FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 28. november 1995 *

1. De præjudicielle spørgsmål, Domstolen har fået forelagt af High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, drejer sig om fortolkningen af artikel 8, stk. 1, i Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [1] (herefter »direktivet«).

Den nationale ret ønsker nærmere oplyst, hvorledes den pågældende bestemmelse skal fortolkes, og — for det tilfælde, at den nationale lovgiver har begået fejl i forbindelse med gennemførelsen — om betingelserne for, at en virksomhed, der har lidt et tab, kan kræve dette erstattet af staten, er opfyldt [2].

Relevante fællesskabsbestemmelser og nationale bestemmelser

2. Ifølge den trettende betragtning til direktivet finder dette ikke anvendelse »på de nævnte virksomheders aktiviteter, som falder uden for vand-, energi-, transport- og telekommunikationssektorerne, eller som falder inden for disse sektorer, men er undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri«.

Artikel 8, stk. 1, som Domstolen er blevet anmodet om at fortolke, udgør netop en fravigelse af direktivets bestemmelser, idet bestemmelsen fra direktivets anvendelsesområde undtager kontrakter om indkøb, der sigter mod udførelse af en eller flere teletjenester, når der er konkurrence inden for den pågældende sektor. Artikel 8 har følgende ordlyd:

»1. Dette direktiv gælder ikke for kontrakter, som ordregivere, som udøver en virksomhed, der er omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra d), indgår om indkøb, der udelukkende har til formål at gøre det muligt for dem at udføre en eller flere teletjenester, når andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste i samme geografiske område og på vilkår, som i det væsentlige er identiske.

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 297, s. 1.

2 — For så vidt angår det sidstnævnte spørgsmål er nærværende sag således forbundet med de forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, og de forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofer m.fl., i hvilke der også fremsættes forslag til afgørelse i dag.

2. Ordregiverne meddeler efter anmodning Kommissionen alle de tjenestekategorier, som de anser for undtaget i henhold til stk. 1. Kommissionen kan regelmæssigt i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* til orientering offentliggøre oversigter over de tjenestekategorier, som den anser for undtaget. I denne forbindelse tager Kommissionen hensyn til følsomme forretningsmæssige aspekter, som ordregiverne måtte påberåbe sig ved fremsendelsen af oplysningerne.«

3. I henhold til den nævnte artikel 2, stk. 2, litra d), finder direktivet bl.a. anvendelse på »tilrådighedsstillelse eller drift af offentlige telenet eller ydelse af en eller flere offentlige teletjenester«. Ifølge direktivets artikel 2, stk. 1, litra b), gælder direktivet også for ordregivere, »der ikke er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2, og som driver virksomhed på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder, der er indrømmet af en kompetent myndighed i en medlemsstat«. I artikel 2, stk. 3, litra a), præciseres det desuden, at en ordregiver i forhold til stk. 1, litra b), navnlig anses for at have særlige eller eksklusive rettigheder, »når den til opbygningen af de net eller faciliteter, der er omhandlet i stk. 2, kan benytte ekspropriation eller brugsret eller placere netudstyr på, under eller over offentlig vej«. I artikel 2, stk. 6, fastslås det, at »de i bilag I til X nævnte ordregivere opfylder ovennævnte kriterier«. I bilag X, som omfatter »Ordregivere inden for telekommunikation«, anføres for Det Forenede Kongeriges vedkommende bl.a. British Telecommunications plc (herefter »sagsøgeren«), Mercury Communications Ltd (herefter »Mercury«) og City of Kingston upon Hull (herefter »Hull plc«).

Der henvises endelig til artikel 33, stk. 1, litra d), hvorefter ordregiverne skal opbevare formålstjenlige oplysninger angående hver kontrakt, således at de senere kan begrunde beslutningerne om bl.a. undladelse af anvendelse af bestemmelserne i afsnit II, III og IV (bestemmelser om de kriterier og procedurer, der skal overholdes i forbindelse med tildelingen af kontrakter) i henhold til undtagelserne i afsnit I, herunder — af betydning for nærværende sag — undtagelsen i artikel 8, stk. 1.

4. I Det Forenede Kongerige er direktivet gennemført ved »Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992«. De bestemmelser i direktivet, hvorefter dette, som anført i den trettende betragtning, kun finder anvendelse i tilfælde, hvor der tildeles kontrakter, som udelukkende har til formål at gøre det muligt for ordregiveren at udøve en af de i direktivet nævnte former for virksomhed, er gennemført ved Regulation 5 og Regulation 6(a).

Regulation 7(1), som skal gennemføre direktivets artikel 8, stk. 1, drejer sig derimod om de undtagelser, der særlig vedrører telekommunikationssektoren, og det er således denne bestemmelse, som sagsøgeren anfægter. Den lyder således: »Nærværende regler gælder ikke for det tilfælde, at et forsyningsselskab, som er anført i Schedule 2, indhenter tilbud med henblik på indgåelse af en kontrakt, der udelukkende har til formål at gøre det muligt for selskabet at udføre en eller flere af de offentlige teletjenester, der er nævnt i det afsnit i Schedule 2, hvor forsyningsselskabet er anført«.

Det nævnte Schedule 2 har to afsnit. Afsnit A vedrører alle andre offentlige telekommunikationsvirksomheder end sagsøgeren og Hull plc. For disse virksomheders vedkommende er »alle offentlige teletjenester« undtaget fra den pågældende bekendtgørelses anvendelsesområde. Afsnit B vedrører derimod udelukkende sagsøgeren og Hull plc, for hvilke de undtagne tjenester er »alle offentlige teletjenester med undtagelse af følgende tjenester, når de udføres inden for det geografiske område, hvor den, der udfører tjenesterne, har autorisation som en offentlig telekommunikationsvirksomhed: almindelige taletelefonitjenester, almindelige datatransmissionstjenester, tilrådighedsstillelse af private lejede linjer og maritime tjenester«.

I Regulation 7(2) hedder det videre, at alle de i Schedule 2 nævnte virksomheder på begæring af ministeren skal tilstille denne en rapport med henblik på fremsendelse til Kommissionen indeholdende en beskrivelse af de af virksomheden udførte teletjenester, som den anser for tjenester, der er nævnt i det afsnit i Schedule 2, hvor virksomheden er anført. Denne bestemmelse gennemfører således direktivets artikel 8, stk. 2.

Endelig bemærkes, at Regulation 25(1) i overensstemmelse med direktivets artikel 33 bestemmer, at en virksomhed, såfremt den beslutter ikke at anvende de i bl.a. Regulation 7 indeholdte undtagelser, skal opbevare tilstrækkelige formålstjenlige oplysninger til at begrunde en sådan beslutning, for så vidt angår kontrakter, der tildeles efter andre procedurer end dem, der er hjemlet i reglerne om offentlige indkøb.

Faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

5. Sagsøgeren er et aktieselskab, som blev oprettet den 1. april 1984 i henhold til British Telecommunications Act 1984. Selskabet fik overført aktiverne og alle rettigheder og forpligtelser fra det tidligere offentlige selskab, der også hed British Telecommunications, og som selv i medfør af British Telecommunications Act 1981 havde efterfulgt Post Office. Sidstnævnte havde indtil da haft eneret til at drive telekommunikationssystemer.

I henhold til British Telecommunications Act 1984 skal enhver virksomhed, der har til hensigt at drive et telekommunikationssystem i Det Forenede Kongerige, efter monopolets afskaffelse have en autorisation, som skal indeholde en udtømmende beskrivelse af de aktiviteter, der gives tilladelse til. I henhold til denne bestemmelse gav Secretary of State for Trade and Industry i juni 1984 sagsøgeren en autorisation for en periode på 25 år. Autorisationen, hvorefter sagsøgeren betegnes som en »en offentlig telekommunikationsvirksomhed«, giver selskabet tilladelse til at drive offentlige telekommunikationssystemer i hele Det Forenede Kongerige, men med visse begrænsninger for så vidt angår det geografiske område, for hvilket Hull plc har autorisation. Autorisationen pålægger nærmere selskabet at levere taletelefonitjenester til enhver, der ønsker det, uanset om efterspørgslen er tilstrækkelig til at dække omkostningerne. Desuden er sagsøgeren som den eneste autorisationshaver undergivet regler om takstændringer (»price cap«). Det skal endelig bemærkes, at staten frem til juli 1993 gradvist afhændede sine aktier i det sagsøgende selskab.

6. Den betydelige åbning af markedet, som British Telecommunications Act 1984 skabte mulighed for, førte til, at der blev udstedt mere end 600 autorisationer til forskellige aktiviteter inden for sektoren, og at ca. 110 virksomheder blev godkendt som »offentlige telekommunikationsvirksomheder«. Autorisationerne var imidlertid meget forskellige. For så vidt angår teletjenester i form af fremførelse af meddelelser via faste forbindelser (herunder taletelefoni med faste termineringspunkter) udstedte Det Forenede Kongeriges regering kun de nødvendige autorisationer til sagsøgeren og Mercury, idet sidstnævnte bl.a. fik tilladelse til at koble sig til sagsøgerens telekommunikationssystemer. Der blev således skabt en duopolsituation på det særlige område for faste forbindelser.

Duopolpolitikken blev også opgivet inden for denne sektor i begyndelsen af 1990'erne, denne gang til fordel for en politik baseret på fri konkurrence. Alle ansøgninger om autorisationer fra private virksomheder, som opfylder visse objektive og klare kriterier, bliver således vurderet ud fra en generel formodning om, at de bør imødekommes, medmindre »særlige forhold« taler herimod. Med henblik på at sikre, at et så kompliceret system med et stort antal autoriserede virksomheder kan fungere, blev det i henhold til 1984-loven pålagt de »offentlige telekommunikationsvirksomheder« at indvilge i, at deres net efter anmodning fra andre autorisationsindehavere bliver koblet sammen med disses systemer. Der skabes herved mulighed for, at en virksomheds kunder kan få adgang til andre virksomheders net og således i den sidste ende kommunikere med de brugere, der benytter sig af disse andre virksomheders tjenester.

7. De nationale bestemmelser, hvorved direktivet er gennemført, indebærer som nævnt, at næsten alle virksomheder inden for

sektoren, herunder Mercury, som også er nævnt i bilag X til direktivet, fritages for forpligtelsen til at overholde direktivet for så vidt angår kontrakter, der udelukkende sigter mod levering af teletjenester. Kun sagsøgeren og Hull plc er fortsat undergivet direktivets bestemmelser, dog kun for så vidt angår almindelige taletelefonitjenester, almindelige datatransmissionstjenester, tilrådighedsstillelse af private lejede linjer og maritime tjenester.

Det er disse gennemførelsesbestemmelser, som sagsøgeren har anfægtet for den nationale ret. Sagsøgeren gør gældende, at Det Forenede Kongerige ikke selv burde have fastlagt, hvilke tjenester og virksomheder der er undtaget fra direktivet, da dette i henhold til direktivets artikel 8, stk. 1, er op til ordregiverne selv. Sagsøgeren har under sagen tillige nedlagt påstand om erstatning for det tab, selskabet mener at have lidt som følge af den fejlagtige gennemførelse af den omhandlede bestemmelse.

8. Den nationale ret har med henblik på sagens afgørelse fundet anledning til at anmode Domstolen om at besvare følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal Rådets direktiv 90/531 fortolkes således, at en medlemsstat ifølge det skøn, der er indrømmet den i medfør af EØF-traktatens artikel 189, i forbindelse med gennemførelsen af direktivets artikel 8, stk. 1, selv kan fastlægge, hvilke teletjenester fra de enkelte ordregivere der er undtaget eller ikke er undtaget i henhold til artiklen?

2) a) Sigter ordene 'når andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste i samme geografiske område og på vilkår, som i det væsentlige er identiske' i artikel 8, stk. 1, alene til 'frihed' og 'vilkår' som fastsat ved lov eller administrativt?

b) Såfremt spørgsmål 2 a) besvares benægtende:

i) Hvilke andre forhold sigter de pågældende ord da til?

ii) Er en ordregivers stilling på markedet for en bestemt teletjeneste relevant for disse forhold?

iii) Såfremt ordregiverens stilling er relevant: På hvilken måde er den relevant, og under hvilke omstændigheder kan den være afgørende?

c) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 2 b), nr. ii) og iii), at ordregiveren er underlagt visse begrænsninger i henhold til administrative bestemmelser, og — i bekræftende fald — i hvilke henseender har det betydning?

3) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

a) Såfremt der er tvist mellem en ordregiver og de nationale myndigheder, som skal gennemføre artikel 8, stk. 1, hvordan skal den nationale domstol, for hvilken en sådan tvist er indbragt, da sikre, at kriterierne for anvendelsen af undtagelsen i artikel 8, stk. 1, anvendes korrekt, og skal den nationale domstol navnlig sætte sin egen bedømmelse af anvendelsen af undtagelsen i artikel 8, stk. 1, i stedet for den, der er lagt til grund af de nationale myndigheder, som skal gennemføre artikel 8, stk. 1?

b) Foreligger der en tilsidesættelse af direktiv 90/531 eller af generelle fællesskabsretlige principper, navnlig retssikkerhedsprincippet, såfremt den nationale domstol finder, at de definitioner af visse teletjenester, som de nationale myndigheder, der skal gennemføre artikel 8, stk. 1, har opstillet med henblik på afgørelsen af, om en bestemt tjeneste er omfattet af undtagelsen, er af en sådan karakter, at det er umuligt for ordregiveren at få vished for, om en bestemt tjeneste er omfattet af undtagelsen?

c) Kan en medlemsstat basere sine definitioner af visse teletjenester på beskrivelser af de tekniske midler, en tjeneste udføres ved hjælp af, i stedet for at lægge en beskrivelse af selve tjenesten til grund?

