedan.

25. Faktum kvarstår att även om Förenade kungariket och övriga medlemsstater enligt den nuvarande versionen av direktivet om förhyrda förbindelser åläggs att uppnå vissa resultat i fråga om harmonisering, är direktivet avfattat på ett sådant sätt att vissa bestämmelser som avser tillvägagångssättet för att uppnå målsättningarna måste medföra uppenbara tillämpningssvårigheter med hänsyn till situationen i Förenade kungariket.

Eftersom det rör sig om en undantagssituation och regleringen i fråga huvudsakligen är av tillfällig natur, följer det av det ovan sagda att även om Förenade kungariket även i fortsättningen är skyldigt att verka för de i direktivet föreskrivna målsättningarna i fråga om harmonisering, måste denna stat kunna förfoga över det utrymme för skönsmässig bedömning som är nödvändigt för att den skall kunna uppfylla målsättningarna på det sätt som bäst överensstämmer med de särdrag på den nationella marknaden som inte beaktas i direktivet.

Närmare bestämt skall det undersökas, även mot bakgrund av de ändringar som lagts

10 — Memorandum on future approach to Open Network Provision, ONP Committee, den 23 juni 1994 (ONCOM94— 29), s. 3.

11 — Se exempelvis rådets resolution av den 22 december 1994 om principer och tidsplan för liberalisering av telekommunikationsinfrastruktur (EGT nr C 379, s. 4).

12 — EGT nr C 62, s. 3.

fram i ändringsförslaget, vilka konsekvenser som kan följa för de olika momenten i tolkningsfrågorna av frånvaron av överensstämmelse mellan direktivet om förhyrda förbindelser och den avvikande situationen på den brittiska marknaden.

Den första frågan

26. Genom den första tolkningsfrågan vill den nationella domstolen närmare bestämt att domstolen skall uttala sig om huruvida de föreskrivna skyldigheterna kan eller måste åläggas endast de företag som åtnjuter speciella eller exklusiva rättigheter, och som därför kan definieras som "teleorganisationer" enligt direktiven i fråga, för att en medlemsstat skall anses uppfylla föreskrifterna i artikel 3—10 i direktivet om förhyrda förbindelser.

Jag vill påminna om att det i artikel 3—10 i direktivet om förhyrda förbindelser föreskrivs ett antal skyldigheter som medlemsstaterna har att ålägga dem som driver allmänt tillgängliga telenät för att tillgången till och användningen av förhyrda förbindelser som erbjuds användarna skall vara fri och effektiv.

27. Svaret på den första frågan förefaller uppenbart och den nationella domstolen tycks själv ta det för givet. Enligt direktivets nuvarande lydelse avser skyldigheterna i fråga teleorganisationerna. Om det nämligen förhåller sig så, att det inte i alla de bestämmelser som avses anges vem medlemsstaten skall ålägga respektive skyldighet, [13] förhåller det sig även så, att i de fall avnämarna för skyldigheten väl anges i regeln, anges det uttryckligen att dessa utgörs av de teleorganisationer som är verksamma i medlemsstaterna. [14]

Det går inte att bortse från detta faktum. Det förefaller mig vara obestridligt att de skyldigheter som uttrycks i artikel 3—10 i direktivet om förhyrda förbindelser måste anses hänföra sig till teleorganisationerna, såsom dessa definieras i direktivet i fråga och i ONP-direktivet, det vill säga samtliga de offentliga eller privata organisationer som staten har beviljat exklusiva eller speciella rättigheter för tillhandahållande och drift av det allmänna nätet eller för att tillhandahålla allmänna tillgängliga teletjänster.

28. I syfte att anpassa direktivet om förhyrda förbindelser till en konkurrensutsatt situation föreskrivs i stället i artikel 2 i det ovan nämnda ändringsförslaget att begreppet "teleoperatörer" skall ersättas med "organi-

13 — Se exempelvis artiklarna 3 och 4.

14 — Den vanligaste formuleringen i bestämmelserna i fråga är nämligen följande: "Medlemsstaterna skall säkerställa att teleoperatören (deras teleoperatörer) ..." (se exempelvis artikel 6.4 tredje stycket, den redan nämnda artikel 7.1 samt artikel 10.2).

sationer som utsetts i enlighet med artikel 11.1a" i hela direktivtexten.

