FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN
fremsat den 16. oktober 1991 *

Indhold

A — Sagens bagrund ..... I - 590

1. Ydelse af kurérservice i Nederlandene ..... I - 590

2. Den anfægtede beslutning ..... I - 592

B — Formaliteten i sag C-66/90 ..... I - 593

C — Gennemgang af de »formelle« anbringender, der er anført til støtte for påstanden om annullation af beslutningen ..... I - 593

1. Misbrug af kompetencen i henhold til artikel 90, stk. 3 ..... I - 594

2. Tilsidesættelse af retten til kontradiktion ..... I - 599

3. Argumenter vedrørende den anfægtede beslutnings begrundelse ..... I - 604

a) Den i beslutningen anvendte terminologi og berigtigelserne ..... I - 604

b) Er der tale om manglende indsigt i de pågældende bestemmelser og tjenesteydelser? ..... I - 607

c) Savner beslutningen faktisk grundlag? ..... I - 608

d) Beslutningens konklusion ..... I - 611

D — Gennemgang af de materielle anbringender ..... I - 614

1. Manglende virksomhedsadfærd ..... I - 614

2. Intet misbrug af en dominerende stilling ..... I - 619

a) Udvidelse af en dominerende stilling ..... I - 619

b) Påtvingelse af urimelige priser og vilkår; begrænsning af udbuddet ..... I - 622

c) Konklusion ..... I - 623

3. Anvendelse af artikel 90, stk. 2 ..... I - 624

E — Sammenfatning og konklusion ..... I - 626

* Originalsprog: nederlandsk.

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Den nederlandske regering, Koninklijke PTT Nederland NV og PTT Post BV (jeg vil i det følgende benævne de to sidstnævnte parter »PTT« eller »PTT Post BV«) har anlagt sag ved Domstolen med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 20. december 1989 om ydelse af kurérservice i Nederlandene[1] (herefter benævnt »den anfægtede beslutning«). I denne beslutning, der er rettet til Nederlandene, fastslås det, at bestemmelserne i artikel 2 og 12 i den nederlandske lov af 26. oktober 1988 om ændring af lovgivningen om postbesørgelse (herefter benævnt »postloven af 1988«)[2] i forbindelse med bestemmelserne i bekendtgørelsen af 19. december 1988, som forbeholder postvæsenet retten til at yde kurérservice med indsamling, befordring og omdeling af breve på højst 500 g til en pris på under 11,90 HFL for forsendelser til andre EF-lande og en pris på 17,50 HFL for forsendelser til lande uden for EF, og de bestemmelser om, at alle takster forinden skal registreres, som er indeholdt i bekendtgørelsen af 12. maj 1989[3], er uforenelige med EØF-Traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med samme Traktats artikel 86 (se beslutningens artikel 1).

Ved kendelse af 4. juni 1991 har Domstolen i henhold til statuttens artikel 47, stk. 1, oversendt sag C-66/90 til Retten i Første Instans. Retten i Første Instans har dernæst ved kendelse af 21. juni 1991 i henhold til statuttens artikel 47, stk. 3, sidste pkt., erklæret sig inkompetent, da sagerne C-48/90 og C-66/90 begge vedrører annullation af samme retsakt. Domstolen har nu forenet de to sager, og jeg skal da også behandle dem sammen i ét forslag til afgørelse.

A — Sagens baggrund

1. *Ydelse af kurérservice i Nederlandene*

2. Før postloven af 1988 trådte i kraft, havde den (daværende) statslige virksomhed PTT i henhold til postloven af 1954 lovbestemt monopol på befordring af breve til og med 500 g. PTT's tjenestegrene udførte denne befordring (indsamling, sortering og befordring, omdeling) traditionelt på standardiseret måde. I slutningen af 1960'erne blev det imidlertid klart, at der var efterspørgsel efter befordringsydelser med større værditilvækst, nærmere bestemt efter befordring, som forløber hurtigere og mere individualiseret. Et voksende antal private kurérservicevirksomheder søgte at opfylde denne efterspørgsel; PTT syntes på sin side — hvilket parterne er enige om — ikke rede til eller ikke i stand til at levere sådanne tjenesteydelser. Den efterspørgsel, som de private kurérservicevirksomheder søgte at efterkomme, vedrørte først og fremmest befordring af vigtige og/eller hastende dokumenter. For så vidt der herved var tale om breve under 500 g, handlede disse virksomheder efter ordlyden af postloven af 1954 i strid med statsvirksomheden PTT's postmonopol. Såvel de nederlandske myndigheder som statsvirksomheden PTT selv tog

1 — EFT 1990 L 10, s. 47.
2 — *Staatsblad*, 1988, nr. 522.
3 — Regeling registratie koeriersdiensten, *Staatscourant*, 1989, nr. 109.

dog — og også herom er parterne enige — få eller ingen skridt mod denne kurérvirksomhed. Ganske vist blev der — sporadisk — grebet ind over for private by-posttjenester. Parterne har afgivet divergerende forklaringer om denne indgriben: Den nederlandske regering fastholder, at denne indgriben var et led i en politik, der gik ud på under den tidligere lovgivning kun at tillade kurérservice »i ordets egentlige betydning«, dvs. service, der består i at transportere et dokument helt individuelt, direkte fra afsender til modtager, uden sortering på et centralt sted og altså også uden befordring sammen med andre dokumenter[4]. Kommissionen har derimod forklaret denne indgriben mod private by-posttjenester med den omstændighed, at disse virksomheder udøvede en service, som ikke eller næppe gik ud over almindelig postbefordring. Uanset hvorledes det forholder sig, står det fast, at efterspørgslen efter hurtig og individualiseret befordring af breve tiltog stærkt, og at private kurérservicevirksomheder kunne opfylde denne efterspørgsel, uden at der fra myndighedernes side blev opstillet restriktioner for deres virksomhed. De oplevede da også en bemærkelsesværdig vækst.

3. Med postloven af 1988 er kortene imidlertid blevet fordelt på ny. Den bekræfter udtrykkeligt monopolet for befordring af postforsendelse på højst 500 g på, fra og til nederlandsk område (herunder også De Nederlandske Antiller og Aruba): Denne service må kun udføres af indehaveren af den af staten givne enekoncession, dvs. PTT Post BV[5]. Krænkelser af denne koncession er nu strafbare i henhold til den nye postlovs artikel 17. Der gøres dog en undtagelse fra dette principielle monopol[6]: Andre end koncessionshaveren kan indsamle, befordre og omdele breve på højst 500 g, når de opfylder tre kumulative betingelser: i) De skal for breve, som befordres i Nederlandene eller fra Nederlandene til udlandet eller fra udlandet til Nederlandene, yde en service, som ligger væsentligt over niveauet for den tjenesteydelse, som koncessionshaveren tilbyder enhver i landet inden for den normale fremskyndede befordring (dvs. eksprespostbefordring), med hensyn til hurtigheden i ankomst, garantien derfor og muligheden for at lokalisere forsendelsen under befordringen (denne betingelse vil jeg herefter benævne »kvalitetsbetingelsen«); ii) de skal udføre denne service til en takst, som ikke er lavere end en af myndighederne fastsat mindstetakst, nemlig 11,90 HFL for befordring i Nederlandene og til andre af Fællesskabets medlemsstater og 17,50 HFL for international befordring til lande uden for Fællesskabet (herefter benævnt »mindsteprisordningen«), og iii) de skal forinden være registreret og årligt oplyse deres takster og leveringsbetingelser (herefter benævnt »registreringsbetingelsen«)[7]. I den anfægtede beslutning er Kommissionen gået ud fra (jeg vil senere komme ind på spørgsmålet om rigtigheden af denne forudsætning), at disse tre kumulative betingelser ikke finder anvendelse på PTT Post BV, såfremt denne virksomhed ligeledes skulle begynde at udføre kurérvirksomhed — hvad

4 — Med hensyn til definitionen af kurérservice »i egentlig forstand«, se bl.a. PTT's replik i sag C-66/90, afsnit 50.

5 — Se postloven af 1988, artikel 2, sammenholdt med artikel 12, stk. 1.

6 — Se postloven af 1988, artikel 12, stk. 2.

7 — Forpligtelsen til årligt at give oplysning om de anvendte takster pålægges i »Regeling registratie Koeriersdiensten« af 12.5.1989, *Staatscourant*, 1989, nr. 109.

den også faktisk har gjort siden den 1. juni 1990.

Under den administrative procedure og for Domstolen har den nederlandske regering anført, at disse tre betingelser er nødvendige for at sikre kvalitet og kontinuitet i den befordring, som PTT Post BV har pligt til at udføre, og som er mere vidtgående end enekoncessionen. PTT Post BV er nemlig forpligtet til at befordre breve og pakker indtil 10 kg og af bestemte dimensioner i hele landet (enten på normal måde eller som led i eksprespostbefordring). Den nederlandske regering har fastholdt, at uden de tre betingelser kunne PTT Post BV's enekoncession ikke beskyttes effektivt, således at forstå, at private kurérvirksomheder ville udhule denne koncession ved også at udfolde deres virksomhed med hensyn til rentable bestemmelsessteder (f.eks. i store byer), og således overlade de tabsgivende bestemmelsessteder til PTT (som PTT jo på grund af sin befordringsforpligtelse ikke kan afvise).

2. *Den anfægtede beslutning*

4. Som sagt bliver de i det foregående afsnit skitserede betingelser for at udøve kurérservice i Nederlandene i den anfægtede beslutning erklæret uforenelige med EØF-Traktatens artikel 90, sammenholdt med dens artikel 86[8]. Beslutningen anfægtes i flere henseender, og gennemgangen af de af sagsøgerne anførte anbringender vil give mig lejlighed til at gå nærmere ind på de relevante dele deraf. Herefter vil jeg som indledning til min gennemgang begrænse mig til en generel oversigt over beslutningen.

I den anfægtede beslutning gås der ud fra, at der er to forskellige, men beslægtede markeder: markedet for almindelig postbefordring og markedet for kurérservice[9]. Endvidere hedder det i beslutningen, at PTT Post BV i kraft af eneretten for breve på højst 500 g indtager en dominerende stilling på markedet for almindelig postbefordring[10]. Fordi postloven af 1988 pålægger private kurérvirksomheder tre betingelser for befordring af breve på højst 500 g, men fritager PTT Post BV for disse betingelser, fører den efter Kommissionens opfattelse til misbrug af en dominerende stilling i tre henseender. For det første, fordi mindsteprisordningen har til følge, at en del af markedet for kurérservice forbeholdes PTT Post BV med fare for, at konkurrencen på dette marked helt udelukkes[11]; for det andet, fordi mindsteprisordningen har til følge, at

8 — Ganske vist vedrører uforenelighedserklæringen ifølge den anfægtede beslutnings konklusion kun mindsteprisordningen og registreringsforpligtelsen og ikke kvalitetsbetingelsen, selv om den sidstnævnte betingelse ifølge betragtningerne til beslutningen (se den 14. betragtning) ligeledes er i strid med artikel 90, sammenholdt med artikel 86. Der er åbenbart her tale om en forglemmelse, som ganske vist har følger for de forpligtelser, som følger af den anfægtede beslutning for den nederlandske regering, men som ikke gør nogen forskel for vurderingen af anbringenderne vedrørende beslutningens begrundelse og lovlighed.

9 — Se den tredje betragtning til den anfægtede beslutning.

10 — Se den tiende betragtning til den anfægtede beslutning.

11 — Se den ellevte betragtning til den anfægtede beslutning.

der for kurérservice påtvinges urimelige priser og betingelser [12]; for det tredje, fordi mindsteprisordningen og kvalitetsbetingelsen har til følge, at udbuddet på markedet for kurérservice begrænses [13]. Kommissionen har heraf draget den konklusion, at der er tale om en tilsidesættelse af Traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med dens artikel 86, og den mener endvidere, at denne tilsidesættelse ikke er berettiget i henhold til Traktatens artikel 90, stk. 2, med andre ord, at bevarelsen af den konkurrencesituation, der fandtes på markedet for kurérservice før den nye lovs ikrafttræden, ikke kunne hindre postvæsenet i at opfylde de almennyttige opgaver, det har fået betroet af Nederlandene [14].

B — Formaliteten i sag C-66/90

5. Parterne er enige om, at PTT Post BV, skønt virksomheden ikke er adressat for den anfægtede beslutning, berøres umiddelbart og individuelt af denne beslutning. Kommissionen finder det dog tvivlsomt, om virksomhedens søgsmål kan admitteres, da PTT Post BV selv har anført ikke at have fordele af den lovgivning, som i den anfægtede beslutning erklæres uforenelig med Traktaten [15], således at PTT Post BV ikke skulle have søgsmålsinteresse.

Jeg tror ikke, at Kommissionen har ret på dette punkt. At PTT Post BV ikke skulle have nogen fordel af den nederlandske lovgivning, bestrides netop eftertrykkeligt af Kommissionen; denne hævdede fordel ligger i væsentligt omfang til grund for det i den anfægtede beslutning anførte om, at den nye nederlandske lovgivning fører til misbrug af PTT Post BV's dominerende stilling. Desuden, og navnlig, har PTT Post BV anført, at den anfægtede beslutning (hvori en del af postloven erklæres uforenelig med traktatbestemmelser, der har direkte virkning) stiller private kurérvirksomheder, som til forskel fra PTT Post BV ikke er pålagt en befordringsforpligtelse, i en sådan konkurrencemæssig stilling i forhold til PTT Post BV, at dennes økonomiske ligevægt kan komme i fare og denne ikke længere vil kunne opfylde sin pålagte befordringsforpligtelse. Det kan da heller ikke for alvor bestrides, at PTT Post BV har søgsmålsinteresse.

C — Gennemgang af de »formelle« anbringender, der er anført til støtte for påstanden om annullation af beslutningen

6. De af sagsøgerne påberåbte anbringender er, skønt de ikke altid er struktureret på samme måde, for en stor del ligelydende. Til brug for min gennemgang har jeg da også grupperet dem i to afsnit. I denne del af mit forslag til afgørelse skal jeg gennemgå de »formelle« annullationsanbringender, som står i forbindelse med Kommissionens kompetence til at udstede den anfægtede beslutning (nedenfor, afsnit C, 1), med tilsidesættelse af retten til kontradiktion (nedenfor, afsnit C, 2) og med den anfægtede beslutnings begrundelse (nedenfor, afsnit C, 3). I det følgende afsnit (afsnit D) vil

12 — Se den tolvte betragtning til den anfægtede beslutning.

13 — Se den trettende og fjortende betragtning til den anfægtede beslutning.

14 — Se den sekstende, syttende og attende betragtning til den anfægtede beslutning.

15 — Jeg vil i det følgende (afsnit 28-31) gå nærmere ind på dette punkt, som står i forbindelse med spørgsmålet, om de tre betingelser, hvorpå kurérservice med hensyn til breve på under 500 g må udføres, finder anvendelse på PTT Post BV (se ovenfor, afsnit 3).

jeg undersøge spørgsmålet om den anfægtede beslutnings materielle lovlighed.

Da jeg ved min gennemgang af afsnit C, 1, og C, 2, kommer til det resultat, at Kommissionen ganske vist har kompetence til at udstede beslutninger i henhold til Traktatens artikel 90, stk. 3, men at Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke har udøvet denne kompetence under den krævede overholdelse af retten til kontradiktion, foretager jeg kun min gennemgang i afsnit C, 3, og D subsidiært for det tilfælde, at Domstolen ikke skulle dele min opfattelse i forbindelse med de i afsnit C, 1, og C, 2, behandlede punkter.