4) Har en medlemsstat, der har begået fejl i forbindelse med gennemførelsen af artikel 8, stk. 1, i Rådets direktiv 90/531, i henhold til fællesskabsretten pligt til at betale erstatning til en ordregiver for tab, som denne har lidt som følge af den pågældende fejl, og på hvilke betingelser kan der i givet fald opstå et sådant erstatningsansvar?«

Spørgsmål 1

9. Med spørgsmål 1 ønskes det oplyst, om medlemsstaterne, når henses til det skøn de råder over i medfør af traktatens artikel 189, ved gennemførelsen af et direktiv i national ret kan fastlægge, hvilke teletjenester der kan undtages i henhold til direktivets artikel 8, stk. 1, når visse betingelser er opfyldt, eller om afgørelsen herom tilkommer ordregiverne selv.

Der skal med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål først og fremmest ses på den omhandlede bestemmelses ordlyd, den sammenhæng den indgår i, og dens formål.

10. Selve ordlyden af direktivets artikel 8, stk. 1, giver ingen holdepunkter for, at medlemsstaterne selv skulle kunne fastlægge, hvilke tjenester og virksomheder der er undtaget fra direktivet. Direktivet fastslår nemlig blot, at det ikke gælder for kontrakter, som ordregiverne indgår om indkøb, der udelukkende har til formål at gøre det muligt for dem at udføre en eller flere teletjenester, når andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste på samme vilkår.

Den omstændighed, at medlemsstaterne slet ikke nævnes, synes således at tale for, at det er ordregiverne selv, der skal fastlægge, hvilke kontrakter der er undtaget, idet kun ordregiverne er nævnt i bestemmelsen. En sådan antagelse støttes, i hvert fald umiddelbart, af, at andre bestemmelser i direktivet, som også er indeholdt i afsnit I og således drejer sig om tilladte undtagelser, udtrykkeligt og nøje fastlægger medlemsstaternes rolle i forbindelse med defineringen af de kontrakter, de pågældende undtagelser gælder for [3].

11. Desuden skal ordregiverne i henhold til artikel 8, stk. 2, efter anmodning fra Kommissionen meddele denne alle de tjenestekategorier, som de »anser for undtaget i henhold til stk. 1«. Kommissionen offentliggør derpå i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, C-udgaven, oversigter over de tjenestekategorier, som den »anser for undtaget«, dog kun til orientering.

Hvis det — som anført af Det Forenede Kongerige — var op til medlemsstaterne at afgøre, hvilke tjenester der skal anses for undtaget fra direktivets anvendelsesområde i medfør af artikel 8, stk. 1, ville det være vanskeligt at forstå, hvorfor artikel 8, stk. 2, skulle pålægge ordregiverne, og ikke medlemsstaterne, at meddele, hvilke tjenester de anser for undtaget. Hvis ikke bestemmelsen

3 — Jf. navnlig artikel 3 og 10.

skal være helt uden mening, må det anerkendes, at artikel 8, stk. 2, har et formål, i det omfang det er ordregiverne selv, der afgør, hvilke af de tjenester, de leverer, der kan undtages i henhold til artikel 8, stk. 1.

12. Dette synspunkt bekræftes også af direktivets artikel 33, hvorefter ordregiverne som nævnt angående hver kontrakt skal opbevare »oplysninger ..., således at de senere kan begrunde beslutningerne om ... d) undladelse af anvendelse af bestemmelserne i afsnit II, II og IV i henhold til undtagelserne i afsnit I«.

Det fremgår helt klart af den netop citerede bestemmelse, at fællesskabslovgiver — gennem de nationale lovgivninger — har villet henvende sig direkte til ordregiverne, idet man har givet disse ansvaret for at træffe afgørelser om undtagelser i henhold til direktivets artikel 8, stk. 1, og pålagt dem at godtgøre, at betingelserne herfor er opfyldt.

13. Jeg skal på denne baggrund også erindre om, at det fremgår af Domstolens faste praksis på området, at den frie adgang til at bestemme form og midler for gennemførelsen af direktivet, som medlemsstaterne har i henhold til traktatens artikel 189, stk. 3, »ikke [berører] forpligtelsen for hver medlemsstat, som direktivet retter sig til, til inden for sin nationale retsorden at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivet fuld virkning i overensstemmelse med dets formål« [4]. Dette betyder, at medlemsstaterne har pligt til at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivets bestemmelser fuld virkning, og således også til at garantere det foreskrevne resultat. I øvrigt har Domstolen selv fastslået, at et direktivs bestemmelser skal gennemføres »ved udstedelsen af utvivlsomt bindende regler, der ... udgør bestemte, klare regler, der opfylder kravet om retssikkerhed« [5].

Disse udtalelser indebærer klart, at det skøn, medlemsstaterne har i forbindelse med gennemførelsen af et direktiv i deres nationale retsorden, ikke kan udnyttes på en sådan måde, at formålet med det pågældende direktiv bringes i fare, og at det afgørende netop er det ønskede resultat, hvorfor gennemførelsen af et direktiv må anses for korrekt, hvis den gør det muligt at nå det forfulgte mål, også selv om direktivets bestemmelser ikke er gengivet ordret i den nationale gennemførelseslovgivning [6].

4 — Dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 15.

5 — Dom af 30.5.1991, sag C-59/89, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2607, præmis 24.

6 — Jf. f.eks. dom af 9.4.1987, sag 363/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1733.

14. For så vidt angår det foreliggende tilfælde, betyder dette, at, selv om det ud fra den omhandlede bestemmelses ordlyd og den sammenhæng, den indgår i, må konkluderes, at ordregiverne selv skal fastlægge, hvilke af de tjenester, de leverer, der skal anses for undtaget fra direktivets anvendelsesområde, skal det ikke desto mindre undersøges, om de af Det Forenede Kongerige trufne gennemførelsesforanstaltninger under alle omstændigheder kan sikre det resultat, der forfølges med direktivet, navnlig artikel 8, stk. 1.

