mingen verleende bijzondere rechten op het gebied van telecommunicatiediensten, had zij in de eerste plaats precies moeten aangeven op welk type rechten zij het oog had, en in de tweede plaats duidelijk moeten maken, in hoeverre het gebruik van die rechten in strijd was met de verschillende verdragsbepalingen. Nu iedere aanwijzing desbetreffend ontbreekt, moeten de bepalingen van richtlijn 90/388 betreffende de telecommunicatiediensten worden nietigverklaard voor zover zij ertoe strekken, de bijzondere rechten te regelen.

4. Uitbreiding, zonder objectieve rechtvaardiging, van het monopolie op de aanleg en exploitatie van het telefoonnet tot de markt van telecommunicatiediensten valt als zodanig onder het verbod van de artikelen 86 en 90, lid 1, EEG-Verdrag, wanneer zij het gevolg is van een overheidsmaatregel en aldus leidt tot uitschakeling van de mededinging. Dit is het geval met de verlening van uitsluitende rechten voor de levering van telecommunicatiediensten aan telecommunicatieorganisaties, die er aldus toe worden gebracht hun concurrenten van die dienstenmarkt uit te sluiten of, op zijn minst, hun toegang ertoe te beperken. De Commissie was derhalve gerechtigd, bij haar richtlijn 90/388 de afschaffing van die rechten te verlangen.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in de gevoegde zaken C-271/90, C-281/90 en C-289/90 *

I — De feiten

Op 28 juni 1990 heeft de Commissie op basis van met name artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag richtlijn 90/388/EEG betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (PB 1990, L 192, blz. 10; hierna „richtlijn") vastgesteld, waarvan de inhoud kan worden samengevat als volgt:

Artikel 1 bevat een definitie van een aantal termen, zoals „telecommunicatieorganisaties", „bijzondere of uitsluitende rechten", „openbaar telecommunicatienet", „telecommunicatiediensten", „netwerkaansluitpunt", „essentiële eisen" enzovoort. Het artikel preciseert bovendien, dat de richtlijn niet van toepassing is op de telexdienst, de mobiele radiotelefonie, de semafoon en satellietdiensten.

Ingevolge artikel 2 moeten de Lid-Staten met name zorgen voor de afschaffing van de bijzondere of uitsluitende rechten voor het aanbod van andere telecommunicatiediensten dan de spraaktelefoondienst en moeten zij de maatregelen nemen die nodig zijn om het recht van alle marktdeelnemers om deze telecommunicatiediensten aan te bieden, te waarborgen.

* Procestaal: Spaans (zaak C-271/90), Frans (zaak C-281/90) en Italiaans (zaak C-289/90).

Artikel 4 schrijft voor, dat toepassingsmodaliteiten moeten worden vastgesteld voor de huur van lijnen en dat de gegevens aan de hand waarvan de gegrondheid van de verhogingen van de tarieven voor huurlijnen kan worden beoordeeld, aan de Commissie moeten worden meegedeeld.

Artikel 6 voorziet onder meer in de afschaffing van bestaande beperkingen met betrekking tot de verwerking van signalen voorafgaand aan hun transmissie via het openbaar net of na hun ontvangst, alsook in de verplichting om de genomen maatregelen aan de Commissie mee te delen.

Artikel 7 voorziet in de toekenning vanaf 1 juli 1991 van bepaalde bestuurlijke en technische functies en controle- en toezichtsfuncties aan een instantie die onafhankelijk is van de telecommunicatieorganisaties.

Artikel 8 kent aan de verbruikers die door een overeenkomst voor het aanbieden van telecommunicatiediensten zijn gebonden, voor zover bij het sluiten daarvan bijzondere of uitsluitende rechten bestonden, het recht toe deze overeenkomst met een bepaalde termijn op te zeggen.

Ten slotte moeten de Lid-Staten ingevolge artikel 9 de Commissie de informatie verschaffen die nodig is om gedurende een periode van drie jaar, telkens tegen het einde van een jaar, een samenvattend verslag over de toepassing van deze richtlijn op te stellen.