1. *Misbrug af kompetencen i henhold til artikel 90, stk. 3*

7. Ifølge sagsøgerne har Kommissionen med den anfægtede beslutning misbrugt sin kompetence i henhold til Traktatens artikel 90, stk. 3. De har nemlig anført, at når Kommissionen vil gribe ind over for medlemsstaternes formodede traktatbrud, skal den følge proceduren i henhold til EØF-Traktatens artikel 169, undtagen når EØF-Traktaten udtrykkeligt gør en undtagelse derfra, som f.eks. i artikel 93, stk. 2, artikel 100 A, stk. 4, og artikel 225. Med andre ord, med den anfægtede beslutning skal Kommissionen have fordrejet den kompetence til at udstede beslutninger, som artikel 90, stk. 3, udtrykkeligt giver den, bort fra dens formål for — med den nederlandske regerings ord — at udøve repressiv kontrol af en medlemsstat (i dette tilfælde Nederlandene). Anvendelse af den »normale« procedure i henhold til artikel 169 ville ifølge sagsøgerne have været desto mere nærliggende, fordi den anfægtede beslutning vedrører lovgivning i formel forstand. En beslutning i henhold til artikel 90, stk. 3, har nemlig umiddelbar retsvirkning, og et søgsmål til prøvelse af en sådan beslutning har ikke opsættende virkning; derimod er der ikke forbundet sådanne drastiske følger med en procedure i henhold til artikel 169; den pågældende lovgivning beholder nemlig sin retsvirkning såvel under den administrative fase som under sagens behandling for Domstolen.

8. Denne argumentation kan ikke overbevise mig. For at begynde med argumentationens anden del vedrørende den umiddelbare *retsvirkning og de drastiske følger*, der er forbundet med en beslutning i henhold til artikel 90, stk. 3, må forskellen i forhold til en procedure i henhold til artikel 169 relativeres. Sidstnævnte procedure fører i påkommende tilfælde til en dom afsagt af Domstolen, som ikke kan anfægtes, fordi den ikke kan appelleres (se artikel 171). En indgriben fra Kommissionens side i henhold til artikel 90, stk. 3, har derimod helt andre retsfølger: Den fører til en beslutning, dvs. en bindende, men anfægtelig retsakt. Når den medlemsstat, som beslutningen er rettet til, mener, at denne beslutning er uforenelig med fællesskabsrettens formelle eller materielle regler, kan den nemlig anlægge annullationssøgsmål ved Domstolen i henhold til EØF -Traktatens artikel 173 og om ønsket fremsætte begæring om udsættelse af gennemførelsen af den pågældende retsakt i henhold til Traktatens artikel 185.

Endvidere er det rigtigt, at den kompetence til at udstede beslutninger, som er givet Kommissionen ved artikel 90, stk. 3, muliggør en mere effektiv indgriben end proceduren i henhold til artikel 169: I modsætning til en »begrundet udtalelse« i henhold til artikel 169, stk. 1, har en beslutning i henhold til artikel 90, stk. 3, umiddelbar retsvirkning, selv når der er anlagt annullationssøgsmål til prøvelse af denne (men under forbehold af Domstolens udsættelse af gennemførelsen). Dette er imidlertid den logiske og uundgåelige følge af den kontrolbeføjelse, som er givet Kommissionen i artikel 90, stk. 3, og som gælder på et specifikt område, og af den omstændighed, at denne beføjelse i henhold til artikel 90, stk. 3, bl.a. kan udøves ved beslutninger. I den nyere dom i sag 226/87 [16] har Domstolen udtrykkeligt fastslået, at en beslutning truffet i henhold til artikel 90, stk. 1, hører til den almindelige kategori af direktiver og beslutninger, der er nævnt i artikel 189, og derfor er bindende i alle enkeltheder for den medlemsstat, som den er rettet til. Den nederlandske regerings fortolkning, hvorefter sådanne beslutninger kun kan indeholde »anvisninger«, hvori det forklares medlemsstaterne, hvordan de skal opfatte deres forpligtelser i henhold til artikel 90, stk. 1, er ikke holdbar; det ville nemlig degradere disse beslutninger til ikke-bindende »henstillinger« eller »udtalelser« som omhandlet i artikel 189. Denne argumentation er i øvrigt ikke ny: Også i sag 226/87 [17] og i sag C-202/88 [18] forkastede Domstolen det argument, at Kommissionen i henhold til artikel 90, stk. 3, kun skulle kunne afgive »udtalelser« eller »anvisninger« [19]. (Jeg skal straks komme tilbage til sag C-202/88, som handlede om Kommissionens kompetence til at udstede *direktiver* i henhold til artikel 90, stk. 3).

9. Hvad skal man mene om den nederlandske regerings hovedargument, nemlig at Kommissionen ved at anvende beslutninger i henhold til artikel 90, stk. 3, til at erklære bestemmelser i national ret uforenelige med Traktaten, med andre ord, ifølge den nederlandske regering at gøre »repressiv« brug af sin beslutningskompetence, *misbruger* sin kompetence? Jeg tror ikke, at den nederlandske regering har ret, og jeg mener, at der er stærk støtte herfor i den allerede nævnte sag 226/87 [20]. Sagen vedrørte en procedure i henhold til artikel 169, som Kommissionen havde indledt mod Grækenland, fordi Grækenland ikke havde efterkommet en kommissionsbeslutning i henhold til artikel 90, stk. 3, hvori det blev konstateret, at en græsk lov var uforenelig med Traktatens artikel 52, 54 og artikel 5, stk. 2 og stk. 3, litra f). Den græske regering anfægtede lovligheden af denne beslutning for Domstolen, men Domstolen afviste at behandle denne indsigelse, da den græske regering ikke inden for den i artikel 173 fastsatte frist havde anlagt sag med påstand

16 — Se dom af 30.6.1988, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 3611, præmis 11 og 12.

17 — Citeret i forrige fodnote.

18 — Dom af 19.3.1991, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223.

19 — Se præmis 10, 11 og 12 i dommen i sag 226/87, hvori Domstolen forkaster den græske regerings argumentation om, at en kommissionsbeslutning i henhold til artikel 90, stk. 3, i virkeligheden er en simpel »udtalelse«. Se også præmis 16 i dommen i sag C-202/88, hvori den franske regerings opfattelse gengives, hvorefter artikel 90, stk. 3, kun kan »give Kommissionen mulighed for at anvise medlemsstaterne — når det ikke er åbenbart, hvordan Traktatens bestemmelser skal opfyldes — de foranstaltninger, der skal sættes i værk for at sikre denne opfyldelse«. Dette argument forkastes af Domstolen i dommens præmis 17.

20 — Se ovenfor, note 16, og ledsagende tekst.

om annullation af denne beslutning. Ganske vist havde Grækenland heroverfor anført

»[...] at Domstolen i den foreliggende sag af hensyn til et fundamentalt princip i Fællesskabets retsorden ikke desto mindre, rent undtagelsesvis, bør udøve sin prøvelsesret over for [den pågældende kommissionsbeslutning]. Kommissionen har nemlig ved udstedelsen af beslutningen tilsidesat det grundlæggende princip om kompetencefordeling mellem Fællesskabet og medlemsstaterne, hvorfor beslutningen er helt uden hjemmel i fællesskabsretten« (dommens præmis 15).

Domstolen afslog alligevel at gå ind herpå med den betragtning, at den græske regerings anbringende

»[...] kun kan lægges til grund, hvis den anfægtede retsakt er behæftet med så grove og åbenbare mangler, at den må betragtes som en nullitet (dom af 26.2.1987, sag 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo, Sml. s. 1005). Den Hellenske Republiks argumenter indeholder imidlertid ikke tilstrækkeligt præcise oplysninger til at fastslå, at Kommissionens beslutning må anses for en nullitet. Den Hellenske Republik må imidlertid selv have ment, at [den pågældende kommissionsbeslutning] ikke kan anses for en nullitet, idet den under hele den administrative procedure gav udtryk for sin hensigt til at efterkomme beslutningen« (dommens præmis 16).

Det er min opfattelse, at de grunde til nullitet, som nævnes i det foregående citat, også omfatter Kommissionens manglende kompetence til at udstede en beslutning i henhold til artikel 90, stk. 3. Således har Domstolen stiltiende, men uden tvivl, udtalt, at Kommissionen i henhold til denne bestemmelse har kompetence til i form af en beslutning at fastslå, at en national lov er uforenelig med Traktaten.

10. Alligevel fastholder den nederlandske regering, at dens opfattelse bekræftes af dommen i sag C-202/88 [21]. I denne sag havde den franske regering bestridt, at Kommissionen havde kompetence i henhold til artikel 90, stk. 3, til ved et *direktiv* at fastslå, at nationale lovbestemmelser var uforenelige med Traktaten; efter den franske regerings opfattelse kunne dette kun gøres efter fremgangsmåden i artikel 169. Domstolen forkastede denne opfattelse med følgende betragtninger:

»[...] Traktatens artikel 90, stk. 3, giver Kommissionen hjemmel til generelt at præcisere de forpligtelser, som følger af artiklens stk. 1, ved hjælp af direktiver. Kommissionen anvender denne beføjelse, når den — uden hensyn til den enkelte medlemsstats særlige situation — ønsker at konkretisere de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne i henhold til Traktaten. En sådan beføjelse kan på grund af sit indhold ikke anvendes til at konstatere, at en medlemsstat har tilsidesat en bestemt forpligtelse, som påhviler den i henhold til Traktaten.

Det fremgår af det pågældende direktiv, at Kommissionen har indskrænket sig til generelt at fastlægge de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne i henhold til Traktaten. Direktivet kan derfor ikke fortolkes som

21 — Nævnt ovenfor i note 18.

udtryk for en konstatering af bestemte medlemsstaters konkrete tilsidesættelse af traktatmæssige forpligtelser [...]« (dommens præmis 17 og 18).

Jeg vil knytte to bemærkninger til denne passus. *For det første* vil jeg påpege, at Domstolen kun har udtalt sig om udstedelse af *direktiver*, og at den franske regerings anbringende blev forkastet på grund af det i sagen anfægtede direktivs almengyldige karakter, således at der ikke kunne være tale om en »repressiv« brug af Kommissionens kompetence. Derimod udtaler dommen sig ikke om spørgsmålet, om Kommissionen har kompetence til *ved hjælp af en beslutning* at fastslå, at en bestemmelse i national ret er uforenelig med Traktaten. Man kan således ikke sige, at denne dom støtter den nederlandske regerings argument. I øvrigt kan ovenstående passus fra dommen ikke fortolkes således, at Kommissionen i henhold til artikel 90, stk. 3, kun kan fastslå nationalretlige bestemmelsers uforenelighed med Traktaten ved hjælp af direktiver *på grund af et direktivs almengyldige karakter*: Et direktiv kan nemlig, ligesom en beslutning, være rettet til kun én medlemsstat [22]. Med andre ord, direktivets væsentlige karaktertræk er *ikke* dets almengyldighed, *men netop* den omstændighed, at den pålægger den medlemsstat eller de medlemsstater, som det rettes til, et »tilsigtet mål« og lader dem frit vælge formen og midlerne til at nå dette mål.

For det andet vil jeg nævne, at Domstolen i ovenstående passus definerer rækkevidden af Kommissionens kompetence i henhold til artikel 90, stk. 3, med henvisning til artikel 90, stk. 1; det tilkommer Kommissionen at tydeliggøre henholdsvis konkretisere de forpligtelser, som artikel 90, stk. 1, pålægger medlemsstaterne. Artikel 90, stk. 1, er selv en henvisningsbestemmelse og pålægger medlemsstaterne, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, ikke at træffe foranstaltninger, som er i strid med Traktaten. Jeg kan ikke se, hvorfor de forpligtelser, som følger af Traktaten for en bestemt medlemsstat, ikke kan tydeliggøres ved hjælp af en beslutning, da artikel 90, stk. 3, *udtrykkeligt* giver Kommissionen mulighed for at udøve sin kontrolbeføjelse ved hjælp af beslutninger.

11. Indvendingerne mod anvendelse af en beslutning gælder efter min opfattelse i intet tilfælde, når Kommissionen — som i den her foreliggende beslutning — fastslår, at en bestemmelse i national ret er uforenelig med en traktatbestemmelse med *direkte virkning* som artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86 [23], med andre ord en traktatbe-

22 — Dette fremgår allerede af ordlyden af artikel 189, hvori det bestemmes, at et direktiv, til forskel fra en forordning, som »er almengyldigt« og »gælder umiddelbart i hver medlemsstat«, kun med hensyn til det tilsigtede mål er »bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til«. I teorien er der endog blevet rejst det spørgsmål, om et direktiv *überhaupt* kan være almengyldigt. Se H. Von der Groeben, H. von Boeckh, J. Thiesing og C. D. Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, 1983, s. 562, nr. 39. Rådet og Kommissionen retter i øvrigt regelmæssigt et direktiv til kun én medlemsstat, nemlig når det drejer sig om et særligt problem, som alene opstår i denne medlemsstat. Se f.eks. Rådets direktiv 79/174/EØF af 6.2.1979 om programmet for bekæmpelse af oversvømmelser i Hérault-dalen (EFT L 38, s. 18) (med Frankrig som eneste adressat), Rådets direktiv 81/6/EØF af 1.1.1981 om bemyndigelse af Grækenland til at forelægge og iværksætte nationale planer for fremskyndet udryddelse af brucellose og tuberkulose hos kvæg (EFT L 14, s. 22), og Rådets direktiv 81/1060/EØF af 14.12.1981 om fravigelse til fordel for Kongeriget Nederlandene af direktiv 73/403/EØF om synkronisering af de almindelige folketællinger (EFT L 385, s. 34).

23 — At den ved artikel 90, stk. 1, pålagte forpligtelse, sammenholdt med artikel 86, har direkte virkning, blev allerede bekræftet af Domstolen i dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, præmis 17.

stemmelse, som, uden at det derved er nødvendigt, at en fællesskabsinstitution eller en national myndighed griber ind, giver private rettigheder over for den pågældende medlemsstat, som umiddelbart kan påberåbes. I et sådant tilfælde er en beslutning fra Kommissionen rent konstaterende og på ingen måde konstitutiv, med andre ord, den præciserer en allerede bestående forpligtelse og pålægger ikke en ny. Jeg kan ikke indse, hvordan man i betragtning af ordlyden af artikel 90, stk. 3, kan frakende Kommissionen denne kompetence. Man kan lige så lidt hævde, at en sådan beslutning er af »repressiv« art, da de nationalretlige bestemmelsers uforenelighed ikke følger af beslutningen, men *direkte af den pågældende traktatbestemmelse*[24]. At den pågældende nationale regel er af lovgivningsmæssig art, kan ikke gøre nogen forskel i betragtning af, at de bestemmelser i fællesskabsretten, som har direkte virkning, ligeledes har forrang for nationale lovbestemmelser.

12. Den nederlandske regering anfører endvidere til støtte for sin indskrænkende fortolkning af beslutningskompetencen i artikel 90, stk. 3, at artikel 90, stk. 3, til forskel fra artikel 93, stk. 2 (hvorefter Kommissionen umiddelbart kan indstævne en medlemsstat, som ikke efterkommer en beslutning vedrørende statsstøtte, for Domstolen), ikke gør nogen undtagelse fra Traktatens artikel 169.

Heller ikke dette argument kan lægges til grund. Af den manglende henvisning til artikel 169 i artikel 90, stk. 3, kan der nemlig ikke udledes noget argument for at begrænse *omfanget* af Kommissionens beslutningskompetence i henhold til artikel 90, stk. 3. At der ikke er en sådan henvisning, betyder alene, at Kommissionen, for at sikre *gennemførelsen* af beslutninger eller direktiver udstedt i henhold til artikel 90, stk. 3 — til forskel fra gennemførelsen af beslutninger truffet i henhold til artikel 93, stk. 2 — ikke er berettiget til direkte at indbringe en tilsidesættelse af en af Kommissionen udstedt foranstaltning for Domstolen med udeladelse af den administrative procedure i henhold til artikel 169[25].

13. Tilbage står endnu et sidste argument fra sagsøgernes side: Kommissionen har ifølge sagsøgerne ikke kunnet gøre krav på nogen beslutningskompetence i henhold til artikel 90, stk. 3, idet denne bestemmelse ikke giver den pågældende medlemsstat nogle processuelle garantier. Kommissionen har heroverfor anført, at manglen på skrevne processuelle garantier aldrig kan være afgørende for spørgsmålet, om en artikel i Traktaten kan være hjemmel for en retsakt fra en fællesskabsinstitution (med andre ord for denne fællesskabsinstitutions *kompetence*).

