indrømmet visse virksomheder på teletjenesteområdet, påhvilede det den dels at definere, hvilken type rettigheder der konkret var omfattet, og dels klart at redegøre for, hvorfor gennemførelsen af rettighederne fandtes at stride mod traktatens forskellige bestemmelser. Da intet er oplyst herom, må bestemmelserne i direktiv 90/388 om teletjenester annulleres, for så vidt som de tager sigte på at regulere de særlige rettigheder.

4. Udvidelsen af eneretten på oprettelse og drift af telefonnettet til også at omfatte markedet for teletjenester, uden at dette er objektivt nødvendigt, er forbudt ved traktatens artikel 86 og 90, stk. 1, såfremt udvidelsen beror på en statslig foranstaltning, der således fører til udelukkelse af konkurrencen. Dette er tilfældet, såfremt der for levering af teletjenester tildeles eksklusive rettigheder til teleselskaberne, som således foranlediges til at udelukke konkurrenterne fra markedet for de nævnte tjenester eller i det mindste til at begrænse deres adgang hertil. Kommissionen var således berettiget til ved direktiv 90/388 at kræve afskaffelse af disse rettigheder.

RETSMØDERAPPORT
i de forenede sager C-271/90, C-281/90 og C-289/90 *

I — Faktiske omstændigheder

Kommissionen udstedte den 28. juni 1990, bl.a. på grundlag af traktatens artikel 90, stk. 3, direktiv 90/388/EØF om liberalisering af markedet for teletjenester (herefter benævnt »direktivet«), hvis indhold i det væsentlige kan beskrives som følger:

I artikel 1 defineres forskellige udtryk, som f.eks. »teleselskaber«, »særlige eller eksklusive rettigheder«, »offentligt telenet«, »teletjenester«, »nettermineringspunkt«, »ufravigelige hensyn« osv. Det anføres endvidere, at direktivet ikke finder anvendelse på telextjenesten, på mobilradiokommunikation, offentlig personsøgning og satellitkommunikation.

Medlemsstaterne drager i medfør af artikel 2 bl.a. omsorg for, at eksklusive eller særlige rettigheder, der gælder for tilrådighedsstillelse af teletjenester, bortset fra taletelefoni, afskaffes, og de træffer de fornødne foranstaltninger til at sikre alle tjenesteleverandører ret til at stille teletjenester til rådighed.

* Processprog: spansk.

Ifølge artikel 4 skal medlemsstaterne vedtage gennemførelsesbestemmelser for så vidt angår leje af kredsløb og til Kommissionen fremsende oplysninger, på grundlag af hvilke den kan vurdere, om de foretagne forhøjelser af takster for lejede kredsløb er berettigede.

I artikel 6 bestemmes det bl.a., at eksisterende restriktioner for behandling af signaler før eller efter deres transmission over nettet skal ophæves, og at Kommissionen skal have meddelelse om, hvilke foranstaltninger der er truffet.

I artikel 7 er det fastsat, at ansvaret for visse administrative og tekniske funktioner samt kontrol- og overvågningsfunktioner med virkning fra den 1. juli 1991 skal varetages af et organ, der er uafhængigt af teleselskaberne.

Ved artikel 8 gives brugere, som er bundet af en kontrakt om levering af teletjenester, i forbindelse med hvilken der er aftalt eksklusive eller særlige rettigheder, mulighed for at opsige den pågældende kontrakt med et vist varsel.

Endelig skal medlemsstaterne i henhold til artikel 9 fremsende de oplysninger til Kommissionen, der er nødvendige for, at denne i en periode på tre år på grundlag heraf kan få mulighed for ved udgangen af hvert år at udarbejde en statusrapport om anvendelsen af direktivet.

II — Retsforhandlinger

De af Kongeriget Spanien, Kongeriget Belgien og Den Italienske Republik anlagte sager er registreret på Domstolens Justitskontor henholdsvis den 7., den 14. og den 20. september 1990. Domstolen har ved kendelse af 5. december 1990 givet Den Franske Republik tilladelse til at intervenere i sag C-271/90 til støtte for sagsøgerens påstande.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse, men har dog opfordret parterne til nøjagtigt at angive, hvilke anbringender og argumenter de ville fastholde på baggrund af dens dom af 19. marts 1991 (sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223).