I den ändrade versionen av sistnämnda artikel föreskrivs i förslaget att en mekanism skall inrättas enligt vilken "[d]en nationella tillsynsmyndigheten skall till kommissionen anmäla namnen på de organisationer som tillhandahåller förhyrda förbindelser enligt kraven i detta direktiv". På det sättet föreslås således i förslaget, enligt min åsikt med rätta, att skyldigheterna enligt direktivet åläggs vissa organisationer som anges av de behöriga nationella myndigheterna och som tillhandahåller tjänsten inom respektive område, oavsett om de åtnjuter exklusiva eller speciella rättigheter eller inte.

29. Faktum kvarstår att bestämmelserna enligt artikel 3—10 i sin nuvarande lydelse, och således de däri angivna skyldigheterna, måste anses hänföra sig till teleorganisationer.

Om detta är obestridligt, blir problemet således att fastställa vilka företag som omfattas av skyldigheterna, om den marknad som avses inte längre karakteriseras av företag som åtnjuter exklusiva eller speciella rättigheter i fråga om infrastrukturen, utan av ett flertal företag som verkar inom ett system med fri konkurrens. Det är just detta som den nationella domstolen vill ha klarlagt genom sin andra, sin tredje och sin fjärde fråga.

Den andra frågan

30. Genom den andra tolkningsfrågan vill den nationella domstolen för det första ha klarhet i om *samtliga* koncessionärer för allmänna teletjänster som är verksamma på den marknaden, med beaktande av den särpräglade situationen på den brittiska telekommunikationsmarknaden, skall eller kan anses utgöra teleorganisationer, det vill säga om de skall anses åtnjuta exklusiva eller speciella rättigheter enligt direktivet i fråga.

Den nationella domstolen begär närmare bestämt att domstolen skall fastslå om samtliga företag som är verksamma på marknaden för allmänt tillgängliga teletjänster i en medlemsstat med stöd av en obligatorisk licens som utfärdas av behöriga myndigheter enligt riktlinjer som innebär att varje ansökan bifalls, om inte särskilda skäl för avslag föreligger just på grund av detta förfarande, kan anses åtnjuta speciella eller exklusiva rättigheter enligt ONP-direktivet eller direktivet om förhyrda förbindelser.

31. Till stöd för sin ståndpunkt, enligt vilken ingen i Förenade kungariket etablerad koncessionär för allmänna teletjänster längre

åtnjuter speciella (och än mindre exklusiva) rättigheter enligt direktiven i fråga, har BT hävdat att tillträde till den verksamhet som består i att driva telekommunikationssystem på det hela taget är fritt och att skyldigheten att erhålla en licens inte utgör en avgörande omständighet för att motsatsen skall kunna hävdas.

Det föreligger ett flertal sinsemellan olika verksamheter av kommersiell natur vars utövande i nästan samtliga medlemsstater förutsätter innehav av en licens. Enligt BT är det felaktigt och i strid med det relevanta gemenskapsbegreppets anda att anse att varje licensinnehavare åtnjuter speciella rättigheter (i än högre grad gäller detta exklusiva rättigheter) för att utöva verksamheten i fråga, av den enda anledningen att företaget med positivt resultat har genomgått en formalitet av administrativ karaktär.

32. Jag anser att argumentet är grundat.

Inledningsvis föreligger ett faktum som avser bestämmelsens lydelse. Enligt artikel 2.1 i direktivet om förhyrda förbindelser och artikel 2.2 i ONP-direktivet avses, med avseende på tillämpningen av direktivet om förhyrda förbindelser, med speciella eller exklusiva rättigheter sådana rättigheter som beviljas av en medlemsstat eller en offentlig myndighet till en eller flera offentliga eller privata organisationer genom något legalt, författningsenligt eller administrativt instrument som för dem reserverar rätten att tillhandahålla en tjänst eller utöva en verksamhet.

33. Gemenskapsbegreppet exklusiva och speciella rättigheter, i synnerhet med avseende på speciella rättigheter inom telekommunikationssektorn, har nyligen förtydligats av kommissionen i direktiv 94/46/EG [15], som antagits till följd av domstolens dom av den 17 november 1992 i målet Spanien mot kommissionen [16].

Även om begreppet exklusiva eller speciella rättigheter i ONP-direktivet formellt sett inte har ändrats genom direktivet i fråga, eftersom direktivet uttryckligen endast hänför sig till direktiv 90/388/EEG, som var föremål för domstolens ovannämnda dom, utgör det icke desto mindre en användbar referenspunkt för att tolka begreppets definition.

34. I artikel 2 a ii i direktiv 94/46/EG förtydligas att speciella rättigheter utgörs av sådana rättigheter som en medlemsstat beviljar ett begränsat antal företag genom något

15 — Kommissionens direktiv 94/46/EG av den 13 oktober 1994 om ändring av direktiv 88/301/EEG och direktiv 90/388/EEG med avseende särskilt på satellitkommunikation (EGT nr L 268, s. 15).