24 — Skønt Domstolen ikke behøver at træffe afgørelse herom i den nu foreliggende sag, forekommer det mig logisk, at Kommissionen i henhold til artikel 90, stk. 3, ligeledes kan pålægge en medlemsstat at bringe en nationalretlig regel i overensstemmelse med en traktatbestemmelse, som ikke har direkte virkning [som f.eks. artikel 3, litra f), og artikel 5 — som i øvrigt blev nævnt i den beslutning, som var genstand for sag 226/87]. Virkningen af en sådan foranstaltning er så *ikke*, at den pågældende nationale regel umiddelbart viser sin bindende virkning, men kun at medlemsstaten forpligtes til at ændre den pågældende regel. Et direktiv rettet til den pågældende medlemsstat synes mest velegnet hertil.

25 — Se også i det følgende, fodnote 27.

I princippet er jeg enig med Kommissionen. Manglen på skrevne garantier ændrer nemlig intet i, at Kommissionen ved sin indgriben er bundet af fællesskabsrettens almindelige principper, hvortil også hører overholdelse af retten til kontradiktion (og navnlig princippet om, at begge parter skal høres), og af princippet om en omhyggelig forvaltning. Domstolen har i øvrigt aldrig tøvet med at pålægge Kommissionen at overholde disse principper, også i mangel af skriftlige bestemmelser — således f.eks. beskyttelse af den fortrolige brevveksling mellem en advokat og hans klient, en ret, som ikke er givet i forordning nr. 17 [26].

Skønt manglen på skrevne processuelle garantier således ikke principielt er til hinder for Kommissionens kompetence, vil jeg dog understrege, at på grund af den i princippet umiddelbare (men ikke uanfægtelige) retsvirkning af de foranstaltninger, som Kommissionen kan træffe, når den fastslår en tilsidesættelse af en traktatbestemmelse, skal den udøve sin kompetence med særlig omsorg for overholdelsen af retten til kontradiktion og af princippet om en omhyggelig forvaltning, og dette gælder afgjort, når dens beslutning (som i dette tilfælde) også umiddelbart og individuelt ændrer (offentlige) virksomheders retsstilling. Dette er så meget desto mere tilfældet, da Kommissionen til støtte for sit krav på en fuld beslutningskompetence i henhold til artikel 90, stk. 3, har henvist til den beslutningskompetence, som den allerede har inden for rammerne af artikel 85 og 86 på den ene side og artikel 92 på den anden side, og i denne forbindelse har anført, at dens kontrolbeføjelse ikke må have nogen lakuner med hensyn til statslige foranstaltninger vedrørende offentlige virksomheder og virksomheder med eksklusive eller særlige rettigheder. Såfremt man, som jeg i princippet gør, accepterer dette argument [27], så må man logisk også acceptere, at Kommissionen ved udøvelsen af denne kompetence er bundet af procedurebestemmelser, som giver mulighed for en ligeværdig overholdelse af retten til kontradiktion. Som led i behandlingen af det følgende anbringende skal jeg drage de nødvendige konsekvenser heraf.

26 — Se dom af 18.5.1982, sag 155/79, AM & S mod Kommissionen, Sml. s. 1575.

2. *Tilsidesættelse af retten til kontradiktion*

14. Begge sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat retten til kontradiktion under den procedure, der gik forud for udstedelsen af den anfægtede beslutning. Ganske vist divergerer deres argumenter i et vist omfang: Den nederlandske regering, som beslutningen var rettet til, har gjort gældende, at den under den administrative procedure blev hørt utilstrækkeligt med hensyn til de klagepunkter, som Kommissionen fremførte mod de nye regler i forbindelse med kurérservice. PTT Post BV, som ikke var adressat for beslutningen, men som nok berøres umiddelbart og individuelt heraf (se ovenfor, punkt 5), har anført, at virksomheden havde en *selvstændig* ret til at blive hørt af Kommissionen med hensyn til disse klagepunkter.

27 — Herved vil jeg ligeledes henvise til, at Kommissionens beslutningskompetence i forbindelse med anvendelse af artikel 85 og 92 er mere vidtrækkende end beslutningskompetencen i henhold til artikel 90, stk. 3, således som denne er inddraget i nærværende sag. I denne sag drejer det sig som nævnt ovenfor (nr. 10) om en beslutning, hvorved det fastslås, at nationale bestemmelser er uforenelige med direkte virkende traktatbestemmelser. I artikel 92, stk. 3, og i artikel 85, stk. 3 (i modsætning til artikel 85, stk. 1, og artikel 86), drejer det sig om beslutninger, hvorved traktatbestemmelser uden direkte virkning anvendes, og som således giver disse traktatbestemmelser direkte virkning med hensyn til visse nationale støtteforanstaltninger, henholdsvis aftaler mellem virksomheder.

Jeg vil først gå ind på *PTT Post BV's* argumentation, som ikke forekommer mig holdbar. Beslutninger i henhold til Traktatens artikel 90 træffes som led i udøvelsen af Kommissionens kontrolbeføjelse *med hensyn til medlemsstaterne* og er rettet mod *medlemsstaternes* foranstaltninger vedrørende offentlige virksomheder eller virksomheder, som indrømmes særlige eller eksklusive rettigheder. Artikel 90 pålægger alene medlemsstaterne forpligtelser, således at de beslutninger, der udstedes i henhold hertil, alene kan præcisere forpligtelser, som påhviler medlemsstaterne, men ikke dem, der ved andre traktatbestemmelser pålægges virksomheder[28]. Ganske vist kan sådanne beslutninger have indvirkning på de nævnte virksomheders materielle interesser, således at de i nogle tilfælde (som det her er tilfældet med PTT Post BV) berøres umiddelbart og individuelt af disse beslutninger. Det sidste betyder dog endnu ikke, at der påhviler Kommissionen en formel forpligtelse til at høre sådanne virksomheder, før den udsteder sin beslutning. Modsætningsvis fremgår det af ordlyden af artikel 93, stk. 1, at Kommissionen faktisk har en forpligtelse til, før den træffer en beslutning vedrørende statsstøtte, at give »de interesserede parter« en frist til at fremsætte deres bemærkninger. Forskellen i processuelle garantier kan efter min opfattelse forklares ved den forskellige karakter af myndighedernes forhold til på den ene side de offentlige virksomheder og de virksomheder, der har eksklusive eller særlige rettigheder, og på den anden side de virksomheder, der modtager statsstøtte. Det må formodes, at de førstnævnte virksomheder i det mindste med henblik på udførelsen af den dem betroede opgave er meget nøje forbundet med staten[29], således at de må forudsættes at være underrettet om en forestående sag og en særskilt høringspligt ikke er nødvendig; for virksomheder, som modtager statsstøtte, er dette ikke nødvendigvis tilfældet.

Ganske vist påhviler der derfor ikke Kommissionen nogen formel høringspligt med hensyn til sådanne virksomheder, men Kommissionen skal tage særligt hensyn til deres interesser ved høringen af den pågældende medlemsstat, og navnlig når Kommissionen er eller bør være klar over, at disse interesser kan berøres umiddelbart og individuelt af den beslutning, der skal træffes. Konkret med hensyn til den foreliggende sag har Kommissionen henvist til, uden at blive modsagt på dette punkt, i) at PTT Post BV var vidende om kontakterne mellem den nederlandske regering og Kommissionens tjenestegrene; ii) at der den 5. oktober 1988 fandt en (uformel) drøftelse sted mellem PTT Post BV's tjenestemænd og Kommissionen om udkastet til en ny postlov, og iii) at Kommissionen den 7. november tilsendte PTT en skrivelse, hvori den drog lovudkastets forenelighed med Traktaten i tvivl og meddelte, at den ville sende en særlig skrivelse til den nederlandske regering for at tydeliggøre sine klagepunkter[30]. PTT havde da også kunnet vælge, uafhængigt af den nederlandske regering, at fremsætte sine egne synspunkter for Kommissio-

28 — Dette bekræftedes udtrykkeligt i dom af 19.3.1991, allerede nævnt i note 18, især præmis 24 og 55, hvori det blev understreget, at artikel 90 kun giver Kommissionen kompetence til overvågning med hensyn til statslige foranstaltninger, og at konkurrencestridig adfærd fra virksomhedernes side på deres eget initiativ kun kan påtales ved hjælp af individuelle beslutninger, truffet i henhold til Traktatens artikel 85 og 86.

29 — For offentlige virksomheder siger dette sig selv; dette gælder også for virksomheder med eksklusive eller særlige rettigheder, som ved artikel 90 sidestilles med offentlige virksomheder, fordi den privilegerede status, som er givet dem af myndighederne (men som hypotetisk også kan tilbagekaldes), gør dem særligt afhængige af myndighederne. Se dom af 6.7.1982, forenede sager 188/80, 189/80 og 190/80, Frankrig, Italien og Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 12.

30 — Det drejer sig her om telexet af 29.11.1988, som jeg straks skal vende tilbage til.

nen, som Kommissionen i så fald faktisk havde måttet tage hensyn til. Men på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin kan man ikke bebrejde Kommissionen, at den ikke på eget initiativ har opfordret PTT til at fremsætte sådanne synspunkter.

15. *Den nederlandske regering* mener, at dens processuelle rettigheder er tilsidesat, fordi Kommissionen har hørt den utilstrækkeligt. Nærmere bestemt gør den gældende, at Kommissionen efter en skrivelse fra regeringen af 16. januar 1989 udstedte beslutningen uden yderligere kontakt; den har anført, at der ikke har været tale om nogen virkelig (mundtlig eller skriftlig) udveksling af synspunkter mellem Kommissionen og den selv. Endvidere anser regeringen det for kritisabelt, at Kommissionen endnu efter at have modtaget dens skrivelse af 16. januar 1989 har haft kontakt med en række kurérorganisationer uden at meddele den konklusionerne af disse drøftelser.

16. Vurderingen af dette anbringende må stå i nøje forbindelse med forløbet af den procedure, som er gået forud for udstedelsen af den anfægtede beslutning. På grundlag af dokumenterne i sagsakterne kan dette forløb skitseres som følger.

Kommissionen har den 5. oktober 1988 haft uformelle drøftelser med repræsentanter for PTT om udkastet til den nye postlov; det er ikke bestridt, at disse drøftelser også handlede om kurérvirksomheders retsstilling i Nederlandene. I tilslutning til disse drøftelser sendte Kommissionen den 7. november 1988 en skrivelse til PTT, hvori den med hensyn til lovudkastets artikel 12, stk. 2 (nærmere bestemt med hensyn til den indførte mindsteprisordning for kurérservice) indtog den holdning, at denne bestemmelse »[synes] at være i strid med EØF-Traktaten« [31]. I denne skrivelse meddelte den også, at den »i en særskilt skrivelse til den nederlandske regering officielt vil meddele sine betænkeligheder med hensyn til disse bestemmelser«. Denne særskilte skrivelse tog form af et telex af 29. november 1988 [32]. I dette telex blev den nederlandske regering underrettet om, at Kommissionens tjenestegrene »på grundlag af en første undersøgelse« var af den opfattelse, at artikel 2 og 12 i udkastet til den nye postlov var uforenelige med EØF-Traktatens artikel 90, sammenholdt med Traktatens artikel 30, 59, 85 og 86, fordi den nye postlov

»[for udførelse af kurérservice vil] stille begrænsende betingelser, som vil stille de pågældende [kurér]virksomheder væsentligt ringere i forhold til PTT's kurérservice (EMS) og forhindre dem i fortsat at udføre visse af deres tjenesteydelser, nemlig dem, for hvilke der blev krævet et vederlag, som var lavere end det ved bekendtgørelse fastsatte minimum.

Betingelsen i artikel 12, stk. 2, litra a), giver ikke de internationale kurérvirksomheder nogen retssikkerhed.

Betingelsen i samme bestemmelses litra b) [33] umuliggør i mange tilfælde priskonkurrence

31 — Se bilag 6 til den nederlandske regerings stævning i sag C-48/90.

32 — Se bilag 3 til den nederlandske regerings stævning i sag C-48/90.

33 — I den endelige udgave af postloven blev mindsteprisordningen anbragt i artikel 12, stk. 2, litra a), nr. 2.

og har samme virkning som en efter traktatretten forbudt prisaftale«.

Endvidere anføres der i telexet en opfattelse med hensyn til den eventuelle anvendelighed af artikel 90, stk. 2: På grundlag af de faktiske oplysninger, der var til rådighed, anførte Kommissionen, at indtægterne fra eksprespostbefordring kun var af underordnet betydning for PTT, og at anvendelse af konkurrencereglerne som følge heraf ikke forhindrer PTT i at udføre de opgaver, der er overdraget det. Telexet afsluttes med en anmodning til den nederlandske regering om at tilkendegive sine synspunkter, og med underretning om, at såfremt de i telexet nævnte omstændigheder skulle blive bekræftet, vil Kommissionen kunne finde anledning til at udstede en beslutning i henhold til artikel 90, stk. 3.

Den nederlandske regering besvarede dette telex ved skrivelse af 16. januar 1989. Efter modtagelse af denne skrivelse førte Kommissionen drøftelser med en række kurérorganisationer om den nederlandske regerings svar og om »de forudselige virkninger af [...] den nye postlovs bestemmelser på de umiddelbart berørte [kurér]virksomheders aktiviteter« [34]. Dernæst blev den anfægtede beslutning udstedt den 20. december 1989 uden yderligere drøftelser med den nederlandske regering.

34 — Se Kommissionens duplik i sag C-48/90, s. 19, afsnit 32.

17. I betragtning af det foregående og nærmere bestemt indholdet af Kommissionens telex og de senere drøftelser mellem Kommissionen og kurérorganisationerne anser jeg den nederlandske regerings anbringende for begrundet.

Efter min opfattelse er Kommissionens telex juridisk for lidt underbygget til at kunne gøre det ud for et dokument, som behørigt oplyser den nederlandske regering om de betragtninger, som til sidst har foranlediget Kommissionen til i den anfægtede beslutning at erklære postloven for uforenelig med fællesskabsretten. I denne forbindelse vil jeg henvise til, at erklæringen om postlovens uforenelighed *i den anfægtede beslutning* udelukkende er baseret på det argument, at postloven er i strid med artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86 (og ikke længere sammenholdt med de i telexet også nævnte artikler 30, 59 og 85). Desuden henvises der i den anfægtede beslutning til den omstændighed, at PTT har en dominerende stilling på markedet for almindelig postbefordring, og at postloven har til følge, i) at denne dominerende stilling udvides til markedet for kurérservice med risiko for, at al konkurrence på dette marked udelukkes, ii) at forbrugere af kurérservice påtvinges urimelige priser og betingelser og iii) at udbuddet på markedet for kurérservice begrænses. Af denne argumentation findes intet spor *i telexet af 29. november 1988.* At udkastet til postloven skulle være i strid med artikel 90, sammenholdt med artikel 86, antydes ganske vist i telexet, men begrundes på ingen måde retligt. Den eneste retlige betragtning i forbindelse med anvendelse af Traktatens konkurrencebestemmelser (nemlig at minimumstaksten »[har] samme virkning som en ifølge Traktaten forbudt prisaftale«) vedrører anvendeligheden af artikel 85 og ikke af artikel 86.