II — Het procesverloop

De beroepen van het Koninkrijk Spanje, het Koninkrijk België en de Italiaanse Republiek zijn respectievelijk op 7, 14 en 20 september 1990 ter griffie van het Hof ingeschreven. Bij beschikking van 5 december 1990 heeft het Hof de Franse Republiek toegestaan te interveniëren in zaak C-271/90 ter ondersteuning van de conclusies van verzoeker.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het Hof heeft partijen evenwel verzocht nauwkeurig aan te geven welke middelen en argumenten zij wensen te handhaven, rekening houdend met het arrest dat het Hof heeft gewezen op 19 maart 1991 (zaak C-202/88, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1223).

III — Conclusies van partijen

In zaak C-271/90 concludeert het *Koninkrijk Spanje*, ondersteund door de *Franse Republiek*, dat het den Hove behage:

— richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten, nietig te verklaren wat artikel 2 betreft voor zover het om bijzondere rechten gaat, en wat de artikelen 8 en 9 betreft;

— verweerster in de kosten te verwijzen.

De *Commissie* concludeert, dat het den Hove behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

In zaak C-281/90 concludeert het *Koninkrijk België*, dat het den Hove behage:

— richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten, nietig te verklaren;

— verweerster in de kosten van verzoekster te verwijzen.

De *Commissie* concludeert, dat het den Hove behage:

— het beroep van de Belgische Staat tot nietigverklaring van richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

In zaak C-289/90 concludeert de *Italiaanse Republiek*, dat het den Hove behage:

— richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten, nietig te verklaren wat de artikelen 2, 4 en 8 betreft;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

De *Commissie* concludeert, dat het den Hove behage:

— het beroep van de Italiaanse Republiek tot nietigverklaring van richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

IV — Middelen en argumenten van partijen

1. *Middelen aangevoerd in de verzoekschriften*

a) De *Spaanse regering* heeft tot staving van haar beroep vijf middelen aangevoerd, te weten ontbreken van bevoegdheid, schending van artikel 90, lid 1, van het Verdrag, misbruik van procedure, ontbreken van motivering en schending van het evenredigheidsbeginsel.

De *Franse regering*, interveniënte aan de zijde van het Koninkrijk Spanje, stelt onbevoegdheid van de Commissie op basis van artikel 90 van het Verdrag, schending van wezenlijke vormvoorschriften en misbruik van procedure.

b) De *Belgische regering* heeft tot staving van haar beroep twee middelen aangevoerd, te weten in de eerste plaats schending van de artikelen 4, 59, 85, 86, 87, leden 1 en 2, sub c, 90, leden 1 en 3, 100 A, 145, 155 en 222 van het Verdrag en van de algemene beginselen

die het interne institutionele evenwicht van de Gemeenschap beheersen, en in de tweede plaats schending van de artikelen 90, lid 3, en 190 van het Verdrag. De Belgische regering preciseert in haar verzoekschrift, dat het eerste nietigheidsmiddel het eigenlijke institutionele middel is, aangezien het uitgaat van de met redenen omklede vaststelling, dat de litigieuze richtlijn als werkelijk voorwerp heeft de uitoefening door die instelling van een eigenlijke normatieve bevoegdheid en niet een louter repressieve bevoegdheid inzake inbreuken op de gemeenschapsregel. Het tweede middel, subsidiair ten opzichte van het eerste, strekt tot een onderzoek van de richtlijn in het licht van de gemeenschapsrechtelijke motiveringsplicht.

c) De *Italiaanse regering* heeft in haar verzoekschrift vijf middelen aangevoerd, te weten: 1) onbevoegdheid van de Commissie om de bepalingen van de artikelen 1, 2, 4, 6, 7 en 8 van de richtlijn vast te stellen, schending en verkeerde toepassing van artikel 90, lid 3, van het Verdrag, schending van de artikelen 100 A en 155 van het Verdrag, 2) schending van het aanmaningsbeginsel dat kan worden ontleend aan de artikelen 93, lid 2, en 169 van het Verdrag, détournement de pouvoir, ontbreken van motivering, 3) andere schendingen van artikel 90 van het Verdrag, détournement de pouvoir, onbevoegdheid, 4) schending van het evenredigheidsbeginsel, en 5) andere schendingen van artikel 90 van het Verdrag en van het evenredigheidsbeginsel.