16 — Förenade målen C-271/90, C-281/90 och C-289/90 (Rec. s. I-5833). Samtidigt som domstolen i den domen bekräftade att direktiv 90/388/EEG var giltigt, ogiltigförklarade den direktivet i den del det avsåg de särskilda rättigheterna, eftersom det varken ur artikeln eller motiveringen till åtgärden tydligt framgick vilka typer av rättigheter som faktiskt avsågs eller av vilken anledning förekomsten av sådana rättigheter ansågs strida mot fördraget.

legalt, författningsenligt eller administrativt instrument som, inom ett bestämt geografiskt område,

"— begränsar antalet företag som har rätt att tillhandahålla en tjänst eller utöva verksamhet till två eller flera efter andra kriterier än *objektiva, proportionerliga eller icke diskriminerande kriterier*, eller

— ger flera konkurrerande företag rätt att tillhandahålla en tjänst eller utöva verksamhet *efter andra kriterier än dem som nämns ovan*, eller

— ger ett eller flera företag legala eller författningsenliga fördelar som i väsentlig grad påverkar andra företags möjligheter att tillhandahålla samma teletjänst eller utöva samma verksamhet inom samma geografiska område på i huvudsak motsvarande villkor, *efter andra kriterier än ovanstående*." [17]

17 — Min kursivering.

35. Även mot bakgrund av de fakta som med stor detaljrikedom har lagts fram i beslutet om hänskjutande, och som därför heller inte kan ifrågasättas här, går det inte att nå en annan slutsats än den som förfäktas av sökanden, nämligen att de många koncessionärer för allmänna teletjänster som har tillstånd att tillhandahålla allmänt tillgängliga teletjänster inte kan anses åtnjuta exklusiva eller speciella rättigheter endast av den anledningen att de är skyldiga att ansöka om att erhålla en licens.

36. I artikel 2 i direktiv 90/388/EEG om konkurrens på marknaderna för teletjänster (nämnt ovan) ges ett bevis för att skyldigheten att inom det av gemenskapslagstiftaren avsedda systemet ansöka om licens för att utöva en viss verksamhet inom telekommunikationsområdet inte gör det möjligt att dra slutsatsen eller presumera att licensinnehavaren har tilldelats exklusiva eller speciella rättigheter.

Efter det att det i den bestämmelsen fastslagits att "medlemsstaterna [skall] upphäva alla exklusiva eller speciella rättigheter för tillhandahållande av andra teletjänster än telefoni" klargörs nämligen i stycke 2 att "[v]arje medlemsstat som kräver en licensiering eller en deklarationsprocedur för tillhandahållandet av sådana tjänster, avsedd att säkerställa överensstämmelse med de väsentliga kraven, skall säkerställa att villkoren för beviljandet av licenser är objektiva, icke diskriminerande och ger möjlighet till insyn". Upphävandet av de exklusiva eller speciella rättigheterna inom ett särskilt område kvarstår således

som en målsättning som är fullständigt förenlig med bevarandet av skyldigheten att i förväg erhålla en licens eller ett tillstånd för att utöva en verksamhet inom det området.

37. Jag anser inte att omständigheten att licenser som utfärdats i Förenade kungariket för drift av allmänt tillgängliga teletjänster i enlighet med 1984 års lag i flertalet fall även åtföljs av ett antal särskilda befogenheter, om än på olika villkor och inom olika tidsfrister, är av sådan natur att den påverkar problemställningen. Som antytts består befogenheterna i en rätt för koncessionärerna att få tillgång till och köpa mark för att installera infrastruktur samt att utplacera nätutrustning över eller under allmän väg, eller på privat mark med ägarens tillstånd (från detta kan bortses endast efter ett domstolsbeslut).

Emellertid är det tydligt att dessa rättigheter är oundgängliga för att den verksamhet som varje koncessionär har rätt att utföra enligt sin licens skall kunna utföras. Detta faktum är enligt min uppfattning inte tillräckligt för att hävda att de berörda åtnjuter exklusiva eller speciella rättigheter enligt direktivet om förhyrda förbindelser.

38. Därtill skall tilläggas att enligt den behöriga myndighetens uttalade riktlinjer från år 1991 kan den undersökning som görs av licensansökningarna före beviljandet i teorin leda till att ansökningarna avslås endast om särskilda skäl föreligger. Dessutom är antalet licenser som kan utfärdas av de behöriga myndigheterna obegränsat.