Manglen på nogen argumentation på dette punkt anser jeg for så meget alvorligere, som den anfægtede beslutning (som Kommissionen selv uforbeholdent har erkendt) ikke er en rutinemæssig anvendelse af konkurrencereglerne, men tværtimod er et nyt skridt i anvendelsen af artikel 90, sammenholdt med artikel 86, et skridt, som er baseret på en analog anvendelse af Telemarketing-dommen [35], som end ikke nævnes i telexet. Alt i alt må det således fastslås, at den retlige argumentation, som den anfægtede beslutning beror på, blev udbygget *efter* afsendelsen af det nævnte telex, med andre ord, at der ikke blev givet den nederlandske regering nogen reel mulighed for at tage stilling til denne argumentation. Bemærkningen i begyndelsen af beslutningen, hvorefter der blev givet de nederlandske myndigheder »lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger til de klagepunkter, Kommissionen har fremført med hensyn til artikel 2 og 12 i forslaget til ny postlov«, anser jeg derfor for malplaceret. Det er i øvrigt symptomatisk, at Kommissionen i sin duplik benægter, at den har betegnet telexet af 29. november som en meddelelse af klagepunkter [36] — hvorved den imidlertid undlader at oplyse, i hvilket dokument den så har meddelt sine klagepunkter.

18. Også de drøftelser, der er blevet ført mellem Kommissionen og kurérorganisationerne efter skrivelsen fra den nederlandske regering af 16. januar 1989, giver stof til eftertanke. Kommissionen har selv erkendt, at disse drøftelser bl.a. vedrørte den nye postlovs virkninger på udførelsen af kurérvirksomhed i Nederlandene, og at kurérorganisationerne som led i disse drøftelser fik lejlighed til at fremsætte kommentarer til den nederlandske regerings skrivelse. Under disse omstændigheder kan det ikke for alvor bestrides, at princippet om at høre den anden part forpligtede Kommissionen til *enten* at inddrage den nederlandske regering i disse drøftelser *eller* i det mindste at underrette regeringen om de slutninger, som den drog af disse drøftelser med hensyn til den nye postlovs forenelighed med Traktaten. Mellem datoerne for den nederlandske regerings reaktion på telexet den 29. november 1988 (16.1.1989) og datoen for den anfægtede beslutning (20.12.1989) havde Kommissionen tilstrækkelig tid til en sådan drøftelse. At drøftelsen, som Kommissionen har anført, alene kunne vedrøre dokumenter, der var tilgængelige for offentligheden, gør ingen forskel i denne henseende.

19. Det foregående fører til den konklusion, i) at den nederlandske regerings rettigheder blev tilsidesat i to henseender: ved manglen på en meddelelse, hvori der på tilstrækkelig retligt underbygget måde blev redegjort for Kommissionens klagepunkterne, og ved tilsidesættelse af princippet om at høre den anden part, og ii) at denne tilsidesættelse har berøvet den nederlandske regering muligheden for, under kendskab til sagen, at fremsætte og forsvare sine synspunkter. Jeg mener da også, at der er tale om tilsidesættelse af væsentlige formkrav, således at Kommissionen beslutning af denne grund må annulleres. For det tilfælde, at Domstolen alligevel skulle være af den opfattelse, at Kommissionen har respekteret den nederlandske regerings ret til kontradiktion, skal jeg i det følgende behandle sagsøgernes øvrige anbringender.

35 — Dom af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM mod CLT og IPB, Sml. s. 3261.

36 — Se slutningen af afsnit 32 i dens duplik i sag C-48/90.

3. *Argumenter vedrørende den anfægtede beslutnings begrundelse*

20. De argumenter, som den nederlandske regering og PTT Post BV har fremført som led i dette anbringende, kan samles i fire undergrupper:

i) *Terminologi:* Beslutningen er utilstrækkeligt begrundet eller endog uforståelig, fordi Kommissionen sammenblander væsentlige begreber; »berigtigelserne« af 2. februar 1990 kan ikke afhjælpe dette, fordi de udgør indholdsmæssige ændringer af den anfægtede beslutning.

ii) Beslutningen er *uforståelig*, fordi den ikke er udtryk for den nødvendige indsigt i de pågældende bestemmelser og tjenesteydelser.

iii) Beslutningen savner *faktisk grundlag*, fordi den er baseret på urigtige faktiske oplysninger.

iv) *Konklusionen* er for vid, fordi den ikke har grundlag i betragtningerne til beslutningen; desuden er den for vid, fordi den ikke tydeliggør, hvordan den nederlandske regering skal opfylde sine forpligtelser i henhold til Traktaten.

Ved vurderingen af disse argumenter må man tage udgangspunkt i Domstolens faste praksis, hvorefter den ved Traktatens artikel 190 pålagte forpligtelse til at begrunde en fællesskabsretsakt har til formål dels at give adressaten lejlighed til at vurdere, om afgørelsen er behæftet med fejl, der gør det muligt at anfægte lovligheden, og dels at muliggøre en domstolsprøvelse. Derfor skal begrundelsen fra den institution, som har udstedt retsakten, klart og utvetydigt komme til udtryk, således at de berørte og Domstolen kan forvisse sig om, hvilke grunde der har ført til udstedelsen af retsakten [37].

Min redegørelse i denne forbindelse vil blive lang, fordi de anførte anbringender nødvendiggør en detaljeret undersøgelse, der til tider går helt ud i de finere nuancer. Da dette er sædvanligt, vil jeg til og med afsnit 34 gengive store dele af min redegørelse med små (til tider meget små) bogstaver.

a) Den i beslutningen anvendte terminologi og berigtigelserne

21. Ifølge den nederlandske regering og PTT Post BV er begrundelsen til den anfægtede beslutning uforståelig, fordi den bruger de centrale begreber almindelig postbefordring, eksprespostbefordring og kurérservice på urigtig og/eller tvetydig måde. Efter deres opfattelse fremgår dette først og fremmest, men ikke udelukkende, af den omstændighed, at Kommissionen nogen tid efter udstedelsen af den anfægtede beslutning har offentliggjort en række »berigtigelser« til denne beslutning [38]. Disse »berigtigelser«, som kun blev offentliggjort i den nederlandske udgave af *De Europæiske Fæl-*

37 — Se f.eks. dom af 3.9.1982, sag 108/81, Amylum mod Rådet, Sml. s. 3107, præmis 19, og dom af 14.7.1983, sag 176/82, Nebe mod Kommissionen, Sml. s. 2475, præmis 21.

38 — Berigtigelserne blev offentliggjort i den nederlandske udgave af *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af 2.2.1990, s. 46.

lesskabers Tidende, blev ikke (dette var i øvrigt heller ikke Kommissionens hensigt) udfærdiget i form af en beslutning. Hvis disse berigtigelser derfor (som den nederlandske regering og PTT Post BV hævder) medfører indholdsmæssige ændringer i den anfægtede beslutning, så kan der ikke tages hensyn til disse ændringer ved afgørelsen af spørgsmålet, om beslutningen er korrekt begrundet [39]. Den nederlandske regering har endog udtrykkeligt nedlagt påstand om annullation af disse berigtigelser, fordi der efter dens opfattelse er tale om en ny kommissionsbeslutning, som skal være truffet, uden at de nødvendige formforskrifter herved er blevet overholdt.

22. Jeg må faktisk sige, at sagsøgernes argumentation i forbindelse med berigtigelsernes indholdsmæssige virkning på den anfægtede beslutning i det hele ikke overbeviser mig. Efter min opfattelse må der i dette tilfælde sondres mellem tre slags berigtigelser. En *første* slags berigtigelse består i åbenbar tydeliggørelse eller rettelser af sproglige fejl — dette gælder for de to sidste berigtigelser, navnlig erstatning af udtrykket »artiklerne 2 og 12« [40] med »bestemmelserne i artikel 2 og 12« og rettelsen af »opgelegt« til »opgelegd« — som naturligvis ikke afslører mangler i beslutningens begrundelse.

23. En *anden* slags berigtigelse har til formål at indføre mere ensartethed i den i beslutningen anvendte terminologi [navnlig udskiftningen af »expressepost« (»eksprespostbefordring«) med »koeriersdiensten« henholdsvis »koeriersdienst« (»kurérvirksomheder« henholdsvis »kurérservice«) i den ellevte og syttende betragtning] eller at korrigere den anvendte terminologi (se den tredje betragtning, hvor »expressepost« erstattes af »koeriersdienst«, og den niende betragtning, hvor udtrykket »de verzending van expressebrieven« (»forsendelse af ekspresbreve«) erstattes af »de versnelde verzending van brieven door koeriersdiensten« (»kurérbefordring af breve«)).

I modsætning til den nederlandske regerings opfattelse medfører disse berigtigelser heller ikke indholdsmæssige ændringer i den anfægtede beslutning. De ved hjælp af disse berigtigelser indførte terminologiske tydeliggørelser henholdsvis rettelser bekræfter blot, hvad der allerede fremgår af beslutningens kontekst. I øvrigt må man ikke i denne forbindelse tabe af syne, at betydningen og den indbyrdes afgrænsning af begreberne »expressepost« (eller »expressevervoer« eller »expressedienst«) (henholdsvis »ekspres-post«, »ekspresbefordring« og »ekspresservice«), »spoedbesteldienst« (»ekspresbefordring«) og »koeriersdienst« (»kurérservice«) i det hele taget ikke er klar, og at dette i endnu højere grad var tilfældet på tidspunktet for udstedelsen af den anfægtede beslutning. Grundene dertil er, at der er tale om begreber, som henviser til tjenesteydelser, hvoraf nogle først er blevet udviklet for nylig, og som ofte er kendetegnet af en vedvarende og hurtig udvikling, således at de ikke altid let kan skelnes fra hinanden. De benævnelser, der anvendes til at betegne disse tjenesteydelser, er da også langt fra faste. Dette gælder navnlig for udtrykkene »expressepost«, »expressevervoer«

39 — Jf. dom af 23.2.1988, sag 131/86, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. s. 905, præmis 31-39.

40 — Det er ikke bestridt, at denne ændring blev indført på anmodning fra den nederlandske regering, som ønskede tydeliggjort, at *ikke alle* bestemmelser i artikel 2 og 12 i postloven af 1988 blev berørt af uforenelighedserklæringen.

og »expressedienst« på den ene side og »koeriersdienst« på den anden side. Førstnævnte udtryk er nemlig dobbelttydige, fordi de anvendes som synonymer såvel for »spoedbesteldienst« (dvs. den tjenesteydelse i form af fremskyndet befordring, som tilbydes som led i den almindelige postbefordring) som for »koeriersdienst« (dvs. de — mangfoldige og forskellige — tjenesteydelser vedrørende fremskyndet og individualiseret befordring af breve, som først alene blev tilbudt af private virksomheder og senere også af PTT). Netop på grund af denne dobbelttydighed har PTT Post BV i øvrigt valgt i sine indlæg i det hele ikke at gøre brug af udtrykket »expressepost«. PTT Post BV bruger imidlertid faktisk det sidstnævnte udtryk i praksis, navnlig for at betegne sin egen ekspréspostbefordring (»spoedbesteldienst«), således som det fremgår af den fotokopi af en konvolut, som Kommissionen har vedlagt som bilag 2 til sit svarskrift i sag C-66/90 [41]. Desuden har Kommissionen, uden på dette punkt at blive modsagt af PTT, henvist til [42], at PTT i december 1989 (dvs. umiddelbart før beslutningen blev udstedt) bekendtgjorde, at man ville udføre kurérservice såvel under betegnelsen »EMS Express« som under betegnelsen »EMS Courier« [43]. Jeg er da også af den opfattelse, at tvetydigheden som følge af, at begreberne »expressepost«, »spoedbesteldienst« og »koeriersdienst« bruges i flæng, i denne sag ikke kan bebrejdes Kommissionen, og at berigtigelserne, som har til formål at sondre mere klart mellem »expressepost« (i betydningen »spoedbesteldienst«) og »koeriersdienst«, ikke medfører indholdsmæssige ændringer i den anfægtede beslutning.

I øvrigt — og det er til syvende og sidst det, det drejer sig om — er ingen af de udtryk, som rettes ved den anden slags berigtigelse, af en sådan art, at de gør begrundelsen til beslutningen uforståelig. Det fremgår nemlig i hvert enkelt tilfælde klart af konteksten, at udtrykket »expressepost« henviser til »koeriersdiensten« (»kurérservice«) og ikke til »spoedbesteldiensten« (»hurtig udbringning«). Berigtigelserne har med andre ord kun tydeliggjort, hvad der allerede kunne udledes af konteksten i beslutningen selv.

24. Tilbage står en *tredje* slags berigtigelse, nemlig berigtigelsen af den fjerde betragtning, anden linje, hvor ordet »spoedbestelling« (»hurtig udbringning«) erstattes af udtrykket »koeriersdienst« (»kurérservice«). Det er klart, at beslutningens oprindelige ordlyd indeholder en terminologisk fejl, hvor der denne gang ikke er nogen formildende omstændighed i den sammenblanding, som består mellem udtrykkene »expressepost« og »koeriersdienst«. Men heroverfor står, at det ikke efter min mening for alvor kan hævdes, at denne terminologiske fejl gør beslutningens begrundelse uforståelig. Fejlen forekommer nemlig i første pkt. i den *fjerde* betragtning til beslutningen, som en videreudvikling (jf. brugen af ordet

41 — Også i Verdenspostforeningens »officielle« terminologi anvendes begreberne hurtig udbringning (spoedbesteldienst) og ekspréspostbefordring (expressepost) i flæng, således som PTT Post BV selv har bemærket i replikken i sag C-66/90.

42 — Se slutningen af afsnit 30 i svarskriftet i sag C-66/90.

43 — I fodnote 24 til replikken i sag C-66/90 hævder PTT ganske vist, at den faktiske *indførelse* af denne »hurtige service« først skete den 1.6.1990, med andre ord efter at beslutningen var udstedt. PTT har dog ikke benægtet, at denne indførelse allerede blev almindeligt kendt i december 1989.

»desuden«) af den sondring, som umiddelbart før gøres i den *tredje* betragtning til beslutningen mellem almindelig postbefordring og kurérservice. Skønt Kommissionens terminologiske fejl afgjort er beklagelig, er den — i betragtning af konteksten — ingen hindring for forståeligheden af den anfægtede beslutnings begrundelse på dette punkt.

Det foregående fører mig til det resultat, at berigtigelserne, i modsætning til hvad den nederlandske regering og PTT Post BV hævder, ikke viser, at begrundelsen til den anfægtede beslutning ikke er tilstrækkelig tydelig eller endog er uforståelig. Jeg er tværtimod kommet til det resultat, at de nævnte berigtigelser må betragtes *enten* som åbenbare grammatiske henholdsvis stilistiske rettelser *eller* som terminologiske tydeliggørelser, som afhjælper begrebsmæssige uklarheder, som ikke kan tilskrives Kommissionen, *eller* som rettelser af terminologiske fejl, og at ingen af disse berigtigelser er til hinder for forståeligheden af den anfægtede beslutnings begrundelse. Det har således ikke stor betydning for vurderingen af den anfægtede beslutning, om der må tages hensyn til de nævnte berigtigelser. Med hensyn til den nederlandske regerings særskilte påstand om annullation af berigtigelserne: Der kan efter min opfattelse kun gives medhold i denne påstand, for så vidt den vedrører den tredje slags berigtigelse, navnlig erstatningen i den fjerde betragtning af ordet »spoedbestelling« med ordet »koeriersdienst«. Alle andre berigtigelser kan efter min opfattelse ikke anses for at medføre en materiel ændring af beslutningens indhold.

25. Sagsøgerne har endvidere anført, at beslutningens begrundelse er uforståelig som følge af en række begrebsforvekslinger, som Kommissionen *ikke* har berigtiget.

Det fremgår imidlertid, at der herved i hvert enkelt tilfælde er tale om brugen af udtrykkene »expressepost« eller »expressedienst« som betegnelse *enten* til kurérservice (se den fjerde, fjortende og femtende betragtning samt beslutningens artikel 1) *eller* for den »EMS«-service, som PTT tilbød på tidspunktet for beslutningens udstedelse, og som (på daværende tidspunkt) i et vist omfang, men ikke fuldt ud, kunne sammenlignes med den af private virksomheder tilbudte kurérservice (se den femte, sjette, fjortende og syttende betragtning til beslutningen). Jeg kan således nøjes med at gentage, hvad jeg allerede har sagt tidligere (i afsnit 23): I betragtning af, at udtrykkene »expressepost« henholdsvis »expressedienst« også anvendes som betegnelse for kurérservice, kan brugen deraf ikke stemples som en terminologisk fejl. Efter min opfattelse gør brugen af disse udtryk heller ikke den anfægtede beslutnings begrundelse uforståelig. Første del af det tredje anbringende må således forkastes.

b) Er der tale om manglende indsigt i de pågældende bestemmelser og tjenesteydelser?