III — Parternes påstande

I sag C-271/90 har *Kongeriget Spanien*, støttet af *Den Franske Republik*, nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester annulleres for så vidt angår den del af artikel 2, der vedrører særlige rettigheder, og for så vidt angår artikel 8 og 9.

— Sagsøgte tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

I sag C-281/90 har *Kongeriget Belgien* nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester annulleres.

— Sagsøgte tilpligtes at betale sagsøgerens sagsomkostninger.

Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgte frifindes i den af den belgiske stat anlagte sag om annullation af Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

I sag C-289/90 har *Den Italienske Republik* nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester annulleres for så vidt angår artikel 2, 4 og 8.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgte frifindes i den af Den Italienske Republik anlagte sag om annullation af Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

IV — Parternes anbringender og argumenter

1. *De i stævningerne indeholdte anbringender*

a) *Den spanske regering* har påberåbt sig fem anbringender til støtte for sagen, nemlig manglende kompetence, tilsidesættelse af traktatens artikel 90, stk. 1, procedurefordrejning, manglende begrundelse og tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

Den franske regering, der intervenerer til støtte for Kongeriget Spaniens påstande, har påberåbt sig Kommissionens manglende kompetence i henhold til traktatens artikel 90, tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter og procedurefordrejning.

b) *Den belgiske regering* har påberåbt sig to anbringender til støtte for sagen, nemlig dels tilsidesættelse af traktatens artikel 4, 59, 85 og 86, artikel 87, stk. 1 og 2, litra c), artikel 90, stk. 1 og 3, artikel 100 A, 145, 155 og 222 samt af de almindelige grundsætninger, der

gælder for den interne institutionelle ligevægt i Fællesskabet, dels tilsidesættelse af traktatens artikel 90, stk. 3, og artikel 190. *Den belgiske regering* anfører i stævningen, at det første annullationsanbringende er det egentlige institutionelle anbringende, da det går ud fra den deri begrundede konstatering af, at det omtvistede direktivs virkelige formål er, at Kommissionen skal kunne udøve en egentlig normativ beføjelse og ikke blot en beføjelse til at iværksætte sanktioner i tilfælde af overtrædelser af fællesskabsreglerne. Det andet anbringende, som er subsidiært i forhold til det første, tager sigte på, at der tages stilling til, om direktivet opfylder Fællesskabets begrundelsespligt.

c) *Den italienske regering* har i stævningen påberåbt sig fem anbringender, nemlig 1) Kommissionens manglende kompetence til at fastsætte de i direktivets artikel 1, 2, 4, 6, 7 og 8 omhandlede bestemmelser, tilsidesættelse og fejlagtig anvendelse af traktatens artikel 90, stk. 3, tilsidesættelse af traktatens artikel 100 A og 155, 2) tilsidesættelse af det princip om, at der skal gives de berørte parter en frist til at fremsætte deres bemærkninger, som fremgår af traktatens artikel 93, stk. 2, og artikel 169, magtfordrejning, manglende begrundelse, 3) andre tilsidesættelser af traktatens artikel 90, magtfordrejning, manglende kompetence, 4) tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og 5) andre tilsidesættelser af traktatens artikel 90 og proportionalitetsprincippet.

2. *Parternes svar på Domstolens opfordring til at angive, hvilke anbringender og argumenter de agter at fastholde*

a) *Den spanske regering* har meddelt, at den frafalder sit første og tredje anbringende, dvs. Kommissionens manglende kompetence og anvendelse af en forkert procedure, da der allerede er taget stilling til disse anbringender i ovennævnte dom i sag C-202/88. Hvad angår det andet anbringende, dvs. tilsidesættelse af traktatens artikel 90, stk. 1, fastholdes det af den spanske regering for så vidt angår de særlige rettigheder, men det frafaldes for så vidt angår de eksklusive rettigheder. Med hensyn til det fjerde anbringende, manglende begrundelse, fastholder den spanske regering det for så vidt angår de særlige rettigheder, der er omhandlet i direktivets artikel 2, som for så vidt angår samme direktivs artikel 8 og 9. Endelig fastholder den spanske regering det femte anbringende, nemlig tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, for så vidt angår det omtvistede direktivs artikel 8.