39. Den andra frågan skall således besvaras så, att företag som är verksamma på marknaden för allmänt tillgängliga teletjänster i en medlemsstat inte skall anses åtnjuta sådana exklusiva eller speciella rättigheter som avses i direktivet om förhyrda förbindelser av den anledningen att de utför sin verksamhet med stöd av en obligatorisk licens i vilken de tilldelas särskilda befogenheter och som utfärdas efter att ansökan har bedömts i sak enligt tillämpliga nationella bestämmelser och enligt en presumtion som innebär att ansökan skall bifallas om inte särskilda skäl för avslag föreligger.

Den tredje och den fjärde frågan

40. Genom den tredje och den fjärde frågan, som utgör det centrala problemet i detta förfarande, vill den nationella domstolen ha klarhet i om de brittiska genomförandebestämmelserna avseende direktivet om förhyrda förbindelser är förenliga med detta eller inte, eftersom enligt dessa bestämmelser endast tre av de många företag som är verksamma på marknaden i fråga åläggs samtliga eller vissa av de skyldigheter som återfinns i artikel 3—10 i direktivet.

Den hänskjutande domstolen frågar nämligen domstolen om en medlemsstat enligt direktivet tillåts ålägga endast vissa av de teleorganisationer som verkar på dess territorium sagda skyldigheter och i så fall på vilka villkor. Närmare bestämt frågar den om denna möjlighet kan anses motiverad av att ett företags faktiska tillhandahållande av förhyrda förbindelser enligt en medlemsstat är av obetydlig omfattning. Dessutom frågar den nationella domstolen om en medlemsstat, om frågan besvaras jakande, kan begränsa sin bedömning av situationen på marknaden till att avse den tidpunkt då direktivet införlivades eller om även den eventuella utvecklingen av marknaden skall beaktas, eventuellt genom att föreskriva att en "de minimis-nivå" uttryckligen anges i direktivets genomförandebestämmelse.

41. Den fjärde frågan hänför sig närmare bestämt till artikel 7 och avser problemet med försörjningsplikt (allmän service). Den nationella domstolen frågar om bestämmelsen skall tolkas så, att medlemsstaterna tillåts ålägga endast två av de talrika företag som har tillstånd att tillhandahålla tjänsten i fråga på den marknad som avses skyldigheten att tillhandahålla ett minimiutbud av förhyrda förbindelser.

Med anledning av att fråga tre och fyra i princip har samma innebörd, anser jag det vara lämpligt att behandla dem samtidigt.

42. Sökanden har hävdat att skyldigheterna enligt artikel 3—10 i direktivet om förhyrda förbindelser, inklusive skyldigheten att tillhandahålla ett minimiutbud av förhyrda förbindelser, med hänsyn till icke-diskrimineringsprincipen borde fördelas proportionellt på samtliga företag som är verksamma på marknaden i fråga.

Den brittiska regeringen har däremot med stöd av den franska regeringen och kommissionen gjort gällande att medlemsstaterna förfogar över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning när de avgör vilket eller vilka av de företag som är verksamma på det nationella territoriet som skall åläggas skyldigheterna i fråga. Den brittiska myndigheten har således haft rätt då den ålade endast BT, och delvis även Mercury och Kingston, sagda skyldigheter på grund av det första företagets obestridda dominerande ställning på marknaden i fråga, det andra företagets betydande styrka på marknaden och det faktiska monopol som det tredje åtnjuter inom det geografiska område där det är verksamt.

43. Som antytts vill jag påpeka att svaret på frågorna måste anses bero på den ovannämnda omständigheten att de brittiska koncessionärerna för allmänna teletjänster inte är teleorganisationer enligt direktivet om förhyrda förbindelser i dess nuvarande lydelse.

44. Det åligger medlemsstaterna, som antytts, att enligt artikel 3—10 (med undantag för artikel 7) i direktivet om förhyrda förbindelser säkerställa att deras teleorganisationer tillhandahåller förhyrda förbindelser i enlighet med vissa villkor och krav. I allmänhet föreskrivs i bestämmelserna skyldigheter i fråga om offentliggörande av och tillgång till teknisk och ekonomisk information om de erbjudna förbindelserna, om teknisk tillgång till förbindelserna samt om avtalsvillkor för utbudet (upphörande av utbudet, beställnings-och debiteringsförfaranden, kostnadsorienterade taxor etc.).