26. Det er først og fremmest PTT Post BV, der har kritiseret den anfægtede beslutning på dette punkt. Dets argumenter forekommer mig dog ikke ret overbevisende. Det gøres således gældende, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har betegnet PTT

Post BV (i stedet for dets moderselskab, Koninklijke PTT Nederland NV) som indehaver af enekoncessionen på befordring af breve, og at den med urette har anført, at den maksimale takst for PTT's obligatoriske befordringstjenesteydelser andrager 4,50 HFL i stedet for 14 HFL, den maksimale takst for ekspræspostbefordring af et brev til en anden medlemsstat i Fællesskabet. Jeg tror ikke, at sådanne småfejl gør den anfægtede beslutnings begrundelse uklar eller uforståelig.

27. Mere grundlæggende har PTT endvidere anført, at beslutningen er uklart begrundet, i) fordi Kommissionen har misforstået formålet med mindsteprisordningen for kurérservice og ii) fordi Kommissionen i sin gennemgang ikke har taget hensyn til den omstændighed, at kurérvirksomheder har udviklet flere og flere tjenesteydelser, som direkte konkurrerer med de tjenesteydelser, som PTT tilbyder som led i sin lovbestemte befordringsforpligtelse.

Med hensyn til anvendelsen af Traktatens artikel 190 synes denne kritik ikke særlig relevant. Den har nemlig ikke til formål at godtgøre, at den anfægtede retsakts begrundelse er tvetydig, uklar eller uforståelig. Argumentet vedrørende de hensyn, der ligger til grund for mindsteprisordningen, står faktisk i nøje forbindelse med sagens realitet: Det drejer sig om, hvorvidt Kommissionen i den anfægtede beslutning med rette har konkluderet, at mindsteprisordningen ikke er nødvendig for at opretholde den almindelige postbefordring[44]. Dette punkt vil blive behandlet i det følgende (afsnit 48-52). Argumentet i forbindelse med udvidelsen af kurérvirksomhedernes udbud af tjenesteydelser har i virkeligheden til formål at anføre, at Kommissionen ikke har inddraget en væsentlig faktisk omstændighed i sin vurdering, således at denne vurdering hævdes at være urigtig. Også her er der ret beset ikke så meget tale om en formfejl, men om et realitetsanbringende, som vedrører hævdede mangler i undersøgelsen af de faktiske omstændigheder (nemlig konkurrenceforholdene mellem PTT Post BV og de private kurérservicevirksomheder) og de herpå baserede retlige konklusioner. Dette anbringende må undersøges sammen med de af sagsøgerne fremførte anbringender vedrørende sagens realitet[45].

c) Savner beslutningen faktisk grundlag?

28. Denne del af det tredje anbringende drejer sig om sagsøgernes argument om, at den anfægtede beslutning savner faktisk grundlag, fordi det med urette antages, at de betingelser, som i postloven af 1988 stilles for udførelse af kurérservice fra eller til nederlandsk område (jf. ovenfor, afsnit 3), ikke gælder for PTT Post BV, når denne virksomhed tilbyder kurérservice.

Jeg vil straks betone, at der her er tale om et punkt, som er af væsentlig betydning for afgørelsen af de foreliggende sager. At betingelserne ikke gælder for PTT (og med andre ord forskelsbehandlingen til ulempe for de private kurérvirksomheder) er nemlig grundlaget for Kommissionens opfattelse,

44 — Se den syttende og attende betragtning til beslutningen.

45 — Jf. dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, præmis 25 og 26.

hvorefter der er tale om tre former for misbrug i den i Traktatens artikel 86 forudsatte betydning [46]. Med andre ord, såfremt Domstolen skulle mene, at Kommissionen med urette har lagt til grund, at betingelserne ikke gælder for PTT, bortfalder samtidig også et nødvendigt faktisk grundlag for den retlige vurdering i beslutningen, således at der må gives sagsøgerne medhold i påstanden om annullation.

29. Endvidere vil jeg henvise til, at der her *ikke* er tale om den (objektivt) korrekte fortolkning af den pågældende nederlandske lovgivning — noget, som kun en national domstol til syvende og sidst kan træffe endelig afgørelse om. Domstolen bør snarere undersøge, om Kommissionen på det tidspunkt, da den udstedte den anfægtede beslutning, *med rimelighed kunne gå ud fra*, at de tre i loven opstillede betingelser ikke gjaldt for PTT [47]. I betragtning af ordlyden af postloven af 1988 og den på tidspunktet for den anfægtede beslutning bestående faktiske situation mener jeg, at Kommissionens holdning var acceptabel.

Det vigtigste, der anføres i denne forbindelse, er, at postloven i betragtning af sin struktur og sin ordlyd har til formål at indføre *to* forskellige retlige ordninger, nemlig en ordning for »koncessionshavere« (dvs. PTT Nederland NV henholdsvis PTT Post BV [48]) på den ene side og en ordning for »andre end koncessionshavere« på den anden side. Denne forskel i »retlig status« kommer navnlig til udtryk i postlovens artikel 12, stk. 2, litra a), hvori det forbydes »andre end koncessionshaveren« at befordre breve på indtil 500 g, medmindre de tre allerede nævnte betingelser (kvalitetsbetingelse — mindsteprisordning og anmeldelsesbetingelse) opfyldes [49].

Den kommer også til udtryk i artikel 12, stk. 2, litra b) og d), hvor der gøres yderligere undtagelser fra brevmonopolet for breve, som »befordres efter ordre fra koncessionshaveren« eller »åbenbart er bestemt til at befordres af koncessionshaveren eller til at afleveres efter at være befordret af koncessionshaveren« (hvorved udtrykket »befordring« synes at henvise såvel til normal som til fremskyndet befordring).

Sagsøgernes fortolkning forudsætter, at udtrykket »andre end koncessionshaveren«

46 — Jf. sammenfatningen af den anfægtede beslutning ovenfor i afsnit 4. Om forskelsbehandlingen af de private kurérservicevirksomheder faktisk fører til et misbrug af PTT Post BV's dominerende stilling, behandles detaljeret i afsnit 41-46 i det følgende.

47 — Jf. dom af 7.2.1979, forenede sager 15/76 og 16/76, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 321. Det er naturligvis ikke udelukket, at såfremt Kommissionen behørigt havde givet den nederlandske regering lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger såvel i forbindelse med de klagepunkter, som Kommissionen senere anså for begrundede med hensyn til postloven af 1988, som i forbindelse med de udtalelser, som de private kurérservicevirksomheder fremsatte vedrørende den nederlandske regerings svarbrev af 16.1.1989, ville Kommissionen til syvende og sidst være kommet til et andet resultat med hensyn til spørgsmålet, om PTT Post BV var omfattet af de i postloven af 1988 stillede betingelser. I betragtning af, at jeg ovenfor (afsnit 19) imidlertid er kommet til det resultat, at tilsidesættelsen af den nederlandske regerings ret til kontradiktion måtte sidestilles med en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, behøver jeg ikke at undersøge, om denne tilsidesættelse i det konkrete tilfælde også har haft skadelige følger for den nederlandske regerings retsstilling. I denne del af mit forslag til afgørelse, der som sagt gælder subsidiært, behandler jeg argumenterne i forbindelse med spørgsmålet, om PTT Post BV faktisk er omfattet af de i postloven af 1988 stillede betingelser, ud fra den forudsætning, at Kommissionen ikke tilsidesatte væsentlige formforskrifter *og således ikke var forpligtet til* at indlede en yderligere dialog med den nederlandske regering. Med andre ord, den i teksten nævnte rimelighedsvurdering vedrører Kommissionens holdning under hensyntagen til de oplysninger, som den faktisk havde til rådighed.

48 — Enekoncessionen blev givet til PTT Nederland NV; dette selskab har til udførelse af den offentlige posttjeneste oprettet et særligt datterselskab, PTT Post BV.

49 — Overtrædelse af denne bestemmelse er strafbar i henhold til postlovens artikel 17, stk. 1.

også henviser til PTT Post BV, når denne virksomhed udfører kurérservice. Dette er imidlertid en fortolkning, som vanskeligt kan bringes i samklang med postlovens struktur og ordlyd, da PTT på tidspunktet for lovens vedtagelse (26.10.1988) ikke tilbød kurérservice gennem en særskilt virksomhed, som klart måtte skelnes fra PTT (f.eks. en særskilt juridisk person i form af et selskab, der blev forvaltet som et sådant): De tjenesteydelser med fremskyndet befordring, som PTT tilbød hen mod slutningen af 1988, var helt integreret i PTT selv og gjorde brug af PTT's infrastruktur (postkontorer, postbiler, ...), faciliteter (fritagelse for omsætningsafgift for behandling og forsendelse inden for Nederlandene) og firmanavn.

30. Derudover finder Kommissionens opfattelse yderligere støtte i formuleringen af kvalitetsbetingelsen i postlovens artikel 12, stk. 2, litra a), nr. 1, hvori kurérvirksomheder forpligtes til at udføre en tjenesteydelse, som »ligger betydeligt over niveauet for den normale fremskyndede befordring, som tilbydes enhver i hele landet af koncessionshaveren [...]«. Selv hvis man skulle antage, i strid med det i forrige afsnit anførte, at denne betingelse også gælder for kurérservice, der tilbydes af PTT Post BV, så ville en sådan fortolkning give anledning til næsten uløselige problemer ved anvendelsen: For hver »hurtig« befordringsservice udført af PTT (og på tidspunktet for udstedelsen af beslutningen var der mindst tre sådanne former for service, der enten var bebudet eller allerede blev udført, nemlig EMS Express, EMS Time-Net og EMS Courier) ville man nemlig så altså skulle afgøre, om denne service skal anses for en (omfattet af enekoncessionen og således ikke underlagt betingelserne) ekspréspostbefordring eller for en kurérservice i ordets egentlige betydning. Et enkelt eksempel til illustration: Det er ikke bestridt, at PTT indtil juni 1990 tilbød ekspréspostbefordring *med afhentningsservice*. Det ligger lige for, på grund af den yderligere service, at sidestille en sådan tjenesteydelse med kurérservice. Men så fremgår det, at denne tjenesteydelse ikke opfylder kvalitetskravene og navnlig ikke kravet om »lokaliserbarhed under befordringen«, da ekspréspostbefordring med afhentning hos afsender ikke blev udført ved hjælp af et såkaldt »tracking and tracing«-system. Et sådant »tracking and tracing«-system blev, som PTT selv har oplyst [50], først taget i brug fra 1. juni 1990, således at også PTT's øvrige på tidspunktet for beslutningen bestående hurtige befordringsydelser (bl.a. EMS »gammel stil«) ikke opfyldte kvalitetsbetingelsen [51]. I december 1989 var det da også nærliggende for Kommissionen at drage den konklusion af denne situation, at PTT Post BV's hurtige befordringsformer simpelt hen ikke var omfattet af kvalitetsbetingelsen.

50 — Se note 24 og den ledsagende tekst til PTT's replik i sag C-66/90.

51 — Intervenienterne NVIK og NOB har i øvrigt fremlagt en række dokumenter, der tyder på, at PTT på tidspunktet for beslutningen ikke overholdt mindsteprisordningen med hensyn til sine hurtige befordringsformer (se navnlig bilag 21 og 24 til deres indlæg). PTT har kraftigt bestridt dette. Jeg anser det ikke for nødvendigt at afgøre det (faktiske) spørgsmål på dette punkt, da den omstændighed, at kvalitetsbetingelsen (ikke) blev overholdt med hensyn til PTT's hurtige befordringsformer, allerede tilstrækkeligt tydeligt viser, at PTT ikke var omfattet af de nævnte betingelser.

31. Det eneste, som peger i retning af sagsøgernes opfattelse, er en »nota van toelichting« (forklarende note) til »besluit minimumtarieven koeriersdiensten« [52] og en passus i forarbejderne til loven [53]. Men forarbejderne er langt fra entydige. Således har intervenienterne NOB og NVIK's befuldmægtigede under retsmødet henvist til, at trafikministeren og ministeren for offentlige arbejder under den parlamentariske behandling havde foreslået i lovens artikel 13 at indføre en ordning med individuelle undtagelser fra enekoncessionen for private kurérservicevirksomheder. Først ved afslutningen af den parlamentariske behandling blev denne ordning omformet til en generisk undtagelse og indsat i artikel 12, stk. 2 — tilblivelseshistorien for artikel 12, stk. 2, tyder med andre ord bestemt ikke på, at disse undtagelser også skulle være udformet med henblik på den kurérservice, som PTT eventuelt selv udfører. I øvrigt og først og fremmest kunne Kommissionen gå ud fra, at forarbejderne ikke kan berettige en fortolkning *contra legem*. Det er i øvrigt betegnende, at den nederlandske regering, som den anfører i sin replik i sag C-48/90, »på foranledning af rejste spørgsmål« vil fremsætte et lovforslag til ændring af postloven for det nederlandske parlament »for at udelukke enhver yderligere misforståelse vedrørende PTT's forpligtelser på dette område«.

Jeg kommer da også til det resultat, at Kommissionen i den anfægtede beslutning med rimelighed kunne gå ud fra, at PTT Post BV ikke var omfattet af de betingelser, som i postloven af 1988 stilles for udførelse af kurérservice på, fra eller til nederlandsk område. Dette betyder, at jeg herefter (afsnit 35 ff.) må vurdere beslutningens *retmæssighed* ud fra den forudsætning, at der faktisk var tale om en forskelsbehandling af de private kurérvirksomheder i forhold til PTT.

d) Beslutningens konklusion

32. Den nederlandske regering og PTT Post BV har for det første anført, at beslutningens konklusion er for vag, fordi den ikke indeholder anvisninger til den nederlandske regering med hensyn til de foranstaltninger, som regeringen skal træffe for at bringe den hævdede tilsidesættelse af Traktaten til ophør.

Jeg tror ikke, at dette argument er berettiget. Beslutninger udstedt i henhold til Traktatens artikel 90, stk. 3, giver Kommissionen kompetence til og til opgave at afklare, om statslige foranstaltninger med hensyn til offentlige virksomheder og virksomheder, som medlemsstaterne indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, er forenelige med Traktaten. Der er således tale om en vurdering af disse foranstaltninger på baggrund af først og fremmest [54] bestemmelser i fællesskabsretten med direkte virkning. Derimod hører det ikke til Kommissionens opgave at

52 — Se bilag 2 til den nederlandske regerings stævning i sag C-48/90.

53 — Navnlig »nota naar aanleiding van het eindverslag« (note fremlagt i forbindelse med den endelige betænkning), som er vedlagt som bilag 2 til PTT Post BV's stævning i sag C-66/90.

54 — Se ovenfor, afsnit 10 og fodnote 24.

udstikke retningslinjerne for den adfærd, som efter national ret er nødvendig, hensigtsmæssig eller mulig med henblik på at bringe de fastslåede tilsidesættelser til ophør.