Den franske regering, der intervenerer til støtte for Kongeriget Spaniens påstande, har ønsket at fastholde samtlige anbringender og argumenter vedrørende det omtvistede direktiv.

b) *Den belgiske regering* har ønsket at fastholde samtlige anbringender og argumenter i stævningen.

c) *Den italienske regering* har fastholdt det første anbringende (manglende kompetence, tilsidesættelse af artikel 90 osv.) og det tredje anbringende (ny tilsidesættelse af artikel 90) for så vidt angår de særlige rettigheder, der er omhandlet i det omtvistede direktivs artikel 2 og 4. Den har fuldt ud fastholdt det fjerde anbringende (tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet) samt det femte anbringende (ny tilsidesættelse af artikel 90 samt af proportionalitetsprincippet) for så vidt angår direktivets artikel 8.

d) *Kommissionen* har opretholdt samtlige argumenter i svarskriftet og duplikken.

3. *Sammenfatning af de af parterne fastholdte anbringender og argumenter*

De af parterne fastholdte anbringender og argumenter kan sammenfattes således:

a) Procedurefordrejning

Intervenienten finder, at Kommissionens udstedelse på grundlag af artikel 90, stk. 3, af et direktiv, der ganske enkelt foreskriver afskaffelse af visse særlige eller eksklusive rettigheder vedrørende teletjenester, udgør en procedurefordrejning.

Ifølge intervenienten skulle Kommissionen enten på grundlag af traktatens artikel 86 og Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 85 og 86, anfægte teleselskabernes anvendelse af deres rettigheder, eller over for de berørte medlemsstater indlede en traktatbrudsprocedure i medfør af EØF-traktatens artikel 169 for at tvinge dem til at træffe de nødvendige foranstaltninger for, at deres teleselskaber overholdt traktatens bestemmelser.

Men disse to procedurer indebærer dels, at det godtgøres, at der som påstået er sket overtrædelse eller traktatbrud, dels, at der indledes en kontradiktorisk sagsbehandling — således at den berørte medlemsstats virksomhed får lejlighed til at fremføre sine bemærkninger — en fremgangsmåde, som Kommissionen er kommet uden om ved at misbruge traktatens artikel 90, stk. 3.

Den franske regering har endvidere bemærket, at Kommissionens anvendelse af artikel 90, stk. 3, faktisk bevirker, at bevisbyrden bliver omvendt, da Kommissionen ikke længere som i sager vedrørende forordning nr. 17 og traktatens artikel 169 skal bevise de overtrædelser, som teleselskaberne eller staterne skal have begået. I stedet skal medlemsstaterne nu bevise, at de ikke har begået disse overtrædelser.

Da artikel 90, stk. 3, ikke siger noget om en forudgående kontradiktorisk sagsbehandling, finder den franske regering ikke, at Kommissionen kan anvende det i artikel 90, stk. 3, omhandlede direktivinstrument til »repressive« formål i stedet for traktatens artikel 169.

Som svar på dette anbringende, som først og fremmest er fremført af den spanske regering, har *Kommissionen* i svarskriftet i sag C-271/90 gjort gældende, at der for så vidt angår markedet for teletjenester kan konstateres tilsidesættelser af traktatens bestemmelser i de fleste medlemsstater. Men traktatens artikel 169 giver ligesom proceduren for gennemførelse af artikel 86 kun mulighed for

punktvise og individuelle repressive foranstaltninger, mens denne sektor har konkret behov for en fælles og sammenhængende løsning gældende for samtlige medlemsstater, ikke alene for at bringe de eksisterende tilsidesættelser til ophør, men også for at undgå, at de gentages. Traktatens artikel 90 er ifølge Kommissionen det mest velegnede retsgrundlag for at nå til dette resultat.

b) Kommissionens manglende kompetence

aa) Traktatens artikel 90, stk. 3, tillægger ikke Kommissionen nogen retsfastsættende beføjelse

Den belgiske regering finder, at en overvågningsopgave som den, der er omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 3, kun kan opfattes som en overvågning af allerede eksisterende regler. Da ingen af de traktatbestemmelser, artikel 90, stk. 1, henviser til, pålægger medlemsstaterne de i det omtvistede direktivs artikel 1, 2, 4 og 6 indeholdte forpligtelser, har Kommissionen i virkeligheden tiltaget sig en lovgivningsmæssig ret til alene at organisere det fælles marked for teletjenester, dvs. en fælles sektorpolitik, som der ikke er hjemmel for i traktaten.

Den italienske regering finder, at Kommissionen for så vidt angår de særlige rettigheder, der er omhandlet i det omtvistede direktivs artikel 2 og 4, har udøvet en retsfastsættende beføjelse, som hverken har hjemmel i artikel 90, stk. 3, eller i nogen anden traktatbestemmelse.