45. Dessa överväganden leder mig till att dra slutsatsen att när en marknad är avreglerad, som den brittiska, behöver det inte vara nödvändigt att samtliga företag som verkar på marknaden åläggs dessa skyldigheter, medan det däremot kan visa sig vara lämpligt att skyldigheterna åläggs endast de organisationer som av ovan angivna skäl åtnjuter en ställning som i praktiken är så gynnad att de kan påverka marknaden negativt, exempelvis genom att hindra tillgång till det allmänna nätet.

Vid en närmare anblick rör det sig om skyldigheter som har ett existensberättigande i situationer där marknaden utmärks av förekomsten av ett rättsligt skyddat monopol eller oligopol. I en sådan situation finns nämligen ett verkligt behov av att säkerställa förekomsten av korrigeringsmekanismer i syfte att förhindra att dessa organisationer utnyttjar sin gynnade ställning för att påverka marknaden negativt. På en avreglerad marknad kan det däremot visa sig att det endast är nödvändigt att skyldigheterna iakttas av de organisationer som av historiska orsaker fortfarande åtnjuter en särskilt stark ställning på marknaden och som av den anledningen är i stånd att lägga fram sitt anbud på villkor som inte beaktar konkurrensen från mindre företag med en svagare ställning på marknaden. Om det inom en viss marknad förekommer en situation med verklig jämvikt i konkurrensen, saknar nämligen åläggandet av sådana skyldigheter existensberättigande, när allt kommer omkring, eftersom vart och ett av de krav vars uppfyllande skyldigheterna är avsedda att skydda skulle garanteras med automatik genom den fria konkurrensen.

Direktivet om förhyrda förbindelser är avsett att förhindra just sådan snedvridning av konkurrensen. För att den nationelle lagstiftaren i en medlemsstat där det inte längre finns exklusiva eller speciella rättigheter i fråga om infrastrukturen skall kunna införliva direktivet på ett korrekt sätt räcker det enligt min åsikt med att sagda resultat uppnås. Detta kan ske genom att de skyldigheter som avser anbudsvillkor åläggs endast de organisationer som genom sin starka ställning på marknaden skulle kunna hindra användarnas eller konkurrenternas tillgång till det allmänna nätet.

46. Att dessa argument är välgrundade bekräftas entydigt av ändringsförslaget av den 6 mars 1996. I artikel 2.2 i detta föreskrivs att medlemsstaterna skall säkerställa "att det överallt i deras territorium finns minst en organisation som omfattas av föreskrifterna i detta direktiv" och att "skyldigheter enligt detta direktiv inte åläggs organisationer som inte åtnjuter betydande marknadsmakt".

I överensstämmelse med att exklusiva eller speciella rättigheter i fråga om infrastruktur upphävs genom ett antal andra gemenskapsbestämmelser tillåts således uttryckligen i den föreslagna regleringen att skyldigheterna enligt artikel 3—10 i direktivet om förhyrda förbindelser åläggs endast vissa av de olika organisationer som är verksamma inom området i fråga, under förutsättning att de utses på grund av sin styrka på marknaden.

47. I artikel 7, enligt vilken medlemsstaterna, som antytts, åläggs att säkerställa att deras teleorganisationer var för sig eller tillsammans tillhandahåller ett minimiutbud av förhyrda förbindelser för att harmonisera utbudet i hela gemenskapen, uttrycks frågan på liknande sätt.

Frågan om allmän service är betydelsefull framför allt genom att den på ett övergripande sätt understryker behovet av att förlika två krav som gemenskapslagstiftaren, genom olika bestämmelser från fall till fall, har velat ge lika stor betydelse: dels avregleringen av de marknader som avser kommersiella allmänna tjänster (telekommunikationer, men som bekant även elenergi, vatten, gas, posttjänster), dels att tjänster tillhandahålls effektivt till varje användare som ansöker därom.

Allmän service innebär nämligen att det företag som har i uppdrag att säkerställa att tjänsten tillhandahålls skall tillgodose efterfrågan oavsett om kostnaderna kan täckas. På en avreglerad marknad där skyldigheten att tillhandahålla en tjänst inte längre utgör en motprestation för en exklusiv eller särskild rättighet som ett eller ett fåtal särskilda företag åtnjuter, finns det en risk för att skyldigheten i fråga på ett alltför betungande, oberättigat eller helt enkelt diskriminerande sätt drabbar det företag (eller de företag) som skyldigheten åligger. Om det på en redan avreglerad marknad förekommer en faktisk monopolinnehavare eller ett eller flera företag som dominerar marknaden, skulle det däremot kunna vara inkonsekvent att fördela skyldigheten på samtliga operatörer, eftersom bördan skulle komma att läggas även på sådana som inte åtnjuter en tillräckligt stark position på marknaden.