2. Antwoorden van partijen op het verzoek van het Hof om mee te delen welke middelen en argumenten zij wensen te handhaven

a) De *Spaanse regering* geeft te kennen, dat zij afziet van het eerste en het derde middel, dat wil zeggen onbevoegdheid van de Commissie en gebruik van een niet passende procedure, aangezien daarop reeds antwoord is gegeven in het arrest C-202/88. De Spaanse regering handhaaft het tweede middel, dat wil zeggen schending van artikel 90, lid 1, van het Verdrag, voor zover het de bijzondere rechten betreft, en zij ziet ervan af voor zover het gaat om uitsluitende rechten. Zij handhaaft het vierde middel, ontbreken van motivering, voor zover het de in artikel 2 van de richtlijn bedoelde bijzondere rechten en voor zover het de artikelen 8 en 9 van de richtlijn betreft. Ten slotte handhaaft zij het vijfde middel, dat wil zeggen het niet in acht nemen van het evenredigheidsbeginsel, voor zover het artikel 8 van de richtlijn betreft.

De *Franse regering*, interveniënte aan de zijde van het Koninkrijk Spanje, wenst al haar middelen en argumenten tegen de richtlijn te handhaven.

b) De *Belgische regering* wenst alle middelen en argumenten van haar verzoekschrift te handhaven.

c) De *Italiaanse regering* handhaaft haar eerste middel (onbevoegdheid, schending van artikel 90, enz.) en haar derde middel (andere schending van artikel 90) wat de in de artikelen 2 en 4 van de richtlijn vermelde bijzondere rechten betreft. Zij handhaaft het vierde middel (schending van het evenredigheidsbeginsel) in zijn totaliteit, alsook het vijfde (andere schending van artikel 90 en van het evenredigheidsbeginsel) wat artikel 8 van de richtlijn betreft.

d) De *Commissie* handhaaft alle in haar verweerschrift en memorie van dupliek aangevoerde argumenten.

3. *Samenvatting van de door partijen gehandhaafde middelen en argumenten*

De door partijen gehandhaafde middelen en argumenten kunnen worden samengevat als volgt:

a) Misbruik van procedure

Interveniënte is van mening, dat de vaststelling door de Commissie op basis van artikel 90, lid 3, van een richtlijn die de onvoorwaardelijke afschaffing verlangt van bepaalde bijzondere of uitsluitende rechten inzake telecommunicatiediensten, misbruik van procedure vormt.

Wat de Commissie had moeten doen, was ofwel het gebruik dat telecommunicatieondernemingen van hun rechten maken, ter discussie stellen langs de weg van artikel 86 van het Verdrag en verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204); ofwel een niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 169 EEG-Verdrag aanspannen tegen de betrokken Lid-Staten om hen te dwingen de nodige maatregelen te nemen om de verdragsbepalingen door hun telecommunicatieondernemingen te doen naleven.

Voor die twee procedures was echter enerzijds nodig, dat de Commissie het bewijs leverde van de gestelde inbreuk of niet-nakoming, en dat zij anderzijds overging tot een behandeling op tegenspraak — waarbij de onderneming van de betrokken Lid-Staat in de gelegenheid zou worden gesteld haar opmerkingen te maken —, hetgeen de Commissie zich kon besparen door — ten onrechte — artikel 90, lid 3, van het Verdrag toe te passen.

Doordat de Commissie gebruik heeft gemaakt van artikel 90, lid 3, is bovendien de bewijslast omgekeerd, want de Commissie behoeft niet meer, zoals in de procedures van verordening nr. 17 en van artikel 169 van het Verdrag, te bewijzen dat de telecommunicatieondernemingen of de staten zich aan inbreuken hebben schuldig gemaakt, maar de Lid-Staten moeten bewijzen dat deze aanklachten onjuist zijn.