Den franske regering har ligeledes påpeget, at Kommissionen ved at udstede et direktiv, hvis artikel 2 foreskriver afskaffelse af eksklusive eller særlige rettigheder med hensyn til levering af teletjenester, bortset fra taletelefoni, er gået længere end til den pligt til at være agtpågivende og til at overvåge, som Domstolen fremhævede i dommen af 6. juli 1982 (forenede sager 188/80, 189/80 og 190/80, Frankrig, Italien og Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. s. 2545), og har udøvet en retsfastsættende beføjelse, der ikke tillægges den nogetsteds.

Kommissionen har gjort gældende, at direktivet har til formål at sikre enhver økonomisk beslutningstager adgang til at levere teletjenester og til at udøve en sådan virksomhed efter objektive kriterier. Kommissionen finder, at selv om direktivet har generel rækkevidde og er bindende, betyder dette ikke, at det er retsfastsættende, dvs. at det indfører *nye* almindelige regler i Fællesskabets retsorden. De retsregler, som direktivet indskrænker sig til at forklare og anvende på konkrete sager eller på konkrete overtrædelsesmuligheder, findes i visse traktatbestemmelser, som f.eks. artikel 59 og 86, som er helt og holdent normative. Kommissionen finder således, at direktivet klart er omfattet af den beføjelse til at overvåge overholdelsen af eksisterende traktatbestemmelser, der tillægges den ved artikel 90, stk. 3.

bb) Traktatens artikel 90, stk. 1, forudsætter tilstedeværelsen af særlige eller eksklusive rettigheder

Den spanske, den italienske og *den franske regering* har gjort gældende, at artikel 90, stk. 1, forudsætter eksistensen af særlige rettigheder. *Den franske regering* finder derudover, at denne bestemmelse ligeledes forudsætter tilstedeværelsen af eksklusive rettigheder. Efter sidstnævnte regerings opfattelse ville det nemlig, såfremt Kommissionen havde ret i, at de pågældende rettigheder i sig selv udgør en foranstaltning i denne artikels betydning, fjerne enhver tilsigtet virkning fra denne traktatbestemmelse. Domstolen har nemlig fastslået, at tilstedeværelsen af et monopol for en virksomhed, som en medlemsstat har indrømmet eksklusive rettigheder i artikel 90's forstand, eller udvidelse af disse rettigheder som følge af en ny intervention fra denne stats side, ikke som sådan er uforenelig med traktaten (dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409). Derfor må Kommissionen tilfælde for tilfælde og i hver enkelt medlemsstat anfægte brugen af disse rettigheder, men på ingen måde selve rettighederne.

Efter *Kommissionens* opfattelse udgør traktatens artikel 90, stk. 1, på ingen måde en fællesskabsaccept af nogen eksklusiv eller særlig rettighed. Ifølge Kommissionen indskrænker artikel 90, stk. 1, sig til at fastslå den eventuelle eksistens af eksklusive eller særlige rettigheder, og det forhold, at artiklen kun udtrykkeligt nævner disse i et indskud i hovedbestemmelsen (»medlemsstaterne afstår ... fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne traktats bestemmelser ...«), betyder blot, at eksklusive eller særlige rettigheder kun anerkendes, såfremt og for så vidt de ikke *i sig selv* er uforenelige med andre traktatbestemmelser.

cc) Overskridelse af den kompetence, der tillægges Rådet ved traktatens artikel 87 og 100 A

Den belgiske regering finder, at Kommissionen ved at foreskrive afskaffelse af særlige og eksklusive rettigheder har grebet ind i den kompetence, traktatens artikel 100 A og 87 tillægger Rådet. Oprettelsen af det fælles marked for telekommunikation kræver, som enhver fælles politik for en bestemt sektor, at harmonisering og liberalisering systematisk skal følges ad, ikke alene fordi sund økonomisk fornuft eller tekniske behov tilsiger det, men især fordi det er af afgørende betydning, at der foregår en politisk vekselvirkning mellem harmonisering og liberalisering. Derfor er det den samme institution, som skal lovgive med henblik på såvel harmonisering som liberalisering.