48. Även i detta fall framgår det tydligt att gemenskapslagstiftaren då direktivet om förhyrda förbindelser utarbetades hade i åtanke situationen på marknader som fortfarande karakteriserades av exklusiva eller speciella rättigheter i fråga om infrastruktur.

Med beaktande av det fortlöpande och stegvisa (om än med olika tidsfrister och villkor) upphävandet av speciella och exklusiva rättigheter i nästan samtliga ovannämnda områden har gemenskapslagstiftaren visat sig lyhörd för nödvändigheten att med stöd av objektiva och funktionella kriterier som beaktar ekonomiska och tekniska krav avgöra vilka företag som skall åläggas att erbjuda allmän service.

49. Som vi har sett föreskrivs för det första i ändringsförslaget att skyldigheten att garantera allmän service inom området förhyrda förbindelser åläggs åtminstone en av de organisationer som är verksamma i var och en av medlemsstaterna och som har identifierats och utvalts huvudsakligen på grund av sin styrka på marknaden.

I kommissionens direktiv 96/19/EG, som nyligen har antagits för att genomföra full konkurrens på telekommunikationsmarknaderna [18], föreskrivs att medlemsstaterna skall meddela kommissionen vilka åtgärder de avser att vidta för att säkerställa att allmän service erbjuds. Kommissionen har därvid till uppgift att kontrollera möjligheten till insyn i åtgärderna samt att dessa är proportionella.

Dessutom regleras ämnet i detalj genom förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om sammankoppling inom telekommunikationssektorn, som lades fram av kommissionen den 31 augusti 1995 och som just syftar till att säkerställa att allmän service erbjuds, förutom driftskompatibilitet mellan nät. [19] I förslaget föreskrivs nämligen att skyldigheten skall åläggas de teleorganisationer "vilka har avsevärd marknadsmakt" på grund av funktionella mekanismer som syftar till att, där så erfordras, säkerställa en rättvis fördelning av bördan av att tillhandahålla en sådan tjänst. Ansvaret för detta åligger behöriga nationella myndigheter och gemenskapsmyndigheter (artiklarna 4 och 5).

50. För det andra föreskrivs helt enkelt i den nuvarande versionen av artikel 7 i direktivet om förhyrda förbindelser att varje medlemsstat skall garantera att en tjänst inom det berörda området skall tillhandahållas varje tänkbar användare som ansöker därom. I bestämmelsen föreskrivs ingenting annat, i dess nuvarande lydelse.

Mot denna bakgrund förefaller det mig vara rimligt att påstå, än en gång i linje med utvecklingen av gemenskapsbestämmelserna på området, att det för att föreskriften i fråga skall iakttas räcker med att lagstiftaren i en medlemsstat vars telekommunikationsmarknad redan är avreglerad ålägger åtminstone en av de teleorganisationer som är verksamma inom dess territorium skyldigheten i fråga.

51. Sammanfattningsvis skall artikel 3—10 i direktivet om förhyrda förbindelser tolkas så, att medlemsstater vars telekommunikationsmarknad — särskilt området förhyrda förbindelser — inte längre karakteriseras av exklusiva eller speciella rättigheter i fråga om infrastruktur skall ålägga åtminstone en av de organisationer som genom licens har tillstånd att verka inom sagda område skyldigheten att erbjuda allmän service. Övriga skyldigheter (som föreskrivs i artiklarna 3, 4, 5, 6, 8, 9 och 10) skall åläggas åtminstone en av dessa

18 — Kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996 om ändring av direktiv 90/388/EEG med avseende på genomförandet av full konkurrens på marknaden för teletjänster.

19 — KOM(95) 379 slutlig (EGT nr C 313, s. 7).

organisationer när det är påkallat av faktiska omständigheter som gör det nödvändigt att reglera organisationens verksamhet på marknaden i fråga.

Den femte frågan

52. Med beaktande av de svar jag har föreslagit på den tredje och den fjärde frågan framstår det som självklart hur domstolen bör besvara den nationella domstolens femte fråga om huruvida direktivet om förhyrda förbindelser skall anses ogiltigt med anledning av det påstådda åsidosättandet av principen om icke-diskriminering.

Det är nämligen uppenbart att i den mån medlemsstaterna i direktivet alls inte åläggs skyldigheten att införliva detta på ett sätt som strider mot principen om icke-diskriminering, kan direktivets giltighet i det hänseendet inte ifrågasättas. För övrigt hade frågan om dess giltighet eventuellt kunnat diskuteras med avseende på de nationella genomförandebestämmelserna. Även detta framstår emellertid som uteslutet med anledning av det ovan sagda.