Aangezien artikel 90, lid 3, geen voorafgaande procedure op tegenspraak kent, had de Commissie volgens de Franse regering voor „repressieve" doeleinden geen gebruik mogen maken van het in artikel 90, lid 3, bedoelde instrument van de richtlijn in plaats van artikel 169 van het Verdrag toe te passen.

In antwoord op dit middel, dat aanvankelijk ook door de Spaanse regering was aangevoerd, brengt de *Commissie* in haar verweerschrift in zaak C-271/90 naar voren, dat met betrekking tot de markt van telecommunicatiediensten in de meeste Lid-Staten gevallen van inbreuk op de verdragsbepalingen zijn vastgesteld. Artikel 169 van het Verdrag en de procedure tot toepassing van arti-

kel 86 lieten dienaangaande echter slechts gerichte en individuele repressieve acties toe, terwijl in feite in deze sector een voor alle Lid-Staten gemeenschappelijke, coherente oplossing noodzakelijk was, niet alleen om een einde te maken aan de bestaande inbreuken, maar ook om te voorkomen dat zij zich opnieuw voordoen. Artikel 90 van het Verdrag is de meest geschikte basis om dit resultaat te bereiken.

b) De onbevoegdheid van de Commissie

aa) Artikel 90, lid 3, van het Verdrag verleent de Commissie geen enkele normatieve bevoegdheid

De *Belgische regering* is van mening, dat een toezichthoudende taak, zoals voorzien in artikel 90, lid 3, van het Verdrag, slechts kan worden gezien in relatie tot reeds bestaande regels. Aangezien geen enkele van de verdragsbepalingen waarnaar artikel 90, lid 1, verwijst, de Lid-Staten de in de artikelen 1, 2, 4 en 6 van de litigieuze richtlijn vermelde verplichtingen oplegt, heeft de Commissie zich in feite de wetgevende bevoegdheid toegeëigend om op eigen houtje de gemeenschappelijke markt voor telecommunicatiediensten in te richten, dat wil zeggen een sectoraal communautair beleid waarover het Verdrag zwijgt.

De *Italiaanse regering* is van mening, dat de Commissie wat de in de artikelen 2 en 4 van de litigieuze richtlijn vermelde bijzondere rechten betreft, een normatieve bevoegdheid heeft uitgeoefend waarvoor noch in artikel 90, lid 3, noch in enige andere verdragsbepaling een grondslag te vinden is.

De *Franse regering* merkt eveneens op, dat de Commissie, door een richtlijn vast te stellen waarvan artikel 2 de onvoorwaardelijke afschaffing verlangt van uitsluitende of bijzondere rechten voor het aanbieden van andere telecommunicatiediensten dan de spraaktelefoondienst, de grenzen heeft overschreden van haar verplichting tot waakzaamheid en toezicht, zoals die door het Hof is beklemtoond in zijn arrest van 6 juli 1982 (zaken 188/80-190/80, Frankrijk, Italië en Verenigd Koninkrijk/ Commissie, Jurispr. 1982, blz. 2545), en een normatieve bevoegdheid heeft uitgeoefend die haar nergens is toegekend.

De *Commissie* betoogt, dat de richtlijn tot doel heeft, de toegang tot het aanbieden van telecommunicatiediensten en de uitoefening van die activiteit volgens objectieve criteria aan iedere ondernemer te verzekeren. De richtlijn heeft weliswaar een algemene strekking en een bindend karakter, maar dat betekent niet, dat zij een normatief karakter heeft, dat wil zeggen dat zij *nieuwe* algemene regels in het gemeenschapsrecht zou invoeren. De rechtsregels, die de richtlijn enkel uitlegt en toepast op concrete gevallen of op concrete mogelijke gevallen van inbreuk, zijn te vinden in bepaalde verdragsbepalingen, zoals de artikelen 59 en 86, die wel degelijk een normatief karakter hebben. De richtlijn past volgens de Commissie dus in het kader van het toezicht op de naleving van de bestaande verdragsbepalingen, dat haar bij artikel 90, lid 3 is opgedragen.