Den italienske regering har gjort gældende, at Kommissionen ved at foreskrive afskaffelse af de særlige rettigheder praktisk taget har bestemt, hvilken konkurrencepolitik Fællesskabet skal føre i telesektoren og implicit har været nødsaget til at gennemføre en harmonisering af medlemsstaternes forskellige interesser og af de forskellige lovgivninger. Men det fremgår klart af ordlyden af traktatens artikel 100 og 100 A, at den ikke har beføjelse hertil.

Kommissionen har bestridt, at direktivet indebærer en harmonisering af medlemsstaternes lovgivninger på teleområdet. Ifølge

Kommissionen har de forskellige bestemmelser i dette direktiv alene til formål at afskaffe eksklusive og særlige rettigheder, fjerne restriktioner og, såfremt disse eksklusive eller særlige rettigheder opretholdes, sikre, at betingelserne for adgang til og udøvelse af rettighederne er objektive og ikke-diskriminerende.

Kommissionen finder endvidere, at den, som det fremgår af traktatens artikel 89, kan foranledige anvendelse af artikel 85 og 86, også selv om Rådet ikke har truffet foranstaltninger for »i påkommende tilfælde« at træffe nærmere bestemmelse om anvendelsesområdet [traktatens artikel 87, stk. 2, litra c)].

c) Manglende begrundelse

Den belgiske og *den franske regering* har gjort gældende, at for så vidt direktivet tager sigte på at bringe visse overtrædelser af fællesskabsretten begået af medlemsstaterne til ophør, foreligger der en begrundelsesmangel, da det ikke i direktivet anføres, hvilke medlemsstater der har begået overtrædelserne, eller under hvilke omstændigheder overtrædelserne er begået. *Den spanske regering* har støttet denne argumentation for så vidt angår de særlige rettigheder, der er omhandlet i artikel 2, og for så vidt angår direktivets artikel 8 og 9.

Kommissionen har anført, at direktivet giver en fuldstændig, klar og nøjagtig analyse af den foreliggende situation, overtrædelserne og de mål, der skal nås for at bringe disse til ophør. Ifølge Kommissionen må det ikke glemmes, at den pågældende akt er et direktiv, som ifølge sin natur er en generel retsakt rettet til samtlige medlemsstater, og i hvilken der ikke kan være tale om en detaljeret redegørelse for hver enkelt situation, selv om Kommissionen ved dets udarbejdelse har taget hensyn til alle foreliggende oplysninger. Desuden har Kommissionen gjort gældende, at medlemsstaterne har deltaget i udarbejdelsen af direktivet og haft lejlighed til at udtale sig om dets indhold.

d) Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

Ifølge *den italienske regering* burde Kommissionen i stedet for at gå ud fra, at selve tildelingen af særlige eller eksklusive rettigheder er i strid med traktaten med heraf følgende pligt til at afskaffe (direktivets artikel 2) eller begrænse (artikel 4) disse, have iværksat en undersøgelse af de forskellige former for adfærd, udøvelsen af rettighederne har givet anledning til, kontrolleret, om disse former for adfærd var i overensstemmelse med traktaten eller ej, og i benægtende fald have sat ind over for dem. En afskaffelse er klart ude af proportioner med det mål, der skal nås.

Af samme grunde har *den spanske* og *den italienske regering* anført, at traktatens artikel 90, stk. 3, ikke tillægger Kommissionen beføjelse til at tvinge medlemsstaterne til autoritært at påvirke indholdet af kontrakter, som frit er indgået tidligere mellem teleselskaber og brugere (direktivets artikel 8).

Kommissionen har gjort gældende, at den italienske regerings argument faktisk er en anden måde at påberåbe sig Kommissionens manglende kompetence på (traktatens artikel 90, stk. 1, forudsætter eksistensen af særlige eller eksklusive rettigheder); et anbringende, Kommissionen allerede mener at have givet fyldestgørende svar på.

For så vidt angår direktivets artikel 8, som giver teleselskabernes kunder mulighed for at opsige en kontrakt om levering af teletjenester indgået for en længere periode end ét år, har Kommissionen bemærket, at en sådan bestemmelse blot er en logisk følge af pligten til at afskaffe de særlige eller eksklusive rettigheder. Som anført i direktivets 31. betragtning, ville det være formålsløst at åbne markedet for teletjenester for konkurrence fra private virksomheder, såfremt kunder bundet af langtidskontrakter til de teleselskaber, der har de eksklusive rettigheder, i mange år forbliver forpligtet over for den tidligere indehaver af monopolet på den pågældende tjeneste.

M. Zuleeg
Refererende dommer