Den sjätte frågan

53. Genom sin sjätte fråga begär den nationella domstolen att domstolen skall uttala sig om huruvida direktivet om förhyrda förbindelser är giltigt, eftersom direktivet enligt sökandena strider mot proportionalitetsprincipen i den mån det i direktivet föreskrivs en skyldighet att tillhandahålla en viss typ av förbindelser (2 048 kbit/s), för vilka det i Förenade kungariket varken finns en faktisk eller potentiell efterfrågan.

Som antytts anges typen av förbindelser i fråga uttryckligen i förteckningen i bilaga 2 till direktivet. I denna föreskrivs tekniska egenskaper för de förbindelser vars tillhandahållande medlemsstaterna skall säkerställa i enlighet med den ett flertal gånger nämnda artikel 7 "för att säkerställa ett harmoniserat utbud av tjänster inom hela gemenskapen".

54. Kravet på att de förhyrda förbindelserna som erbjuds i de olika medlemsstaterna skall uppvisa vissa harmoniserade tekniska egenskaper anges uttryckligen i det tolfte övervägandet, i vilket följande föreskrivs: "För att i tillräcklig utsträckning göra förhyrda förbindelser tillgängliga för användare för eget bruk, för delad användning eller för tillhandahållande av tjänster till tredje part är det nödvändigt att medlemsstaterna säkerställer att ett harmoniserat utbud av förhyrda förbindelser med definierade nätanslutningspunkter görs tillgängligt i alla medlemsstater både för kommunikation inom en medlemsstat och mellan medlemsstater ..."

Det är således uppenbart att direktivet genom harmoniseringen av tekniska egenskaper även syftar till att avveckla sådana hinder för gränsöverskridande handel som är av teknisk art och som beror på de olika lagstiftningarna i medlemsstaterna.

Tyskland och Italien. Detta bekräftar slutgiltigt att de invändningar som rör direktivets giltighet är ogrundade i det avseendet.

Den sjunde frågan

55. Skyldigheten att säkerställa att de i bilaga 2 angivna förbindelserna görs tillgängliga utgör således en föreskrift som är nödvändig för att genomföra den harmonisering som avses i direktivet. Medlemsstaterna kan således inte bortse från denna skyldighet utan att därigenom även åsidosätta själva syftet med direktivet.

56. Den nationella domstolen förhör sig genom sin sjunde fråga hos domstolen om hur statens skadeståndsskyldighet skall bedömas mot bakgrund av den brittiske lagstiftarens påstått felaktiga införlivande av direktivet om förhyrda förbindelser.

Att det i en medlemsstat inte föreligger någon efterfrågan på en viss typ av förbindelse är för övrigt utan tvekan fullständigt irrelevant för själva syftet med skyldigheten för medlemsstaten att säkerställa att förbindelsen i fråga görs tillgänglig åtminstone avseende gränsöverskridande tjänster.

Med beaktande av de svar jag har föreslagit på föregående frågor, och för det fall domstolen antar mina förslag, förefaller det mig vara uppenbart att frågan om den berörda statens ansvar inte är aktuell i föreliggande fall, eftersom den har införlivat direktivet på ett sätt som inte är oförenligt med direktivets syften och som således, sammanfattningsvis, är korrekt.

Det skulle kunna förhålla sig annorlunda om det gick att bevisa att det för typen av förbindelse i fråga inte finns någon som helst efterfrågan på gemenskapsmarknaden. Enligt kommissionens uppgifter, som har fått stå oemotsagda, föreligger en efterfrågan för den typen av förbindelser åtminstone i Frankrike,

57. För det fall domstolen däremot skulle komma fram till en annan lösning på problemet, aktualiseras ånyo frågan om en medlemsstats ansvar och skadeståndsskyldighet gentemot enskilda som har lidit skada av att gemenskapsrätten har åsidosatts, särskilt i det

fall då bestämmelserna i ett direktiv har införlivats felaktigt, om än i rätt tid, i den nationella rättsordningen.

58. Det problemet har behandlats och utvecklats utförligt i förslaget till avgörande i målen Brasserie du pêcheur och Factortame III [20], målet Dillenkofer m. fl. [21] samt, närmare bestämt, målet British Telecommunications plc [22], som jag lade fram den 28 november 1995, och som jag anser det lämpligt att hänvisa till för ytterligare fördjupning i frågan.