Sagsøgernes argument ville kun være relevant, hvis de kunne godtgøre, at den fællesskabsretlige analyse, som Kommissionen har foretaget af de pågældende statslige foranstaltninger, er så uklar og/eller forvirret, at den gør det umuligt for den pågældende medlemsstat at komme på det rene med, på hvilken måde de fastslåede tilsidesættelser af fællesskabsretten kan bringes til ophør. At det sidstnævnte er tilfældet, er imidlertid ikke blevet godtgjort af sagsøgerne i disse sager. Den anfægtede beslutning er nemlig rettet mod den lovbestemte præferenceordning, som gælder for PTT Post BV, når denne virksomhed tilbyder kurérservice, i betragtning af de følger, forskelsbehandling har for konkurrencen på markedet for kurérservice (se den detaljerede redegørelse i punkt 11-18 i betragtningerne vedrørende misbrug af en dominerende stilling, følgerne deraf for samhandelen mellem medlemsstaterne og den omstændighed, at undtagelsen i artikel 90, stk. 2, ikke kan finde anvendelse). Det påhviler den nederlandske regering at tage de nødvendige skridt til, såfremt Domstolen måtte frifinde sagsøgte i nærværende sager, at bringe disse traktatbrud til ophør. Den mest nærliggende foranstaltning er naturligvis at gøre den bestående forskelsbehandling ugjort og i stedet indføre andre regler, som ikke er i strid med Traktatens artikel 90, sammenholdt med dens artikel 86. Hvori disse nye regler nærmere skal bestå, skal som sagt ikke udfindes af Kommissionen, men af den nederlandske regering. Dette ændrer naturligvis intet i, at den nederlandske regering om ønsket kan henvende sig til Kommissionen for at drøfte retmæssigheden af de foranstaltninger, som den påtænker, eller endog for at foreslå Kommissionen passende ændringer i den pågældende beslutning med henblik på vanskeligheder, der opstår ved beslutningens gennemførelse [55]. Traktatens artikel 5 kræver nemlig, at Kommissionen og medlemsstaterne samarbejder med god vilje om at søge en løsning på eventuelle problemer i forbindelse med opfyldelsen af forpligtelser, som følger af fællesskabsretten [56].

33. Endvidere har sagsøgerne hævdet, at konklusionen i den anfægtede beslutning er for vid, fordi den i to henseender ikke underbygges af begrundelsen. For det første har de gjort gældende, at konklusionen ikke alene er rettet mod mindsteprisen (på 11,90 HFL) for bestemmelsessteder inden for Fællesskabet, men også mod mindsteprisen (på 17,50 HFL) for bestemmelsessteder uden for Fællesskabet.

Dette argument er efter min opfattelse begrundet. Den del af betragtningerne til den anfægtede beslutning, hvori der redegøres for mindsteprisordningens uforenelighed med artikel 90, sammenholdt med artikel 86, er specielt tilpasset den mindstetakst, som gælder for bestemmelsessteder i Nederlandene eller i andre af Fællesskabets medlemsstater (se navnlig den femtende betragtning). Skønt det ikke kan udelukkes, at disse betragtninger også gælder for mindstetaksten for kurérservice mellem Nederlan-

55 — Eventuelt kan sådanne vanskeligheder også angå den *frist*, som stilles i den pågældende beslutning for opfyldelsen deraf — således hævder den nederlandske regering, at den i den anfægtede beslutning givne frist er »alt for kort«.

56 — På området for støtteforanstaltninger har Domstolen allerede flere gange fastslået dette. Se f.eks. dom af 2.2.1989, sag 94/87, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 175, præmis 9, og af 15.1.1986, sag 52/84, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 89, præmis 16.

dene og lande uden for Fællesskabet, fritager dette ikke Kommissionen for forpligtelsen til at begrunde sin beslutning på dette punkt. Dette gælder navnlig, når en sådan analog anvendelse ikke ligger lige for: Således kan man f.eks. rejse det spørgsmål, om mindstetaksten for kurérservice mellem Nederlandene og lande uden for Fællesskabet er egnet til at påvirke samhandelen *mellem medlemsstater* ugunstigt. Den anfægtede beslutning og navnlig den femtende betragtning dertil indeholder ikke ét eneste fingerpeg i denne forbindelse, således at den anfægtede beslutning på dette punkt ikke kan anses for at være tilstrækkeligt begrundet.

34. Efter sagsøgernes opfattelse er den anfægtede beslutnings konklusion også for vid i en anden henseende, nemlig for så vidt den uden fyldestgørende begrundelse erklærer kurérvirksomhedernes forpligtelse til forud at lade deres takster registrere for uforenelig med Traktaten.

Der må efter min opfattelse også gives sagsøgerne medhold i dette anbringende. I betragtningerne til den anfægtede beslutning tales der kun om registreringsforpligtelsen i sidste afsnit af den første betragtning. Deri hedder det, at registreringsforpligtelsen

»har til formål at udelukke enhver mulighed for fleksibilitet i disse virksomheders taksforhandlinger med større kunder. [Denne forpligtelse] rammer hovedsageligt virksomheder etableret uden for Nederlandene, som hvert år skal anmelde alle deres takster til registeret i Haag, uanset hvor mange forsendelser de indsamler i Nederlandene«.

Beslutningen begrænser sig med andre ord til en generel beskrivelse af registreringsforpligtelsens indvirkning på de private kurérvirksomheders aktiviteter. Denne indvirkning karakteriseres ganske vist som ugunstig i betragtningerne til den anfægtede beslutning, men den tillægges ingen retlig betydning. Den del af betragtningerne, som handler om tilsidesættelsen af Traktatens artikel 90, sammenholdt med dens artikel 86, handler nemlig kun om mindstetaksterne og kvalitetsbetingelsen og nævner ikke registreringsforpligtelsen med ét ord. I modsætning til, hvad Kommissionen hævder, kan denne retlige analyse ikke uden videre anvendes analogt på registreringsforpligtelsen: Uden begrundelse kan jeg f.eks. ikke se, hvorfor en sådan forpligtelse skulle føre til, at en del af markedet for kurérservice forbeholdes PTT Post BV [57], eller hvorfor en sådan forpligtelse skulle tvinge brugere af kurérservice til at gøre brug af PTT Post BV's kurérservice [58], eller hvorfor denne foranstaltning skulle afskære private kurérservicevirksomheder fra at tilbyde et komplet udbud af kurérserviceydelser [59].

Den anfægtede beslutning må da også annulleres på grund af utilstrækkelig begrundelse, for så vidt den vedrører mindsteprisordningen for bestemmelsessteder uden for Fællesskabet og den ved postloven af 1988

57 — Jf. første afsnit i den ellevte betragtning til den anfægtede beslutning.

58 — Jf. den tolvte betragtning til den anfægtede beslutning.

59 — Jf. første afsnit i den fjortende betragtning til den anfægtede beslutning.

indførte registreringsforpligtelse for private kurérservicevirksomheder [60].

D — Gennemgang af de materielle anbringender

1. *Manglende virksomhedsadfærd*

35. Ifølge sagsøgerne anvender Kommissionen med den anfægtede beslutning artikel 90, sammenholdt med artikel 86, urigtigt. De har nemlig bestridt, at disse to bestemmelser kan finde anvendelse på en konkurrencebegrænsning, som ikke følger af en virksomheds adfærd, men alene af en foranstaltning truffet af de offentlige myndigheder.

Af hensyn til den rette forståelse af dette anbringende er det nødvendigt at se nærmere på den relevante del af betragtningerne til beslutningen (nemlig punkt 6-18 i betragtningerne). Ifølge Kommissionen er de førnævnte bestemmelser i postloven af 1988 i strid med artikel 90, sammenholdt med artikel 86, fordi de fører til, at der skabes en dominerende stilling for PTT Post BV på markedet for kurérservice. Udgangspunktet er herved, at PTT Post BV indtager en dominerende stilling på markedet for almindelig postbefordring som følge af den enekoncession for befordring af breve på højst 500 g, som er givet selskabet ved lov [61]. Misbruget består ifølge Kommissionen i, at denne dominerende stilling ved postloven udvides til markedet for kurérservice med fare for, at enhver konkurrence på dette marked bliver helt udelukket [62]. Endvidere anføres det i den anfægtede beslutning, at den nyskabte dominerende stilling for PTT Post BV på markedet for kurérservice fører til to yderligere former for misbrug. For det første bliver virksomheder, som fortsat ønsker at gøre brug af private kurérservicevirksomheders tjenesteydelser, påtvunget urimelige priser og betingelser, fordi de skal betale en mindstetakst for disse tjenesteydelser, henholdsvis fordi de kun kan opnå disse tjenesteydelser hos PTT Post BV under denne mindstetakst [63]. For det andet bliver udbuddet på markedet for kurérservice begrænset, fordi private kurérservicevirksomheders tjenesteydelser af høj kvalitet nu kun må tilbydes til mindstetaksten, og fordi kvalitetskravet forhindrer private kurérservicevirksomheder i at tilbyde et komplet udbud af kurérserviceydelser [64]. De i den anfægtede beslutning identificerede konkurrencebegrænsninger — dette er parterne enige om — følger i første række ikke af PTT Post BV's adfærd; i den anfægtede beslutning betragtes disse konkurrencebegrænsninger snarere som en følge af den omstændighed, at denne virksomhed, i modsætning til de private kurérservicevirksomheder, ikke er omfattet af de i postloven stillede tre betingelser for udførelse af kurérservice. Disse konkurrencebegrænsninger følger med andre ord af den direkte indgriben i konkurrencestrukturen fra den nederlandske lovgiver, som har indført en gunstigere ordning for én bestemt virksomheds

60 — Jeg er med andre ord ikke af den opfattelse, at de to fastslåede mangler ved begrundelsen kan anfægte gyldigheden af beslutningen i sin helhed. Mindstetaksterne for bestemmelsessteder inden for Fællesskabet henholdsvis bestemmelsessteder i tredjelande kan nemlig betragtes og anvendes uafhængigt af hinanden. Hvad angår registreringsforpligtelsen, fremgår det af betragtningerne til beslutningen (se punkt 11-14 i betragtningerne), at de konkurrencebegrænsende følger af postloven af 1988 hidrører fra mindsteprisordningen og kvalitetsbetingelsen, også såfremt registreringsbetingelsen slet ikke fandtes. Registreringsbetingelsen er efter Kommissionens opfattelse så at sige en »skærpende omstændighed«.

61 — Se den tiende betragtning til den anfægtede beslutning.

62 — Se den ellevte betragtning til den anfægtede beslutning.

63 — Se den tolvte betragtning til den anfægtede beslutning.

64 — Se den trettende og fjortende betragtning til den anfægtede beslutning.

aktivitet (PTT Post BV) end for dennes konkurrenters aktivitet. Ifølge Kommissionen har denne indgriben med hensyn til konkurrencestrukturen på det fælles marked samme virkning som en ved artikel 86 forbudt virksomhedsadfærd, og dette er tilstrækkeligt til at anvende artikel 90. I de følgende afsnit (36-46) vil jeg først komme ind på det således rejste principielle spørgsmål, nemlig om Kommissionen i henhold til artikel 90 også kan gribe ind over for fordrejninger af konkurrencen, som i første række skyldes en medlemsstats adfærd.

36. Før jeg omtaler Domstolens i denne forbindelse relevante praksis, vil jeg afgrænse det spørgsmål, som foreligger. Det er ikke omtvistet mellem parterne, at bestemmelserne i artikel 90 er rettet *til medlemsstaterne* (selv om disse bestemmelser vedrører foranstaltninger, som medlemsstaterne træffer *med hensyn til virksomheder*). Det bestrides heller ikke, at Kommissionen i henhold til artikel 90 kan gribe ind mod statslige foranstaltninger, som, uafhængigt af nogen virksomhedsadfærd, fordrejer konkurrencen på det fælles marked. Dette vil være tilfældet, når statslige foranstaltninger med hensyn til offentlige virksomheder eller virksomheder med eksklusive eller særlige rettigheder strider mod Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for personer, varer og kapital. F. eks. har Domstolen i dommen af 19. marts 1991 sag C-202/88 [65] fastslået, at Kommissionen i henhold til artikel 90, stk. 3, kunne pålægge medlemsstaterne (i dette tilfælde ved et direktiv) at afskaffe de særlige eller eksklusive rettigheder med hensyn til afsætning eller vedligeholdelse af teleterminalapparatur, som medlemsstaterne har givet virksomheder, og netop fordi sådanne rettigheder er i strid med Traktatens artikel 30. Ligeledes havde Kommissionen i den anfægtede beslutning kunnet erklære registreringsbetingelsen i postloven for uforenelig med artikel 90, sammenholdt med artikel 59, når henses til de alvorlige begrænsninger, som denne betingelse pålægger kurérvirksomheder fra andre medlemsstater, som ønsker at tilbyde deres tjenesteydelser i Nederlandene. Kommissionen har imidlertid foretrukket at prøve postloven i forhold til og erklære den uforenelig med en traktatbestemmelse (nemlig artikel 86), som efter sin ordlyd og sit formål angår virksomheders adfærd og ikke medlemsstaternes ved lov eller administrativt fastsatte foranstaltninger. Var den kompetent dertil i henhold til artikel 90? Det er det afgrænsede spørgsmål, som nu skal behandles.

37. At artikel 85 og 86 også kan være relevante for medlemsstaternes ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, har allerede længe været erkendt i Domstolens praksis. Nærmere bestemt blev det fastslået i dommen GB Inno mod ATAB af 16. november 1977 [66], at skønt konkurrencereglerne i artikel 85 ff. retter sig til virksomheder, pålægger Traktaten dog også medlemsstaterne forpligtelse til ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af konkurrencereglerne [67]. Denne forpligtelse sættes af Domstolen i forbindelse med medlemsstaternes forpligtelse i henhold til artikel 5,

65 — Allerede nævnt i note 18.

66 — Sag 13/77, Sml. s. 2115.

67 — Se dommens præmis 30 og 31.

stk. 2, til at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af den i Traktatens artikel 3, litra f), opstillede målsætning i fare — dvs. gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes [68]. Derfor er det forbudt medlemsstaterne ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler [69]. Traktatens artikel 90 er, specielt med hensyn til offentlige virksomheder og virksomheder, som medlemsstaterne indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, en speciel udgave af denne regel [70]. På grundlag heraf fastslog Domstolen i øvrigt, at et monopol (eller udvidelse af et sådant monopol), som en medlemsstat giver en virksomhed, kan være uforeneligt med Traktatens artikel 90, nærmere bestemt når reglerne for et sådant monopols organisation og virkemåde er i strid med Traktatens bestemmelser — herunder konkurrencereglerne [71].

38. I Domstolens praksis blev der efterhånden skabt mere klarhed over de kategorier af statslige foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende regler. Der kan efter min opfattelse sondres mellem fire kategorier af indgriben fra myndighederne.

For det første kan en medlemsstat *bidrage* til en ved artikel 85 eller 86 forbudt virksomhedsadfærd. Der er her tale om foranstaltninger fra myndighederne, som *begunstiger* særskilte former for virksomhedsadfærd (samordnet praksis eller misbrug) eller *forstærker* virkningen deraf. Et sådant tilfælde forelå bl.a. for Domstolen i dommen af 11. april 1989 i Ahmed Saeed-sagen [72], hvori det blev fastslået, at myndighedernes godkendelse af luftfartsselskabers prisaftaler i strid med artikel 85, stk. 1, er i strid med Traktatens artikel 5 og i givet fald med artikel 90.

For det andet kan en medlemsstat uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til private virksomheder og give afkald på sin egen normative kompetence. Virksomheder bliver således *overdraget kompetence til selv at gribe regulerende ind* og dermed fordreje konkurrencen [73]. I Van Eycke-sagen havde sagsøgeren i hovedsagen bl.a. anført, at dette var tilfældet med hensyn til belgiske bestemmelser, som gav skattefritagelse for rente på opsparingskonti, såfremt basisrenten ikke var højere end den laveste gennemsnitlige sats på det pågældende marked, en rentesats, som ifølge sagsøgeren i virkeligheden blev bestemt efter drøftelser med og under medvirken af repræsentanter for pengeinstitutterne [74].

For det tredje kan en medlemsstat *pålægge* en virksomhedsadfærd, som er i strid med artikel 85 eller 86. Et sådant tilfælde forelå

68 — Se f.eks. dom af 10.1.1985, sag 229/83, Leclerc, Sml. s. 1, præmis 13 og 14.

69 — Se f.eks. dom af 21.9.1988, sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769, præmis 16.

70 — Se præmis 32 i GB Inno-dommen.

71 — Dette princip, som allerede generelt er fastslået i dommen af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, blev for nylig bekræftet i dommen i sag C-202/88 (nævnt ovenfor i note 18; se navnlig dommens præmis 22 og 34-44) og i dommen af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925 (præmis 24 og 31).