bb) Artikel 90, lid 1, van het Verdrag onderstelt het bestaan van bijzondere of uitsluitende rechten

De *Spaanse*, de *Italiaanse* en de *Franse regering* betogen, dat artikel 90, lid 1, het bestaan van bijzondere rechten onderstelt. De *Franse regering* merkt bovendien op, dat die bepaling tevens het bestaan van uitsluitende rechten onderstelt. Die verdragsbepaling zou immers geen enkel nuttig effect meer hebben, indien men de opvatting van de Commissie deelt, dat de rechten in casu zelf een maatregel in de zin van dat artikel vormen. Het Hof heeft immers geoordeeld, dat het bestaan van een monopolie bij een onderneming waaraan een staat in de zin van artikel 90 uitsluitende rechten verleent, of uitbreiding van deze rechten als gevolg van een nieuwe interventie van die staat als zodanig onverenigbaar is met het Verdrag (arrest van 30 april 1974, zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409). De Commissie had dus het gebruik van die rechten in concrete gevallen in elk der staten ter discussie moeten stellen, maar in geen geval de rechten zelf.

Naar het oordeel van de *Commissie* vormt artikel 90, lid 1, van het Verdrag op geen enkele wijze een communautaire legitimatie van welk uitsluitend of bijzonder recht ook. Artikel 90, lid 1, stelt enkel het eventuele bestaan van uitsluitende of bijzondere rechten vast en als het artikel die slechts met zoveel woorden vermeldt in een tussenzin die geen deel uitmaakt van de hoofdelementen van het dispositief [„De Lid-Staten nemen of handhaven (...) geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag (...)"], betekent dat slechts, dat uitsluitende of bijzondere rechten enkel worden verleend, indien en voor zover zij *op zich* niet onverenigbaar zijn met andere verdragsregels.

cc) De schending van de bij de artikelen 87 en 100 A van het Verdrag aan de Raad toegekende bevoegdheden

De *Belgische regering* is van mening, dat de Commissie door de afschaffing van de bijzondere en exclusieve rechten te verlangen, inbreuk heeft gemaakt op de bevoegdheden die bij de artikelen 87 en 100 A van het Verdrag aan de Raad zijn toegekend. De totstandbrenging van een gemeenschappelijke markt voor telecommunicatiediensten vereist, zoals ieder beleid voor een specifieke sector, dat harmonisatie en liberalisatie op stelselmatig gekoppelde wijze worden doorgevoerd, en dit niet alleen om voor de hand liggende economische redenen of technische noodzaak, maar vooral wegens het fundamentele karakter van de politieke interactie tussen harmonisatie en liberalisatie. Het opstellen van de harmonisatieregels dient daarom de taak te zijn van de instelling die ook de liberalisatieregels opstelt.

De *Italiaanse regering* brengt naar voren, dat de Commissie, door de afschaffing van bijzondere rechten te verlangen, in feite het gemeenschapsbeleid inzake mededinging in de telecommunicatiesector heeft bepaald en, impliciet maar noodzakelijkerwijs, een harmonisatie tot stand heeft gebracht van de verschillende belangen van de Lid-Staten en de verschillende wetgevingen. Uit de bewoordingen van de artikelen 100 en 100 A van het Verdrag blijkt echter, dat een dergelijke bevoegdheid haar niet toekomt.

De *Commissie* bestrijdt, dat de richtlijn een harmonisatie teweegbrengt van de wetgevingen van de Lid-Staten op het gebied van de

telecommunicatie. De verschillende bepalingen van deze richtlijn hebben slechts tot doel, uitsluitende en bijzondere rechten af te schaffen, beperkingen weg te nemen en, in de gevallen dat die uitsluitende of bijzondere rechten worden gehandhaafd, te verzekeren dat de toegangs- en uitoefeningsvoorwaarden objectief en niet-discriminerend zijn.