I sin dom av den 5 mars 1996 i målet Brasserie du pêcheur och Factortame III förklarade domstolen bland annat att "[d]å en medlemsstat har överträtt gemenskapsrätten och detta kan tillskrivas den nationella lagstiftaren som handlar inom ett område där denna för att göra normativa val förfogar över ett stort handlingsutrymme, har enskilda som lidit skada rätt till skadestånd om den gemenskapsrättsliga regel som har överträtts har till syfte att ge enskilda rättigheter och överträdelsen är tillräckligt klar samt det finns ett direkt orsakssamband mellan denna överträdelse och den skada som de enskilda har lidit" [23].

Denna rättspraxis bekräftades nyligen i en dom av den 26 mars 1996, British Telecommunications plc, som gällde ett fall av felaktigt införlivande av ett direktiv i ett fall liknande det föreliggande. [24]

59. Utan att dröja vid frågan om de övriga ovan angivna villkoren är uppfyllda kan det i föreliggande fall räcka att konstatera att den brittiske lagstiftarens införlivande alls inte kan sägas utgöra ett sådant uppenbart och allvarligt åsidosättande av bestämmelserna i det omtvistade direktivet som avses i domstolens rättspraxis. [25]

Det förefaller mig i detta avseende vara av avgörande betydelse att den ett flertal gånger påpekade omständigheten att direktivet i fråga, som syftar till att säkerställa harmoniseringen av leveransvillkoren för förhyrda förbindelser, med all tydlighet framstår som utformat på ett sådant sätt att det medför en lämplig reglering av situationen på en marknad som karakteriseras av närvaron av en, eller ett begränsat antal, organisationer som åtnjuter exklusiva eller speciella rättigheter i fråga om telestruktur, medan inget sägs om de egenskaper som är typiska för en marknad som, likt den brittiska, redan var avreglerad när direktivet antogs.

20 — Förslag till avgörande i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, REG s. I-1029.

21 — Förslag till avgörande i de förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94, REG s. I-4845.

22 — Förslag till avgörande i mål C-392/93, REG s. I-1631.

23 — Dom i målet Brasserie du pêcheur och Factortame III (REG s. I-1029, domslutet).

24 — Dom i målet British Telecommunications plc (REG s. I-1631, särskilt punkt 42)

25 — Se ovannämnda dom i målet Brasserie du pêcheur och Factortame III, särskilt punkt 55-64.

Förslag till avgörande

60. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag således att domstolen besvarar de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt på följande sätt:

1) Artikel 2.1 i direktiv 92/44/EEG samt artikel 2.1 och 2.2 i direktiv 90/387/EEG skall tolkas så, att medlemsstaterna åläggs att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 3—10 i direktiv 92/44/EEG genom att se till att vissa villkor åläggs sådana teleorganisationer som avses i artikel 2.1 i direktiv 90/387/EEG, det vill säga de offentliga eller privata organisationer till vilka en medlemsstat har givit speciella eller exklusiva rättigheter för tillhandahållande av allmänt tillgängliga telenät och, där så är tillämpligt, allmänt tillgängliga teletjänster.

2) Artikel 2.1 i direktiv 92/44/EEG samt artikel 2.1 och 2.2 i direktiv 90/387/EEG skall tolkas så, att med avseende på tillämpningen av direktiv 92/44/EEG skall de talrika företag som är verksamma på marknaden för allmänt tillgängliga teletjänster i en medlemsstat inte anses åtnjuta sådana exklusiva eller speciella rättigheter som avses i direktiv 90/387/EEG, av den anledningen att de utför sin verksamhet med stöd av en obligatorisk licens genom vilken de tilldelas särskilda befogenheter och som utfärdas av den behöriga myndigheten efter att ansökan har bedömts i sak enligt tillämpliga nationella bestämmelser som inte begränsar antalet licenser och enligt en presumtion som innebär att ansökan skall bifallas om inte särskilda skäl för avslag föreligger.

3) Artikel 3—10 i direktiv 92/44/EEG skall tolkas så, att en medlemsstat i vilken de företag som har tillstånd att verka inom området förhyrda förbindelser inte åtnjuter exklusiva eller speciella rättigheter i fråga om infrastruktur skall ålägga

åtminstone ett av dessa företag skyldigheten att erbjuda allmän service, samtidigt som den skall ålägga åtminstone ett av dessa företag övriga skyldigheter när det är påkallat av omständigheterna i det enskilda fallet.

4) Av undersökningen av direktiv 92/44/EEG har inte framkommit faktorer som kan anses påverka dess giltighet.

5) I fallet föreligger inte förutsättningar för att ålägga den berörda medlemsstaten att ersätta de skador som de enskilda anser sig ha lidit med anledning av det påstått felaktiga införlivandet av direktiv 92/44/EEG.