FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO
fremsat den 13. februar 1990 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Genstanden for denne sag er Kommissionens efterhånden velkendte direktiv 88/301/EØF af 16. maj 1988 om konkurrence på teleterminalmarkederne [1], som er udstedt med hjemmel i EØF-Traktatens artikel 90, stk. 3. Det er anden gang, Kommissionen anvender denne bestemmelse til at udstede et direktiv efter det første såkaldte »gennemskuelighedsdirektiv«, som var genstand for Domstolens dom af 6. juli 1982 i sagen Frankrig, Italien og Det Forenede Kongerige mod Kommissionen [2]. At anvendelsen af Traktatens artikel 90, stk. 3, langtfra er sket med medlemsstaternes indforståelse, fremgår ikke blot af de fire intervenerende regeringers (den belgiske, den græske, den italienske og den tyske regering) støtte til den sagsøgende medlemsstat, men også af staternes og Rådets — i pressen ofte fremhævede — modstand mod et nyt direktiv på telekommunikationsområdet vedrørende bl.a. tjenesteydelser, som Kommissionen har vedtaget få måneder efter det direktiv, der her skal tages stilling til, men endnu ikke offentliggjort.

Denne sag giver klart Domstolen lejlighed til at behandle og afgøre et retsspørgsmål, der også fra et institutionssynspunkt er af væsentlig betydning, og som vedrører rækkevidden af de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne, for så vidt angår eksistensen af og driftsvilkårene for offentlige virksomheder eller virksomheder med særlige eller eksklusive rettigheder, her inden for teleterminalsektoren, og navnlig for så vidt angår fastsættelsen af Kommissionens (og hermed indirekte af de øvrige institutioners) kompetence vedrørende offentlige indgreb i medlemsstaternes økonomi. Konkret er Domstolen blevet anmodet om at fortolke artikel 90, navnlig stk. 1 og 3, for at råde bod på den noget uklare affattelse.

Sagens genstand

2. Det har vist sig under den skriftlige og navnlig under den mundtlige forhandling, at de medlemsstater, som anfægter direktivet, ikke så meget nærer betænkelighed ved den anfægtede akts materielle indhold som ved Kommissionens *kompetence* til at fastsætte bestemmelser på dette område med hjemmel i artikel 90, stk. 3, samt ved betingelserne for udøvelsen af denne kompetence. Det betyder naturligvis ikke, at alle medlemsstaterne er enige med Kommissionen i, at opretholdelsen af de særlige eller eksklusive rettigheder, der i henhold til de respektive retssystemer er tillagt de organer, der virker inden for telekommunikationssektoren, er i strid med Traktaten. Det betyder derimod blot, at hver enkelt medlemsstat enten åbenlyst eller mere forsigtigt har givet udtryk

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 131 af 27.5.1988, s. 73.

2 — De forenede sager 188/80, 189/80 og 190/80, Sml. s. 2545.

for, at den procedure, der anvendes ved liberaliseringen af teleterminalmarkederne, og som danner grundlaget for Kommissionens handling, ikke er helt uden betydning for medlemsstaterne. For så vidt angår betingelserne for anvendelsen af Kommissionens kompetence, proceduren og retsgrundlaget, har samtlige medlemsstater — sagsøger og intervenienter — tilsyneladende tilsluttet sig Dantes ord »... il modo ancor m'offende ...«.

3. Jeg skal således gennemgå både indholdet og »formen«. Selv om retsmøderapporten indeholder en udtømmende gennemgang af de faktiske omstændigheder, den retlige baggrund og parternes argumenter, finder jeg det ikke helt overflødigt at give en kort oversigt over sagens baggrund.

4. Kommissionen havde som udgangspunkt konstateret, at situationen på telekommunikationsmarkedet var utilfredsstillende som følge af den tekniske udvikling og navnlig datalogiens betydning for denne sektor. For at muliggøre gennemførelsen af det store indre marked fandt Kommissionen det således nødvendigt at fremme liberaliseringen, bl.a. for så vidt angår terminaludstyr, der kan tilsluttes telekommunikationsnettet. Mens Kommissionen således — i det mindste for nærværende — med andre ord erkender, at det er uundgåeligt at opretholde en vis offentlig monopolstilling, for så vidt angår *telekommunikationsnettet*, mener den, at de særlige eller eksklusive rettigheder, som medlemsstaterne indrømmer en række virksomheder med hensyn til import, afsætning, tilslutning, ibrugtagning eller vedligeholdelse af *telekommunikationsterminaludstyr* ikke længere er acceptable. Det centrale i det anfægtede direktiv består således netop i medlemsstaternes forpligtelse til at ophæve disse rettigheder og underrette Kommissionen om, hvilke foranstaltninger de har truffet, og hvilke lovforslag de har fremsat med henblik herpå, jf. artikel 2.