De Commissie is bovendien van mening, dat zij, zoals blijkt uit artikel 89 van het Verdrag, kan zorgen voor de toepassing van de artikelen 85 en 86, zelfs bij gebreke van door de Raad bepaalde maatregelen om „in voorkomende gevallen" de werkingssfeer van die artikelen nader vast te stellen (artikel 87, lid 2, sub c, EEG-Verdrag).

c) Het ontbreken van motivering

De *Belgische* en de *Franse regering* betogen, dat de richtlijn, voor zover zij beoogt een einde te maken aan bepaalde inbreuken door de Lid-Staten op het gemeenschapsrecht, niet is gemotiveerd, want zij vermeldt niet, welke Lid-Staten die inbreuken zouden hebben gepleegd, noch de omstandigheden waaronder deze inbreuken zouden zijn gepleegd. De *Spaanse regering* ondersteunt dit betoog voor wat de in artikel 2 bedoelde bijzondere rechten en wat de artikelen 8 en 9 van de richtlijn betreft.

De *Commissie* merkt op, dat de richtlijn een volledige, duidelijke en nauwkeurige analyse geeft van de bestaande situatie, de inbreuken en de doelstellingen die verwezenlijkt moeten worden om er een einde aan te maken. Volgens haar mag niet worden vergeten, dat de handeling in casu een richtlijn is, die naar haar aard een algemene handeling is die tot alle Lid-Staten is gericht en waarin geen sprake kan zijn van een gedetailleerd onderzoek van iedere specifieke situatie, ook al heeft de Commissie bij de opstelling ervan alle gegevens waarover zij beschikte, in aanmerking genomen. Bovendien zijn de Lid-Staten betrokken geweest bij de opstelling van de richtlijn en hebben zij de gelegenheid gehad zich over de inhoud ervan uit te spreken.

d) De schending van het evenredigheidsbeginsel

Volgens de *Italiaanse regering* had de Commissie, in plaats van uit te gaan van het vermoeden, dat de toekenning van bijzondere of uitsluitende rechten al strijdig is met het Verdrag en dat zij bijgevolg de Lid-Staten diende te verplichten ze af te schaffen (artikel 2 van de richtlijn) of te beperken (artikel 4), een onderzoek moeten instellen naar de verschillende gedragingen bij de uitoefening van deze rechten, had zij moeten onderzoeken of die gedragingen al dan niet in overeenstemming waren met het Verdrag, en zo niet, ertegen moeten optreden. Het is volstrekt duidelijk, dat afschaffing van de rechten onevenredig is met het te bereiken doel.

Om dezelfde redenen merken de *Spaanse* en de *Italiaanse* regering op, dat artikel 90, lid 3, van het Verdrag de Commissie niet de bevoegdheid verleent om de Lid-Staten te verplichten, eenzijdig de inhoud te beïnvloeden van overeenkomsten die in het verleden op vrijwillige basis tussen beheerders en gebruikers zijn gesloten (artikel 8 van de richtlijn).

De *Commissie* merkt op, dat dit argument van de Italiaanse regering in feite een herhaling in een andere vorm is van het aan onbevoegdheid van de Commissie ontleende middel (artikel 90, lid 1, van het Verdrag onderstelt het bestaan van bijzondere of uitsluitende rechten), waarop zij meent reeds voldoende te hebben geantwoord.

Wat artikel 8 van de richtlijn betreft, dat klanten van telecommunicatieorganisaties toestaat een overeenkomst voor het aanbieden van telecommunicatiediensten met een looptijd van meer dan een jaar op te zeggen, merkt de Commissie op, dat een dergelijke bepaling slechts een uitvloeisel is van de verplichting om bijzondere en uitsluitende rechten af te schaffen. Zoals overweging 31 van de considerans van de richtlijn aangeeft, heeft het geen zin de markt voor telecommunicatiediensten open te stellen voor concurrentie door particuliere ondernemers, indien de klanten die door langlopende overeenkomsten gebonden zijn aan telecommunicatieorganisaties die houders zijn van de uitsluitende rechten, nog jaren lang zouden vastzitten aan de voormalige monopoliehouder voor de betrokken dienst.

M. Zuleeg
rechter-rapporteur