Dette spørgsmål kan efter min opfattelse kun besvares benægtende. Den omstændighed, at det på forhånd defineres, hvilke tjenester der er »undtaget«, som beskrevet ovenfor, strider efter min mening mod selve formålet med bestemmelsen, navnlig fordi der ved en sådan fastlæggelse a priori, som er baseret på den foreliggende situation i en medlemsstat på et givet tidspunkt, hverken tages hensyn til en mulig udvikling inden for den pågældende sektor eller til det forhold, at de undtagne tjenester kan variere i relation til en enkelt erhvervsdrivende. Samtidig forhindrer en sådan fremgangsmåde Kommissionen i at udøve den kontrolbeføjelse, direktivet giver den i så henseende.

15. Det er ganske vist således, at ordregiverne på anmodning af Kommissionen giver denne meddelelse om de kontrakter, som de anser for undtaget, og at Kommissionen til orientering offentliggør disse oplysninger, men den således offentliggjorte oversigt omfatter udelukkende de tjenester, som Kommissionen selv »anser for undtaget«. Det påhviler således Kommissionen at undersøge, om de tjenester, ordregiverne har givet meddelelse om, faktisk opfylder de i artikel 8, stk. 1, fastlagte kriterier for at kunne undtages.

Det er imidlertid helt indlysende, at den af Det Forenede Kongerige foretagne gennemførelse forhindrer Kommissionen i at foretage en sådan undersøgelse, idet de oversigter, som ordregiverne tilstiller den gennem de kompetente nationale myndigheder [7], nødvendigvis vil være sammenfaldende med de i Schedule 2 til den nationale bekendtgørelse omhandlede. Den kontrolfunktion, Kommissionen skal udøve i henhold til direktivets artikel 8, stk. 2, er således tilsidesat i relation til virksomheder og tjenester i Det Forenede Kongerige.

16. Det Forenede Kongerige har imidlertid i sit forsvar for sin gennemførelse af direktivet i national ret anført, at det ikke ville have været hensigtsmæssigt at overlade det til ordregiverne selv at fastlægge, hvilke kontrakter der er omfattet af undtagelsen, idet dette højst sandsynligt ville have ført til forskellige vurderinger af ensartede tilfælde, ligesom retssikkerheden ville være blevet bragt i fare i uoprettelig grad.

7 — Jf. Regulation 7(2) i de nationale gennemførelsesbestemmelser.

Jeg skal hertil blot bemærke, at det i tilstrækkelig grad er sikret, at den ved direktivet indførte ordning, således som den er fortolket i nærværende forslag til afgørelse, kan fungere, ved hjælp af den kontrolfunktion, direktivet giver Kommissionen, også og især for så vidt angår de mulige misbrug, Det Forenede Kongerige henviser til. I det omfang beslutningen om undtagelse træffes af ordregiverne og ikke af medlemsstaterne, vil beslutningerne eventuelt kunne anfægtes i henhold til de nationale bestemmelser, der er indført til gennemførelse af direktiv 92/13/EØF [8], om klagemuligheder. Dette direktiv finder nemlig i henhold til artikel 1 anvendelse på »ordregivernes beslutninger«.

17. Jeg kan endelig ikke undlade at bemærke, at den fortolkning af direktivets artikel 8, stk. 1, som jeg har anlagt i det foregående, klart viser, at der er tale om en bestemmelse, der giver borgerne, i det konkrete tilfælde ordregiverne, rettigheder, som de kan påberåbe sig direkte for de nationale domstole, og at der således er tale om en bestemmelse, der har direkte virkning. Det må på denne baggrund fastslås, at en forudgående og detaljeret fastlæggelse af de undtagne tjenester som den, den nationale lovgiver har foretaget, nødvendigvis er i strid med det resultat, der ønskes opnået med direktivet.

8 — Rådets direktiv af 25.2.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14).

Sammenfattende finder jeg, at medlemsstaterne i henhold til traktatens artikel 189 har pligt til at gennemføre direktivets artikel 8, stk. 1, på en sådan måde, at ordregiverne selv kan anvende de i bestemmelsen fastlagte kriterier og således afgøre, hvilke af de teletjenester, som de leverer, der skal være undtaget fra direktivets anvendelsesområde.

Spørgsmål 2

18. Med spørgsmål 2 a) anmoder den nationale ret Domstolen om at afgøre, om ordene »når andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste i samme geografiske område og på vilkår, som i det væsentlige er identiske«, i artikel 8, stk. 1, skal fortolkes således, at der med hensyn til den frihed, som ordregiverne skal have, og de omhandlede vilkår sigtes til, hvad der er fastsat ved lov eller administrativt.

Der skal således i det væsentlige tages stilling til, om afgørelsen af, om betingelsen for en undtagelse i henhold til direktivets artikel 8, stk. 1, om, at andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste i samme »geografiske område« på vilkår, som »i det væsentlige er identiske«, er opfyldt, kun skal træffes efter en retlig bedømmelse, eller om der — som anført af sagsøgeren — også skal lægges vægt på faktiske forhold.

19. Det turde næsten være overflødigt at nævne, at det i førstnævnte tilfælde ville være tilstrækkeligt, at der ved lov eller administrativt er sikret mulighed for en fri konkurrence i den pågældende sektor. Man må med andre ord afskaffe eventuelle bestemmelser, der forhindrer den fri konkurrence, det være sig ved, at der indrømmes bestemte virksomheder særlige eller eksklusive rettigheder, eller ved at adgangen til markedet på en eller anden måde gøres vanskelig eller umulig.

Dette er sagsøgerens opfattelse, og selskabet gør til støtte herfor gældende, at direktivet ikke alene er rettet til de offentlige myndigheder og de offentlige virksomheder i de af direktivet omfattede sektorer, men også til de ordregivere, der i forbindelse med udøvelsen af deres virksomhed har særlige eller eksklusive rettigheder, som medlemsstaternes kompetente myndigheder har indrømmet dem. Baggrunden for en sådan udvidelse er ifølge sagsøgeren netop den antagelse, at sådanne rettigheder udelukker konkurrence på markedet, idet dette gøres til et »forbeholdt« marked. Det følger ifølge sagsøgeren heraf, at såfremt der i national lovgivning er indført regler med henblik på at afskaffe sådanne særlige eller eksklusive rettigheder, således som det er sket i Det Forenede Kongerige ved British Telecommunications Act 1984, er der ikke længere nogen grund til at anvende direktivet i medfør af den i artikel 8, stk. 1, hjemlede undtagelse. Det omhandlede marked er nemlig ikke et »forbeholdt« marked i direktivets artikel 2, stk. 3's forstand, men et liberaliseret marked, dvs. et marked, som tillader fri konkurrence mellem flere virksomheder.