72 — Sag 66/86, Sml. s. 803.

73 — Se Van Eycke-dommen, allerede nævnt i note 69, præmis 16.

74 — Se dommens præmis 5-8 og 17, 18 og 19.

for Domstolen i dommen af 4. maj 1988 i Bodson-sagen[75], hvori det blev fastslået, at en kommunal myndighed, som forpligter virksomheder med en dominerende stilling til at opkræve høje priser for deres tjenesteydelser, handler i strid med Traktatens artikel 90, stk. 1[76]. Mens myndighederne i den anden situation gør det muligt for en virksomhed at gribe regulerende ind *i dens sted*, bruger den i denne tredje situation virksomheden som et »viljeløst instrument«, hvormed den *selv* indvirker på konkurrencestrukturen på det fælles marked.

For det fjerde kan en foranstaltning truffet af myndighederne indvirke på konkurrencestrukturen på en sådan måde, at den *gør* en ved artikel 85 eller 86 forbudt adfærd *uundgåelig*, med andre ord at en virksomhed foranlediges til at udøve en sådan adfærd. En sådan foranstaltning var der tale om i Höfner og Elser-sagen[77], hvori Domstolen skulle træffe afgørelse om en tysk lovgivning, hvorefter der var givet et offentligt arbejdsanvisningskontor eneret til arbejdsformidling (herunder også formidling af virksomhedsledere). Domstolen fastslog, at en sådan lovgivning ville være i strid med Traktatens artikel 90, sammenholdt med artikel 86, når et offentligt arbejdsanvisningskontor åbenbart ikke ville være i stand til at dække efterspørgslen på markedet for formidling af virksomhedsledere, og når denne lovgivning samtidig gør det umuligt for private virksomheder at dække denne efterspørgsel (f.eks. fordi de af disse virksomheder indgåede kontrakter skal anses for ugyldige). I en sådan situation, udtalte Domstolen, fremkalder lovgiver en situation, hvori det er uundgåeligt *for det offentlige arbejdsformidlingskontor* at handle i strid med artikel 86. Også den endnu nyere dom af 18. juni 1991, ERT[78], vedrører denne kategori af foranstaltninger. I denne dom opstillede Domstolen den regel, at en medlemsstat tilsidesætter Traktatens artikel 90, sammenholdt med dens artikel 86, når den giver en virksomhed en eneret og derved fremkalder en situation, hvori virksomheden foranlediges til at tilsidesætte artikel 86[79].

39. Af denne retspraksis fremgår det efter min mening, at artikel 90, sammenholdt med artikel 85 og 86, efter Domstolens opfattelse sigter til foranstaltninger truffet af myndighederne (vedrørende offentlige virksomheder og virksomheder, som medlemsstaterne indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder), som fremmer eller foreskriver en virksomhedsadfærd, som er forbudt i henhold til artikel 85 eller 86, eller gør den uundgåelig eller overdrager virksomheder en konkurrenceregulerende opgave, som påhviler de offentlige myndigheder. Centralt i denne retspraksis står den betragtning, at sådanne statslige foranstaltninger, i forbindelse med en eller anden form for virksomhedsadfærd, har *samme følger* for konkurrencestrukturen på det fælles marked som virksomhedsadfærd, der er uafhængig af myndighedernes indgriben. Det fremgår endvidere af denne retspraksis, at den virksomhedsadfærd, der er nødvendig som »kriterium« for at anvende artikel 90, stk. 1,

75 — Sag 30/87, Sml. s. 2507.

76 — Se navnlig dommens præmis 30, 33 og 34.

77 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Sml. I, s. 1979.

78 — Allerede nævnt i note 71.

79 — Dommens præmis 37.

sammenholdt med artikel 85 eller 86, ikke nødvendigvis skal gå forud for myndighedernes indgriben, men at den også kan følge efter denne, være et resultat af denne eller endog en uundgåelig følge. Det kræves heller ikke, at virksomheden selv forsætligt har tilsidesat konkurrencereglerne (det er med andre ord tilstrækkeligt, at den sættes i en situation, hvori den ikke kan gøre andet end at begrænse konkurrencen). I sit forslag til afgørelse i Höfner og Elser-sagen [80] har generaladvokat Jacobs klart henvist til, at der intet kunne bebrejdes det tyske arbejdsanvisningskontor; intet tydede nemlig på, at det ikke efter bedste evne havde bestræbt sig på at efterkomme efterspørgslen på markedet efter bistand til formidling af virksomhedsledere; det havde endog, ved frivilligt delvis at indskrænke sit monopol, forsøgt så vidt muligt at åbne adgangen til markedet for andre virksomheder. Som generaladvokaten fremhævede, ændrede dette dog intet i, at den samlede *virkning* af det af myndighederne indførte monopol og dette kontors manglende evne til at efterkomme den bestående efterspørgsel førte til, at forbrugerne ikke kunne opnå de tjenesteydelser, som ville være til rådighed på et marked med fri konkurrence. I et sådant tilfælde er der ifølge generaladvokaten tale om en tilsidesættelse af artikel 90, sammenholdt med artikel 86 [81]. Denne betragtningsmåde — som opfatter den »tilsigtede virkning« af artikel 86 meget vidt — har Domstolen tiltrådt i sin dom [82].

Det fremgår i øvrigt også af Höfner og Elser-dommen, at sammenhængen mellem myndighedernes indgriben og virksomhedsadfærd kan være så stærk, at de går i ét, da det i dommen udtales, at en offentlig institution som den tyske »Bundesanstalt für Arbeit«'s adfærd må betragtes som en virksomheds adfærd som omhandlet i artikel 85 og 86, fordi den udgår fra en enhed, som udøver økonomisk virksomhed, selv om denne virksomhed normalt overdrages offentlige institutioner og ikke virksomheder [83].

40. På baggrund af det foregående er jeg da også af den opfattelse, at sagsøgernes argumentation ikke kan lægges til grund, for så vidt den går ud på at udelukke anvendelsen af artikel 90 på virksomhedsadfærd, der, som PTT Post BV's aktiviteter, for den pågældende virksomhed er den uundgåelige følge af statslige foranstaltninger, og som (i sammenhæng med disse statslige foranstaltninger) har præcis samme følger for konkurrencen på det fælles marked som en af enhver statslig indgriben uafhængig virksomhedsadfærd, der er forbudt i henhold til artikel 85 og 86. I betragtning af dette resultat må jeg nu undersøge, om Kommissionen i den anfægtede beslutning med rette har fastslået, at postloven af 1988, sammenholdt med PTT Post BV's deraf resulterende uundgåelige adfærd — en adfærd, hvis eksistens ikke bestrides, da PTT Post BV faktisk har tilstræbt og tilstræber inden for rammerne af postloven at udvikle en fuldværdig kurérservice — havde samme følger for konkurrencen på markedet for kurérservice som et i henhold til artikel 86 forbudt misbrug af en dominerende stilling. Som an-

80 — Se forslag til afgørelse fremsat den 15.1.1991, afsnit 45, Sml. 1991, Afdeling I, s. 1994.

81 — Se afsnit 46 og 47 i hans forslag til afgørelse.

82 — Dommens præmis 31.

83 — Præmis 20-23.

ført ovenfor (afsnit 31) går jeg herved ud fra den forudsætning, at PTT Post BV ikke er omfattet af betingelserne i postloven af 1988 med hensyn til udøvelse af kurérservice.

2. *Intet misbrug af en dominerende stilling*

a) Udvidelse af en dominerende stilling

41. At PTT og PTT Post BV som følge af overdragelsen af eneretten indtager en dominerende stilling på markedet for almindelig postbefordring i Nederlandene [84], kan ikke for alvor bestrides. Det er efter min opfattelse ligeledes med rette, at Kommissionen anser markedet for almindelig postbefordring og markedet for kurérservice for to særskilte (om end beslægtede) markeder. Kurérservice har en større værditilvækst og opfylder andre behov end almindelig postbefordring; de to tjenesteydelser er da heller ikke substituerbare [85].

Ifølge den anfægtede beslutning er der for det første tale om misbrug, fordi postloven af 1988 fører til en udvidelse af denne dominerende stilling for PTT Post BV på markedet for almindelig postbefordring til markedet for kurérservice. Denne udvidelse består i, at en »stor del« af markedet for kurérservice, nemlig for forsendelser til en pris på under 11,90 HFL, forbeholdes PTT Post BV, mens postvæsenet på denne del af markedet tidligere konkurrerede med private kurérservicevirksomheder. Den omstændighed, at konkurrencen fortsat består på den resterende del af markedet for kurérservice, ændrer ifølge den anfægtede beslutning intet heri, da postvæsenet på den del af markedet, der omfatter forsendelser til en pris på under 11,90 HFL, kan tilrettelægge sin forretningspolitik uden pres fra konkurrenter, da disse konkurrenter ganske vist kan virke på denne del af markedet, men ikke må give rabatter under det lovbestemte minimum på 11,90 HFL [86].

42. Dette ræsonnement kan ikke overbevise mig, selv om — det være sagt med det samme — jeg anser den juridiske begrundelse, som det hviler på, for rigtig. Den retlige underbygning, som jeg anser for holdbar. Den retlige underbygning består deri, at Kommissionen med en henvisning til CBEM-dommen (herefter benævnt »Telemarketing«-dommen) [87] anfører, at der er tale om misbrug af en dominerende stilling, »når en virksomhed, som har en dominerende stilling på et bestemt marked, forbeholder sig selv eller en virksomhed i samme koncern forberedende arbejdsopgaver, som kan udføres af en tredje virksomhed inden for dennes erhvervsområde på et beslægtet, men selvstændigt marked, med fare for, at enhver konkurrence fra denne virksomheds side bliver udelukket«. Dette er ifølge Kommissionen præcis, hvad postloven bevirker [88].

Jeg er principielt enig i dette ræsonnement. Det fremgår faktisk af Telemarketing-dommen, at der ifølge Domstolen er tale om

84 — Se den tiende betragtning til den anfægtede beslutning.

85 — Se den tredje og fjerde betragtning til den anfægtede beslutning.

86 — Se den ellevte betragtning til beslutningen.

87 — Allerede nævnt i fodnote 35.

88 — Første afsnit i den ellevte betragtning til den anfægtede beslutning.

misbrug af en dominerende stilling, når en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked for en tjenesteydelse (nemlig markedet for udsendelse på fjernsyn af reklameindslag), der er *absolut nødvendig* for udførelsen af en tjenesteydelse på et beslægtet, men særskilt marked (nemlig markedet for telefonisk markedsføring via tv)[89], faktisk anvender denne dominerende stilling på det første marked til også at forbeholde sig selv tjenesteydelser på det andet marked med fare for, at konkurrencen på dette andet marked helt udelukkes[90]. Udvidelsen af en dominerende stilling blev med andre ord gjort *mulig* derved, at det andet marked kun kunne fungere via det første marked (på hvilket virksomheden indtog en dominerende stilling). Telemarketing-dommen ligger med denne udtalelse udtrykkeligt på linje Commercial Solvent-dommen[91], som vedrørte en tilsvarende situation, denne gang dog i forbindelse med produktmarkeder. I sidstnævnte dom blev det gjort klart, at en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked for råmaterialer og nægter levering af råmaterialer til en virksomhed, som udøver sin aktivitet på et »downstream«-market (marked for følgeprodukter), med det formål at forbeholde disse råmaterialer for sin egen produktion af følgeprodukter, *misbruger* sin dominerende stilling på markedet for råmaterialer, da der derved opstår risiko for, at enhver konkurrence fra en aftager på markedet for følgeprodukter udelukkes. Betegnende for disse to domme er, at en »refusal to deal« (nægtelse af at indgå transaktioner) fra en virksomhed med en dominerende stilling ikke alene betragtes som udtryk for misbrug, når denne nægtelse har til formål at drage urimelige fordele af denne dominerende stilling (f.eks. urimeligt høje salgspriser), men også når den har til formål at forstærke den dominerende stilling ved at udvide den til, og således bemægtige sig en yderligere dominerende stilling på et beslægtet, men særskilt marked. I denne forstand ligger denne retspraksis i forlængelse af Continental Can-dommen[92], hvori Domstolen for første gang antog, at misbrug i artikel 86's forstand ikke alene kan bestå i en adfærd på markedet, men også i en adfærd, som ændrer markedsstrukturen ved at gøre den mindre konkurrencepræget, idet der i dette tilfælde ikke var tale om et andet produktmarked, men om et andet geografisk marked[93].

Efter min mening er den omstændighed ikke relevant for anvendelsen af artikel 86, at det marked, som den dominerende stilling i nærværende sag skal være udvidet til, er et »beslægtet, men særskilt« marked og ikke (som i Telemarketing- og Commercial Solvent-sagerne) et »afledt« marked — således at PTT Post BV's dominerende stilling på markedet for almindelig postbefordring ikke står i årsagsforbindelse med erhvervelsen af en dominerende stilling på markedet for kurérservice. Allerede i Continental Can-dommen har Domstolen fastslået, at der ikke behøver at bestå nogen årsagsforbindelse mellem en virksomheds dominerende stilling og misbruget deraf, da styrkelse af en virksomheds dominerende stilling, uanset de dertil anvendte midler eller metoder, også *i sig selv* kan være misbrug

89 — Se dommens præmis 26, første pkt.

90 — Se dommens præmis 26, andet og tredje pkt.

91 — Dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Commercial Solvent Co. mod Kommissionen, Sml. s. 223.

92 — Dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europ Emballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215.

93 — I Continental Can-sagen havde en virksomhed med en dominerende stilling på en væsentlig del af det fælles marked udvidet denne dominerende stilling ved at skaffe sig en kontrollerende aktiepost i et konkurrerende selskab, der opererede på en anden del af det fælles marked.

(og derfor er forbudt i henhold til artikel 86), nemlig når styrkelsen hindrer konkurrencen i en sådan grad, at kun virksomheder, der er afhængige af den dominerende virksomhed, fortsat består[94]. Dette er nu netop virkningen af den nederlandske postlov, som i den anfægtede beslutning erklæres for uforenelig med artikel 86, sammenholdt med artikel 90, stk. 1.

43. Når betragtningerne til den anfægtede beslutning vedrørende eksistensen af et misbrug ikke kan overbevise mig, så ligger dette altså ikke i den retlige argumentation, men i den faktiske vurdering, som ligger til grund herfor. Med denne faktiske vurdering gås der nemlig ud fra, at markedet for kurérservice for forsendelser til en pris på under 11,90 HFL for forsendelse af breve på højst 500 g udgør en stor del af markedet for kurérservice. Misbruget skal bestå i en udvidelse af postvæsenets monopol på markedet for almindelig postbefordring til denne store del af markedet for kurérservice, således at postvæsenet også opnår en dominerende stilling på det sidstnævnte marked. Jeg mener, at denne faktiske vurdering lader noget tilbage at ønske. Markedet for kurérservice består ifølge den anfægtede beslutning af tre delmarkeder: markedet for forsendelser på over 500 g, markedet for forsendelser på højst 500 g til en pris på 11,90 HFL og derover og markedet for forsendelser på højst 500 g til en pris på under 11,90 HFL. Det første delmarked er ikke reguleret, det andet er reguleret, men er åbent for konkurrence, og kun det tredje (som adskiller sig fra de to første som følge af den fastsatte mindstetakst) er lukket for konkurrence. Ifølge den anfægtede beslutning har man ved postloven, ved at forbeholde sidstnævnte (del-)marked for PTT Post BV, udvidet PTT Post BV's dominerende stilling på markedet for almindelig postbefordring til en »stor del« af markedet for kurérservice. Der anføres dog intet talmateriale til støtte for rigtigheden af denne udtalelse. Den nederlandske regering har med rette henvist til, at mindstetaksten på 11,90 HFL er fastsat meget lavt. Skønt der er meget, der tyder på, at det er *muligt* at udføre kurérservice til en pris under mindstetaksten (f.eks. ved hjælp af kvantumsrabatter), kan det dog vanskeligt bestrides, at sådanne tjenesteydelser — i hvert fald i den for tvisten relevante periode — kun udgør en meget lille del af markedet[95]; der er heller intet, der tyder på, at der vil ske nogen forandring heri i nær fremtid. I betragtning af mindstetakstens ringe størrelse kan det heller ikke med rimelighed antages, at det delmarked, som er forbeholdt PTT Post BV, vil give denne virksomhed sådanne indtægter, at den kan optræde uafhængigt af sine konkurrenter på de andre delmarkeder.