20. Jeg kan ikke tilslutte mig det pågældende synspunkt. Det fremgår for det første på ingen måde af selve ordlyden af den omhandlede bestemmelse, at den kun drejer sig om hindringer som følge af bestemmelser fastsat ved lov eller administrativt. Betingelsen om, at andre ordregivere frit skal kunne tilbyde de samme tjenester på i det væsentlige identiske vilkår, er formuleret i generelle vendinger, og den ville ikke kunne formuleres anderledes, når henses til formålet med bestemmelsen og hele ordningen som sådan. Desuden fremgår det udtrykkeligt af den trettende betragtning til direktivet, som jeg flere gange har henvist til, at det er en betingelse for at undtage de pågældende ordregiveres aktiviteter fra direktivet, at de »*er undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri*« [9].

Det er kort sagt klart ikke tilstrækkeligt, at adgangen til markedet ikke er udelukket ved lov, idet der også skal være tale om en ægte konkurrence. De i direktivets artikel 8, stk. 1, opstillede kriterier må derfor fortolkes således, at de ikke blot skal være opfyldt de jure, men også de facto. Den første betingelse er opfyldt, når andre virksomheder end den berørte ordregiver har tilladelse til at virke på markedet for de pågældende tjenester, idet adgangen hertil ikke er begrænset ved lov. Den anden betingelse er opfyldt, såfremt de pågældende virksomheder ikke blot formelt har en sådan tilladelse, men også

9 — Min fremhævelse.

faktisk er i stand til at levere de omhandlede tjenester på samme vilkår som ordregiveren.

21. Sammenfattende skal den omhandlede formulering fortolkes således, at der sigtes til en række tekniske og økonomiske faktorer ud over de retlige faktorer. »Friheden« til at tilbyde tjenesterne skal således være aktuel og ikke potentiel, dvs. blot teoretisk mulig. I sidstnævnte tilfælde ville ordregiveren nemlig stadig være den eneste, der faktisk er aktiv på det relevante marked.

Ordregiveren må derfor, hvis virksomheden finder, at den bør undtages fra direktivet, på grundlag af artikel 8 og 33 godtgøre, at andre er i stand til at udøve den samme virksomhed på »vilkår, som i det væsentlige er identiske«.

22. Med spørgsmål 2 b) og c) ønsker den nationale ret desuden at få oplyst, hvilke faktorer der skal tages hensyn til ved vurderingen af, om der reelt hersker konkurrence på telekommunikationsmarkedet med hensyn til en bestemt tjeneste.

Der spørges nærmere, om det, såfremt det også er nødvendigt at vurdere markedssituationen på grundlag af faktiske forhold, er relevant, at den pågældende ordregiver eventuelt har en dominerende stilling på markedet for en bestemt teletjeneste, hvad denne dominerende stilling skal bestå i for at være afgørende i så henseende, og endelig om det har nogen betydning, at ordregiveren er undergivet særlige administrative begrænsninger.

23. Sagsøgeren har for det første afvist, at selskabet har en dominerende stilling på markedet [10], idet det har fremlagt en række oplysninger, som efter dets opfattelse bekræfter, at der hersker en reel konkurrence på mange områder inden for den pågældende sektor. Selskabet har for det andet bestridt, at det i sig selv skulle være relevant i relation til direktivet om offentlige kontrakter, at en virksomhed har en dominerende stilling, og afvist, at det alene på grundlag af en analyse af markedsandelene kan fastslås, at en virksomhed har en sådan stilling.

Der bør efter selskabets opfattelse tages hensyn til andre faktorer ved vurderingen af dets stilling på markedet, navnlig de lovbestemte

10 — Det Forenede Kongerige er af den modsatte opfattelse. Den franske regerings indlæg, som ikke er blevet bestridt, viser i øvrigt, at markedsandelene på området for faste forbindelser er fordelt således: 90% til sagsøgeren, 7% til Mercury og 3% til andre virksomheder.

begrænsninger, selskabet i modsætning til de fleste andre autorisationsindehavere er underlagt [11].

begrænsninger som de ovenfor beskrevne og enhver anden omstændighed, som konkret måtte vise sig at være relevant.

24. Domstolen har i denne sag efter min opfattelse hverken kompetence til eller mulighed for at vurdere, om alle de faktiske og retlige betingelser for en undtagelse i henhold til direktivets artikel 8, stk. 1, er opfyldt i det foreliggende tilfælde. Denne opgave tilkommer den nationale ret og svarer i de fleste tilfælde nøjagtigt til den undersøgelse, som i henhold til den omhandlede bestemmelse skal foretages af ordregiverne, og i den sidste ende til den kontrolopgave, Kommissionen skal udføre.

Spørgsmål 3

25. Med spørgsmål 3, som er opdelt i tre punkter, anmodes Domstolen i det væsentlige om at afgøre, hvilken rolle den nationale ret skal spille, når den skal vurdere, om de nationale myndigheder har anvendt kriterierne i direktivets artikel 8, stk. 1, korrekt, navnlig i forbindelse med en tvist mellem en ordregiver og de nationale myndigheder om, hvorvidt de i den nævnte bestemmelse opstillede kriterier for en undtagelse er anvendt korrekt, og såfremt den nationale ret når frem til, at disse kriterier er udformet på en sådan måde, at det er umuligt for ordregiveren at få vished for, om en bestemt tjeneste er omfattet af undtagelsen.

Det skal således på dette sted blot fastslås, at afgørelsen af, hvorvidt bestemte tjenester kan være omfattet af undtagelsen i overensstemmelse med de (faktiske og retlige) betingelser i direktivets artikel 8, stk. 1, kun kan træffes i hvert enkelt tilfælde, idet der bl.a. skal tages hensyn til alle de pågældende tjenesters særlige kendetegn, eventuelle substituerende tjenester, prisvilkårene, konkurrenternes stilling på markedet, eventuelle lovbestemte

Det fremgår klart, at den nationale ret har stillet dette spørgsmål for det tilfælde, at Domstolen besvarer det første spørgsmål bekræftende og altså fastslår, at medlemsstaterne selv kan fastlægge, hvilke tjenester der skal anses for undtaget fra direktivets anvendelsesområde i medfør af artikel 8, stk. 1. Når henses til den konklusion, jeg er nået

11 — Det fremgår nærmere af forelæggelseskendelsen, at sagsøgeren har pligt til at give enhver virksomhed, der anmoder herom, adgang til at blive koblet til selskabets net. Desuden har sagsøgeren en almen leveringsforpligtelse, dvs. en pligt til at levere telefonitjenester overalt i Det Forenede Kongerige, selv om efterspørgslen ikke er tilstrækkelig til at dække omkostningerne. Endelig er sagsøgeren som den eneste autorisationshaver forpligtet til at overholde »price cap«-reglen, hvorefter selskabet ikke må ændre sine takster, bortset fra de tilfælde og inden for de grænser, der er hjemlet i loven.

frem til i så henseende, er det overflødigt at besvare dette spørgsmål.

Spørgsmål 4

26. Spørgsmål 4 rejser endnu engang problemet om statens ansvar og erstatningspligt i forhold til borgere, der har lidt tab på grund af en tilsidesættelse af fællesskabsretten. Dette er også en central problemstilling i sagerne Brasserie du pêcheur og Factortame [12] og Dillenkofer m.fl. [13], i hvilke jeg også fremsætter forslag til afgørelse i dag. I den førstnævnte sag gøres det gældende, at medlemsstaten har anvendt den nationale lovgivning i strid med traktaten. Den sidstnævnte sag drejer sig derimod — ligesom Francovich-sagen [14] — om en manglende gennemførelse af et direktiv inden for den fastsatte frist.

Nærværende sag rejser det samme problem igen, men i relation til den situation, at et direktiv er blevet gennemført ukorrekt i national ret, omend rettidigt [15]. Sagsøgeren kræver erstatning for det tab, selskabet mener at have lidt som følge af den ukorrekte gennemførelse af direktivets artikel 8, stk. 1. Ifølge sagsøgeren består selskabets tab i de yderligere udgifter, det har haft med henblik på at overholde den (ukorrekte) nationale lovgivning, hvorved direktivet er gennemført, og som hævdes at have forhindret selskabet i at indgå rentable aftaler, og de ulemper, selskabet har haft på det forretningsmæssige og det konkurrencemæssige plan, som følge af kravet om, at det i modsætning til de andre virksomheder i den pågældende sektor skal offentliggøre sine planer om kontrakter og leveringsaftaler i Tidende [16].

27. Selv under disse omstændigheder, såvel som under de i det foregående afsnit beskrevne, kan der kun tages udgangspunkt i dommen i sagen Francovich m.fl., hvor Domstolen som bekendt fastslog, at staten var erstatningsansvarlig for den manglende gennemførelse af et direktiv, idet den nær-

12 — Jf. ovenfor, note 2.

13 — Jf. ovenfor, note 2.

14 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357.

15 — I modsætning til Factortame-sagen (sag C-48/93, herefter »Factortame III«), hvor overtrædelsen af fællesskabsretten er sket i forbindelse med lovgivning, er de bestemmelser, hvormed direktivet er gennemført i det foreliggende tilfælde, en forvaltningsakt. Selv under disse omstændigheder gør de yderst restriktive betingelser, der er opstillet i engelsk retspraksis vedrørende statens erstatningsansvar for dens regelfastsættelse, det yderst vanskeligt at anerkende et erstatningskrav for borgere, som har lidt tab som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten. For en grundlæggende oversigt over den nationale retspraksis vedrørende statens ansvar for de offentlige myndigheders regelfastsættelsesvirksomhed, navnlig for så vidt angår de forskellige tilfælde, hvor der anerkendes et erstatningsansvar i henhold til engelsk ret, jf. punkt 7 i mit forslag til afgørelse i ovennævnte sag.

16 — Sagsøgeren har for den nationale ret også fremsat begæring om, at anvendelsen af de anfægtede nationale bestemmelser som en foreløbig forholdsregel suspenderes. Begæringen blev ikke imødekommet.

mere fastlagde de betingelser, der i et sådant tilfælde skal være opfyldt, for at der opstår et erstatningskrav for borgerne.

Der skal således i nærværende sag tages stilling til: a) om princippet om statens erstatningsansvar også omfatter en rettidig, men ukorrekt gennemførelse af et direktiv; b) om de af Domstolen i sagen Francovich m.fl. opstillede betingelser også er tilstrækkelige til at pålægge staten en erstatningspligt i et tilfælde som det foreliggende, eller om andre betingelser skal være opfyldt; c) om betingelserne er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

28. Da nogle af ovennævnte spørgsmål er behandlet udførligt i mit forslag til afgørelse i de forenede sager Brasserie du pêcheur og Factortame III, skal jeg henvise til dette forslag til afgørelse, for så vidt angår de nødvendige uddybninger. Jeg vil således i nærværende sag begrænse mig til nogle få sammenfattende bemærkninger af generel karakter og alene beskæftige mig mere indgående med de aspekter, der har særlig betydning for det foreliggende tilfælde.

29. Det bemærkes indledningsvis, at erstatningspligten ikke kan begrænses til de tilfælde, hvor et direktiv ikke er blevet gennemført, men må udvides til at omfatte de tilfælde, hvor borgeren, som i det foreliggende tilfælde, har lidt et tab som følge af en anvendelse af en national bestemmelse, der skal gennemføre et direktiv, og som viser sig at være ukorrekt, hvorfor den også kunne være blevet anfægtet direkte for de nationale domstole. Den omstændighed, at en borger i et sådant tilfælde kan opnå beskyttelse af den påberåbte ret ved de nationale domstole, kan med andre ord ikke i sig selv udelukke enhver mulighed for beskyttelse af hans økonomiske interesser [17].

I dommen i sagen Francovich m.fl. [18] nåede Domstolen under henvisning til de grundlæggende træk ved Fællesskabets retsorden frem til den konklusion, at der »af selve traktatens system [følger] et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten« (præmis 35). Der er herved klart tale om et generelt princip, som gælder ethvert tilfælde af overtrædelser af fællesskabsretten og ikke kun ved manglende gennemførelse af direktiver [19]. Domstolen fastslog blot, at det i sidstnævnte tilfælde »navnlig (er) nødvendigt«, at der kan gøres erstatningskrav gældende, idet borgerne ellers ikke ville have nogen beskyttelse på trods af de rettigheder, direktivet giver dem. Denne udtalelse udelukker imidlertid ikke et erstatningsansvar for andre former for overtrædelser, navnlig fordi Domsto-

17 — Jf. herom punkt 23-34 i forslaget til afgørelse i sagerne Brasserie du pêcheur og Factortame III.

18 — For så vidt angår de særlige aspekter ved sagen Francovich m.fl. såvel som grundlaget for og omfanget af princippet om den skadevoldende medlemsstats ansvar og erstatningspligt, henvises til forslaget til afgørelse i de forenede sager Brasserie du pêcheur og Factortame III, navnlig punkt 15-22.

19 — Jf. navnlig dommens præmis 33, 35 og 37.

len selv efterfølgende fastslog, at betingelserne for, at der kan kræves erstatning, *afhænger af den tilsidesættelse af fællesskabsretten*, der har forvoldt tabet (præmis 38).