Det fremgår således af det foregående, at i) den af Kommissionen nævnte udvidelse af PTT Post BV's monopol til markedet for kurérservice ikke berører de væsentligste delmarkeder deraf (for forsendelser på over 500 g og forsendelser under 500 g til en pris

94 — Se dommens præmis 26 og 27.

95 — Interessant i denne forbindelse er bilag I til PTT Post BV's stævning i sag C-66/90, som er en tabel, hvori der foretages en sammenligning af en række prisoplysninger fra private kurérservicevirksomheder. Det fremgår, at den billigste takst for forsendelse af et brev mellem Amsterdam og Rotterdam er 30 HFL.

på 11,90 HFL eller derover) og at ii) Kommissionen ikke tilstrækkeligt har godtgjort, at det tredje delmarked, som udvidelsen *faktisk* har indvirkning på, udgør en så stor del af markedet for kurérservice, at PTT Post BV får mulighed for i væsentligt omfang at unddrage sig konkurrence fra tilstedeværende eller nye konkurrenter. Under disse omstændigheder er jeg af den mening, at Kommissionen ikke har ført tilstrækkeligt faktisk bevis for den første form for misbrug.

b) Påtvingelse af urimelige priser og vilkår; begrænsning af udbuddet

44. Tre andre former for misbrug, som påpeges i den anfægtede beslutning under ovenstående overskrift, kan betragtes under ét. Ifølge Kommissionen fører den omstændighed, at de private kurérservicevirksomheder diskriminatorisk pålægges mindstetaksten, til, i) at virksomheder, som tidligere valgte at gøre brug af disse sidstnævnte virksomheders tjenesteydelser (fordi de var af den opfattelse, at PTT's tjenesteydelser på grund af deres pris eller kvalitet i mindre grad opfyldte deres behov), siden postloven af 1988 har været forpligtet til at gøre brug af PTT Post BV's kurérservice for deres forsendelser på højst 500 g i priskategorien indtil 11,90 HFL på de af PTT Post BV stillede betingelser, uanset om denne service tilgodeser deres behov[96]. Denne forskelsbehandling har ligeledes til følge ii), at antallet af tjenesteydere i den nævnte priskategori begrænses til en, og at kvaliteten af de tilbudte tjenesteydelser i denne kategori formindskes, da PTT Post BV som led i sin EMS-service på tidspunktet for udstedelsen af beslutningen endnu ikke tilbød nogen fuldværdig kurérservice. Såfremt forbrugerne ønsker en højere kvalitet, må de være parat til at betale mindstetaksten i stedet for den tidligere anvendte lavere takst[97]. Endvidere forhindrer postloven af 1988 iii), at postvæsenets konkurrenter udfører disse tjenesteydelser for forsendelser på mere end 500 g, og at de kan tilbyde et komplet udbud af kurérserviceydelser (nemlig, således forstår jeg det, på de tre dele af markedet: indtil 500 g og under 11,90 HFL, indtil 500 g fra 11,90 HFL og over 500 g) til reelle priser. I modsætning til postvæsenet kan de ikke »indregne« deres omkostninger vedrørende behandling af breve på over 500 g (dvs. den ikke-regulerede del af markedet) »i prisen på de ydelser, de kan tilbyde uden om monopolet« (sic)[98].

45. Den virkning på konkurrencen, som den anfægtede beslutning her beskriver, synes ved første blik at være analog med virkningen af den tyske lovgivning, som Domstolen i Höfner og Elser-dommen (ovenfor, afsnit 38 og 39) anså for et misbrug i den i artikel 86 omhandlede betydning. Også postloven monopoliserer nemlig en del af markedet for kurérservice og straffer handlinger, som er et brud på dette monopol, med den følge, at brugere af kurérservice forpligtes til *enten* at benytte en virksomhed, som kvalitativt opfylder deres behov i ringere grad, *eller* (når de ønsker en bedre kva-

96 — Se den tolvte betragtning til den anfægtede beslutning.

97 — Se trettende betragtning til den anfægtede beslutning.

98 — Se den fjortende betragtning, første afsnit, til den anfægtede beslutning.

litet) at betale en pris derfor, som ligger højere end den pris, som ville være gældende på grundlag af det normale spil mellem udbud og efterspørgsel. Forskellen i forhold til den situation, der forelå i Höfner og Elser-dommen, er dog, at den nederlandske lovgivning, som vi tidligere har set, ikke giver PTT nogen dominerende stilling på hele markedet for kurérservice (og heller ikke — dette blev i hvert fald ikke tilstrækkeligt sandsynliggjort — på en væsentlig del af dette marked), men kun markedet for almindelig postbefordring. I mangel af en dominerende stilling på markedet for kurérservice kan der heller ikke, efter analogi med den i Höfner og Elser-dommen foreliggende situation, være tale om misbrug af en dominerende stilling på *dette* marked i den i artikel 86 forudsatte betydning.

46. Endelig er der endnu en fjerde form for misbrug, som nævnes i den anfægtede beslutning, nemlig at kvalitetsbetingelsen placerer private kurérservicevirksomheder i en tilstand af retsusikkerhed: Efterhånden som PTT Post BV's »hurtige service« (nemlig »EMS«-service) i fremtiden når et tilsvarende kvalitetsniveau, vil de private kurérservicevirksomheders aktiviteter efter lovens bogstav være forbudt, undtagen for forsendelser på over 500 g[99].

Argumentet synes her at være, at postloven af 1988 giver PTT Post BV mulighed for ved en forbedring af kvaliteten af sin hurtige service *inden for rammerne af EMS* at drive sine konkurrenter ud i ulovlighed med hensyn til hurtig forsendelse af breve på højst 500 g. Skønt fortrængning af konkurrenter i princippet kan anses for en adfærd, der er udtryk for misbrug, overses det i beslutningen, at kvalitetsbetingelsen alene pålægger de private kurérservicevirksomheder at yde en bedre service end den af PTT Post BV tilbudte »normale fremskyndede befordring«, altså *eksprespostbefordring*. Således identificeres der i beslutningen en fare for konkurrencen, som i virkeligheden ikke består.

c) Konklusion

47. Skønt man i den anfægtede beslutning går ud fra korrekte præmisser, foretager man dog en forkert faktisk anvendelse af artikel 86, fordi det ikke tilstrækkeligt godtgøres, at postloven af 1988 fører til eller kan føre til, at PTT Post BV's dominerende stilling på markedet for almindelig postbefordring udvides til (hele) markedet for kurérservice. I mangel af en sådan udvidelse af en dominerende stilling kan den blotte omstændighed, at postloven af 1988 forbeholder PTT en del af markedet for kurérservice, ikke anses for misbrug, og de andre af Kommissionen påtalte virkninger af mindsteprisordningen og kvalitetsbetingelsen kan heller ikke betegnes som misbrug af en dominerende stilling på markedet for kurérservice. Skønt jeg ville kunne afslutte min gennemgang med dette resultat, skal jeg dog — for det tilfælde, at Domstolen skulle finde det nødvendigt ved udviklingen af sit ræsonnement — kort gå ind på spørgsmålet, om et eventuelt misbrug kan være berettiget i henhold til Traktatens artikel 90, stk. 2.

99 — Se den fjortende betragtning, andet afsnit, i den anfægtede beslutning.

3. *Anvendelse af artikel 90, stk. 2*

48. I den anfægtede beslutning har Kommissionen indtaget den holdning, at det påhviler vedkommende medlemsstat at bevise, at betingelserne, for at den i artikel 90, stk. 2, nævnte undtagelse kan finde anvendelse, faktisk er opfyldt [100]. Den nederlandske regering har kraftigt bestridt dette, efter min mening med urette. Ganske vist påhviler der Kommissionen en forpligtelse til *at undersøge*, om artikel 90, stk. 2, kan finde anvendelse [101], men man kan ikke med rimelighed kræve, at den af egen drift undersøger alle omstændigheder, som eventuelt ville kunne give anledning til anvendelse af undtagelsen i artikel 90, stk. 2.

49. I den syttende betragtning til den anfægtede beslutning tales der om den af den nederlandske regering påberåbte omstændighed, som angiveligt udelukker anvendelse af konkurrencereglerne. Nederlandene havde nemlig påberåbt sig, at konkurrencen mellem de private kurérservicevirksomheder og PTT på området for kurérservice ville føre til, at sidstnævnte kun ville få overladt de i økonomisk henseende mindst interessante forsendelser. På denne måde skulle det være umuligt at sikre postvæsenet de indtægter, der er nødvendige for at gøre det muligt for dette behørigt at opfylde den befordringsforpligtelse, der er pålagt det.

I den anfægtede beslutning bliver den nederlandske regerings argumentation forkastet af tre grunde. Jeg vil i det følgende kort gennemgå dem.

50. For det første henvises der i beslutningen til den gunstige udvikling i tallene for fortjeneste og omsætning i årene forud for beslutningen. Kommissionen udleder af disse tal, at det ikke er godtgjort, »at en opretholdelse af den konkurrencesituation, der fandtes forud for den nye lovs ikrafttræden, skadede den almindelige postbefordring, og at den her omhandlede foranstaltning var af afgørende betydning for at skabe balance i postvæsenets økonomi« [102].

Den nederlandske regering har heroverfor for det første anført, »at en fortjeneste i sig selv ikke behøver at betyde, at det ikke længere er muligt at påberåbe sig artikel 90, stk. 2« [103]. Dermed overser den dog kernen i Kommissionens argumentation, hvorefter artikel 90, stk. 2, nemlig på dette punkt ikke kan finde anvendelse på grund af *størrelsen* af postvæsenets fortjeneste, som ifølge Kommissionen viser, at en konkurrencesituation som den, der fandtes forud for den nye lovs ikrafttræden, ikke bringer den almindelige postbefordrings funktion og postvæsenets økonomiske ligevægt i fare.

Endvidere har Kommissionen ifølge den nederlandske regering med urette lagt tal fra perioden forud for postlovens ikrafttræden til grund. Heller ikke denne kritik er berettiget: Det lå nemlig lige for, at Kommissio-

100 — Se sidste punktum i den sekstende betragtning til den anfægtede beslutning.

101 — Med hensyn til nærmere enkeltheder, se mit forslag til afgørelse af 19.9.1991 i sag C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova, afsnit 26, 27 og 28.

102 — Se andet afsnit i den syttende betragtning til den anfægtede beslutning.

103 — Se stævningen i sag C-48/90, s. 21.

nen ved vurderingen af, om artikel 90, stk. 2, kunne finde anvendelse, skulle tage de tal i betragtning, som gav oplysninger om PTT's konkurrencemæssige slagkraft ved den nye lovs ikrafttræden. Den omstændighed, at PTT før den nye lov havde et teoretisk monopol med hensyn til kurérservice for breve på højst 500 g, ændrer intet i, at der umiddelbart før den nye lov de facto var en livlig konkurrence med hensyn til denne service. De tal, som Kommissionen har rådført sig med, var således faktisk relevante.

51. For det andet fandt Kommissionen i den anfægtede beslutning, at artikel 90, stk. 2, ikke kunne finde anvendelse, fordi postvæsenet allerede har ikke ubetydelige lovbestemte og faktiske fordele af hensyn til varetagelsen af sin opgave, således at udvidelsen af dens dominerende stilling til markedet for kurérservice objektivt ikke kan være nødvendig for udførelsen af denne opgave. Det er stærkt omtvistet mellem parterne, nøjagtig hvilken virkning disse fordele har, men jeg anser ikke denne diskussion for at have stor betydning: Det står nemlig fast, at de fritagelser og stordriftsfordele, som PTT har (navnlig fritagelse for lovbestemte forpligtelser vedrørende godsbefordring og køretider; stordriftsfordele ved brug af samme personale og samme infrastruktur til et varieret udbud af allehånde former for postservice), allerede nu fører til en forstærkning af dets konkurrencemæssige stilling i forhold til dets private konkurrenter og til forstærkning af dets økonomiske stilling. Når også den førnævnte omstændighed tages i betragtning, nemlig at der er tale om fortjeneste, ser det ikke ud som om, PTT Post BV's varetagelse af den opgave af almen interesse, som det har fået overdraget, gør det nødvendigt, at det tildeles endnu en konkurrencemæssig fordel.

52. For det tredje og sidste viser den omstændighed, at postvæsenet ikke er forpligtet til at tilbyde sine tjenesteydelser i hele Nederlandene til samme takst og i øvrigt heller ikke gør det, da det giver bestemte kunder betydelige rabatter (såkaldte »kontraktlige rabatter«), ifølge den anfægtede beslutning, at PTT Post BV meget vel var i stand til at tage konkurrencen op med private virksomheder. Igen er der betydelig uenighed mellem parterne om disse rabatters betydning, uden at det dog bestrides, at de gives [104]. Efter min opfattelse påpeges det med rette i den anfægtede beslutning, at den omstændighed, at der gives rabatter, viser, at PTT ligesom sine konkurrenter er i stand til at tage hensyn til omkostningsforskelle ved fastsættelsen af sine takster. Også dette tyder på, at opfyldelsen af den befordringsforpligtelse, som er pålagt PTT Post BV, ikke er til hinder for, at PTT kan reagere på markedets udvikling på passende måde.

Jeg deler da også Kommissionens opfattelse, hvorefter artikel 90, stk. 2, ikke kan finde anvendelse, og dens synspunkt om, at PTT Post BV's monopol på en del af den almindelige postbefordring er tilstrækkeligt til at sikre, at virksomheden fortsat kan opfylde sine forpligtelser som offentlig tjeneste (se den attende betragtning til den anfægtede beslutning).

104 — Se f.eks. den nederlandske regerings stævning i sag C-48/90, s. 21.

E — Sammenfatning og konklusion

53. Min gennemgang har ført mig til det resultat, at den anfægtede beslutning kunne have hjemmel i den kompetence, som Kommissionen har i henhold til Traktatens artikel 90, stk. 3, til at fastslå, at en national lov er i strid med en traktatbestemmelse med direkte virkning. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen imidlertid ikke ved udøvelsen af denne kompetence overholdt kravet om ret til kontradiktion. Det er af denne grund, at jeg principalt foreslår Domstolen at annullere Kommissionens beslutning 90/16/EØF om ydelse af kurérservice i Nederlandene og at dømme Kommissionen til at betale sagens omkostninger.

Subsidiært anser jeg også en række andre af sagsøgernes annullationsanbringender for begrundet. Således er det tidligere fremgået, at Kommissionen med urette har fastslået, at Traktatens artikel 90, sammenholdt med dens artikel 86, er tilsidesat, da den ikke tilstrækkeligt har godtgjort, at PTT Post BV som følge af postloven af 1988 opnår en dominerende stilling på det samlede marked for kurérservice, eller at der er fare for, at virksomheden opnår en sådan dominerende stilling, således at der ikke kan være tale om udvidelse af en dominerende stilling og heller ikke om misbrug af en dominerende stilling på markedet for kurérservice. Endvidere anser jeg den anfægtede beslutning for at være utilstrækkeligt begrundet, for så vidt det i beslutningen erklæres, i) at mindsteprisordningen for forsendelser uden for Fællesskabet og ii) forpligtelsen for kurérservicevirksomheder til forudgående at lade deres takster registrere er uforenelige med Traktatens artikel 90, sammenholdt med dens artikel 86. Da beslutningen selv må annulleres, er det ikke nødvendigt at træffe særskilt afgørelse om påstanden om annullation af berigtigelserne.