30. Som anført i forslaget til afgørelse i de forenede sager Brasserie du pêcheur og Factortame III, kan det i visse tilfælde være utilstrækkeligt at annullere den ulovlige foranstaltning eller at undlade at anvende den lov, der er uforenelig med en højere retsnorm. Det kan med henblik på at gøre beskyttelsen reel og effektiv også være nødvendigt at genoprette den tilsidesatte rettigheds økonomiske indhold og altså sikre, at tabet erstattes.

Princippet om statens økonomiske ansvar må både anvendes som et alternativ og som et supplement til beskyttelsen på det materielle plan. Det skal således både anvendes i forbindelse med overtrædelser af bestemmelser uden direkte virkning, dvs. bestemmelser som ikke kan gøres direkte gældende for de nationale domstole, og i forbindelse med overtrædelser af bestemmelser, der har en sådan direkte virkning [20]. Dette gælder naturligvis også i det her omhandlede tilfælde af en ukorrekt gennemførelse af et direktiv.

20 — På linje hermed udtalte Domstolen i sin dom af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster m.fl., Sml. I, s. 3313, præmis 22, at artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF — en bestemmelse, som har direkte virkning — »til støtte for et erstatningskrav kan påberåbes over for et organ, som ... har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed«.

31. Hvad angår betingelserne for statens økonomiske ansvar, skal det først og fremmest understreges, at det — som anført i det førnævnte forslag til afgørelse — med henblik på at sikre en om ikke helt identisk så dog i det mindste ensartet beskyttelse i alle medlemsstaterne er nødvendigt, at det er fællesskabsretten selv, der fastlægger de betingelser, der som minimum skal være opfyldt, for at der består et erstatningskrav, herunder kriterierne for at fastslå, at betingelserne er opfyldt, og de »fællesskabsretlige« grænser for de »nationale« betingelser for erstatning, det være sig betingelser af proceduremæssig eller anden karakter.

Dette er i øvrigt den løsning, Domstolen — omend med visse særlige træk knyttet til den konkrete sag — valgte i sagen Francovich m.fl. Der er ingen grund til at antage, at den pågældende løsning kun gælder ved en manglende gennemførelse af et direktiv og ikke også ved en tilsidesættelse af direkte anvendelige bestemmelser eller ved en ukorrekt gennemførelse af et direktiv.

32. I Francovich-dommen fastslog Domstolen som bekendt, at staten er ansvarlig, såfremt følgende tre betingelser er opfyldt: »For det første skal de mål, der tilsigtes med direktivet, indebære, at private tillægges rettigheder, for det andet skal indholdet af disse rettigheder kunne fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser, og for det tredje skal der være årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de

skadelidtes tab« [21]. Domstolen fastslog endvidere, at »såfremt disse betingelser er opfyldt, har private et krav på erstatning, der følger direkte af fællesskabsretten« [22]. En medlemsstat, der ikke har gennemført et direktiv, er således altid erstatningsansvarlig for de tab, borgerne har lidt, såfremt de af Domstolen opstillede betingelser er opfyldt.

Skal denne konklusion også gælde i det her omhandlede tilfælde, hvor der ikke er tale om en manglende gennemførelse af et direktiv inden for den fastsatte frist, men om en »ukorrekt gennemførelse«? Med andre ord: Er de *nødvendige betingelser* for medlemsstatens erstatningspligt de samme eller forskellige i de to tilfælde?

33. Der er under nærværende sag givet meget forskellige svar på disse spørgsmål. Ifølge de fleste af de regeringer, der har afgivet indlæg, er det ikke tilstrækkeligt til at fastslå et ansvar for staten, at de betingelser, Domstolen opstillede i Francovich-dommen, er opfyldt. De betingelser, der skal være opfyldt, bør i stedet være de samme som på området for fællesskabsinstitutionernes ansvar uden for kontraktforhold [23], eller også bør statens ansvar knyttes til et krav om culpa.

Kommissionen finder derimod, at de betingelser, Domstolen opstillede i Francovich-dommen, er tilstrækkelige, idet der i traktatens artikel 189 ikke sondres mellem manglende gennemførelse og ukorrekt gennemførelse af et direktiv. Det afgørende er ifølge Kommissionen med andre ord i begge tilfælde, at medlemsstaten ikke har overholdt sin forpligtelse til at opnå det i direktivet foreskrevne resultat.

34. Lad mig med det samme slå fast, at jeg ikke deler dette synspunkt, som i øvrigt heller ikke synes at være i overensstemmelse med det synspunkt, som Kommissionen indtog i de forenede sager Brasserie du pêcheur og Factortame III. I disse sager foreslog Kommissionen nemlig, at der som minimum blev anvendt de samme restriktive betingelser som dem, Domstolen har opstillet i retspraksis vedrørende artikel 215.

21 — De tre betingelser, som Domstolen opstillede i dommen i sagen Francovich m.fl. (præmis 40), er her gengivet i overensstemmelse med Domstolens sammenfatning af betingelserne i dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 27. Jf. også dom af 16.12.1993, sag C-334/92, Wagner Miret, Sml. I, s. 6911, præmis 22 og 23. I sidstnævnte sag, hvor direktivet — det samme som i Francovich-sagen — allerede var gennemført i national ret, var problemet, at der i de relevante nationale bestemmelser ikke var taget hensyn til en bestemt kategori af arbejdstagere, hvorfor direktivet ikke var gennemført i forhold til disse.

22 — Dommen i sagen Francovich m.fl., præmis 41.

23 — Retspraksis herom, eller snarere de af Domstolen heri opstillede kriterier, er, i det omfang de er relevante for nærværende sag, behandlet i punkt 61-69 i forslaget til afgørelse i de forenede sager Brasserie du pêcheur og Factortame III.

Direktivet pålægger ganske vist medlemsstaterne at nå et bestemt resultat, idet de alene indrømmes et skøn med hensyn til form og midler for gennemførelsen, men dette er efter min opfattelse kendetegnende for mange fællesskabsretlige bestemmelser, det være sig traktatbestemmelser eller andre bestemmelser. Jeg finder f.eks. ikke, at det kan benægtes, at traktatens artikel 30 pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til at nå et resultat. Kommissionens holdning i så henseende er ikke desto mindre, at der, for at der kan pålægges medlemsstaten en erstatningspligt, ikke alene skal foreligge en overtrædelse, men at denne også skal være grov og åbenbar.

35. Problemet kan således ikke løses alene ud fra, hvilken form for forpligtelse der er tale om, navnlig om der er tale om en forpligtelse til at nå et resultat. Jeg finder derimod, at det ikke blot er en afgørende faktor ved fastlæggelsen af grænserne for, hvornår en ulovlig handling bliver ansvarspådragende, i hvilket omfang medlemsstaterne råder over et skøn på området, men også hvor nøje den pågældende forpligtelse er præciseret og endelig muligheden for tilstrækkelig nøjagtigt at fastlægge indholdet af den rettighed, en borger påberåber sig i en bestemt situation. Dette er — som det fremgår af min udførlige redegørelse i forslaget til afgørelse i de forenede sager Brasserie du pêcheur og Factortame III [24] — de særlige kendetegn ved en åbenbar og grov overtrædelse. Spørgsmålet om culpa, for så vidt som der herved forstås et subjektivt element i medlemsstatens påståede retsstridige adfærd, spiller derimod ingen rolle ved fastlæggelsen af, om en medlemsstat er erstatningsansvarlig [25].

På denne baggrund kan det forhold, at Domstolen i Francovich-dommen ikke angiver kriterierne for, at skadevolderens adfærd er retsstridig, på ingen måde siges at medføre, at enhver overtrædelse af fællesskabsretten, hvorved der gøres indgreb i de økonomiske interesser for en borger, som har en ret, der gøres gældende med hjemmel i den overtrådte bestemmelse, i sig selv og automatisk giver ret til erstatning [26]. Der var ganske enkelt i den pågældende sag tale om en åbenbar og grov overtrædelse.

36. Som allerede anført i mit forslag til afgørelse i de forenede sager Brasserie du pêcheur og Factortame III [27], mener jeg mere generelt, at man kan tale om en åbenbar og grov overtrædelse, når

a) forpligtelser, hvis indhold i enhver henseende er klart og utvetydigt, er tilsidesat

24 — Jf. navnlig punkt 74-84 i forslaget.

25 — Jf. herved punkt 85-90 i samme forslag.

26 — Jf. navnlig punkt 55-60 i forslaget til afgørelse i de forenede sager Brasserie du pêcheur og Factortame III, og punkt 28 i forslaget til afgørelse i de forenede sager Dillenkofer m.fl.

27 — Jf. navnlig punkt 84 i forslaget.

b) Domstolens praksis, enten ved en præjudiciel fortolkning eller ved en dom i henhold til traktatens artikel 169, i tilstrækkelig grad har klargjort usikre retsspørgsmål, som er identiske med eller i hvert fald ligner det foreliggende spørgsmål

c) den fortolkning af de omtvistede fællesskabsbestemmelser, som de nationale myndigheder har foretaget i forbindelse med deres lovgivningsvirksomhed (eller passivitet), er åbenbart forkert.

37. Hvad angår det foreliggende tilfælde, kan der efter min mening, når henses til den anlagte fortolkning af direktivets artikel 8, stk. 1, ikke være nogen tvivl om, at den pågældende medlemsstats gennemførelse af direktivet i national ret ikke kan betegnes som åbenbart forkert. Den omstændighed, at Det Forenede Kongerige selv fastlagde, hvilke tjenester der var undtaget fra direktivet i medfør af en bestemmelse (artikel 8, stk. 1), hvis indhold langt fra kan betegnes som klart og utvetydigt, fører mig derfor til den konklusion, at der konkret ikke er sket en åbenbar og grov overtrædelse.

Francovich-sagen adskilte sig i så henseende klart fra nærværende sag. Den pågældende medlemsstat havde slet ikke gennemført det omhandlede direktiv inden for den fastsatte frist, i relation til hvilken den klart ikke havde noget skøn. Det er netop dette aspekt, som gjorde, at overtrædelsen i sig selv var grov og åbenbar [28].

38. For så vidt angår det under sagen fremførte om, at et sådant resultat i den sidste ende ville »fremme« rettidige, men fuldstændig forkerte gennemførelser, skal det blot bemærkes, at den her foreslåede løsning er af en sådan karakter, at man kan undgå misbrug fra medlemsstaternes side, som i øvrigt må betragtes som usandsynlige. En åbenbart ukorrekt gennemførelse eller, om man vil, en ukorrekt gennemførelse af klare og utvetydige bestemmelser, vil nemlig skulle betragtes som en åbenbar og grov overtrædelse, således at den pågældende medlemsstat er økonomisk ansvarlig.

Med forbehold af de vurderinger, som det tilkommer den nationale ret at foretage på grundlag af de kriterier, jeg har opstillet, finder jeg således, at den ovenfor beskrevne overtrædelse af direktivets artikel 8, stk. 1, ikke udgør en åbenbar og grov overtrædelse og derfor ikke kan danne grundlag for et økonomisk erstatningsansvar for den pågældende medlemsstat over for ordregiveren for de tab, som denne eventuelt måtte have lidt som følge af den ukorrekte gennemførelse af bestemmelsen.

28 — Jf. navnlig punkt 81 i forslaget til afgørelse i de forenede sager Brasserie du pêcheur og Factortame III og forslaget til afgørelse i de forenede sager Dillenkofer m.fl., hvor situationen i den her relevante henseende var den samme som i Francovich-sagen.

Forslag til afgørelse

39. Jeg foreslår herefter Domstolen at besvare spørgsmålene fra den nationale ret således:

»1) Artikel 8, stk. 1, i direktiv 90/531/EØF skal fortolkes således, at ordregiverne selv skal fastlægge, hvilke teletjenester fra den enkelte ordregiver den i bestemmelsen fastsatte undtagelse finder anvendelse på.

2) Formuleringen 'når andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste i samme geografiske område og på vilkår, som i det væsentlige er identiske' i artikel 8, stk. 1, i direktiv 90/531/EØF skal fortolkes således, at de pågældende virksomheder ikke blot formelt skal have tilladelse til at virke på markedet for de pågældende tjenester, idet adgangen hertil ikke er begrænset ved lov, men at de også faktisk skal være i stand til at levere de omhandlede tjenester på samme vilkår som ordregiveren.

Ved afgørelsen af, hvorvidt bestemte tjenester kan være omfattet af undtagelsen i overensstemmelse med de faktiske og retlige betingelser i artikel 8, stk. 1, i direktiv 90/531/EØF, skal der tages hensyn til alle de pågældende tjenesters særlige kendetegn, eventuelle substituerende tjenester, prisvilkårene, konkurrenternes stilling på markedet og eventuelle lovbestemte begrænsninger.

3) Vedkommende medlemsstat er ikke forpligtet til at erstatte tab, som en ordregiver måtte have lidt som følge af den ukorrekte gennemførelse af artikel 8, stk. 1, i direktiv 90/531/EØF, da overtrædelsen i det foreliggende tilfælde ikke kan betegnes som åbenbar og grov.«