Ud over artikel 2 vedrører den sagsøgende regerings stævning direktivets artikel 6, 7 og 9. Artikel 6, for så vidt som det herved bestemmes, at der skal foretages en sondring mellem fastsættelsen af de tekniske specifikationer og afsætningen af goder og/eller tjenesteydelser. Artikel 7, for så vidt som det herved bestemmes, at medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på opsigelsen med højst et års varsel af de kontrakter vedrørende leje eller vedligeholdelse af terminaludstyr, for hvilke der ved kontraktens indgåelse gjaldt særlige eller eksklusive rettigheder for visse virksomheder. Artikel 9, for så vidt som det herved bestemmes, at medlemsstaterne hvert år skal fremsende en rapport, på grundlag af hvilken Kommissionen kan fastslå, om direktivets bestemmelser er overholdt.

For så vidt angår derimod de øvrige artikler, der kan adskilles fra de anfægtede bestemmelser, har den franske regering anført, at de kan opretholdes, idet de efter regeringens opfattelse ikke er behæftet med samme mangler som de anfægtede artikler.

De forskellige opfattelser

5. Den franske regering har til støtte for sin påstand påberåbt sig Kommissionens manglende kompetence, tilsidesættelsen af væsentlige formforskrifter, nærmere bestemt en utilstrækkelig begrundelse, tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og endelig procedurefordrejning. De intervenerende regeringer har tilsluttet sig disse anbringender.

6. Det skal imidlertid understreges, at uanset opremsningen og betegnelsen af anbringenderne er det centrale problem, Domstolen her skal tage stilling til, Kommissionens *kompetence*. Netop af denne grund er det væsentligt straks at fastslå, at den påberåbte manglende kompetence vedrører forskellige aspekter.

For det første har Kommissionen, ifølge regeringen, navnlig overskredet sin kompetence ved ikke at anvende en væsentlig bestemmelse, nemlig artikel 90, stk. 1, korrekt. I det væsentlige gøres det gældende, at Kommissionen ved den anfægtede retsakt erklærer de særlige og eksklusive rettigheder ulovlige (og derfor kræver dem afskaffet), selv om de ifølge artikel 90, stk. 1, *forudsættes* at være lovlige. Med andre ord har institutionen anvendt denne bestemmelse forkert, for så vidt som den herved ligestiller *meddelelsen af særlige og eksklusive rettigheder* — som også er lovlig ifølge artikel 37 — med *fastsættelsen af traktatstridige foranstaltninger*, som faktisk er forbudt efter artikel 90, stk. 1. Den analyse, som Kommissionen kunne (og burde) have foretaget, hvis den ønskede at holde sig inden for denne bestemmelses materielle grænser, burde derfor udelukkende have omfattet udøvelsen af de pågældende rettigheder for at afgøre, om de var forenelige med de andre væsentlige traktatbestemmelser.

Efter nærmere eftertanke består der yderligere en sammenhæng mellem dette afgørende principspørgsmål og anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, idet Kommissionen har anvendt et redskab — ophævelsen af rettighederne — der klart står i et urimeligt forhold til det tilsigtede mål, nemlig at holde udøvelsen af rettighederne inden for de af Traktaten fastsatte grænser.

Selv om det videre måtte antages, at Kommissionen ikke er gået ud over de materielle grænser for artikel 90, stk. 1, har den under alle omstændigheder overskredet sin kompetence ifølge artikel 90, stk. 3, der ikke giver mulighed for at udstede et »repressivt« direktiv med henblik på at bringe en overtrædelse til ophør i stedet for at anvende proceduren efter artikel 169. Der er derfor også tale om procedurefordrejning.

Endelig har Kommissionen, ifølge den franske regering, også anvendt den omtvistede »repressive« kompetence forkert, idet der intet er anført til bevis for, at de omhandlede rettigheder skulle have givet anledning til forskelsbehandling, eller at de i det mindste skulle være i strid med konkurrencereglerne og det fælles marked. Der er således også tale om manglende begrundelse.

7. Imidlertid begrænses Den Franske Republiks påstand samt de intervenerende medlemsstaters indlæg ikke til denne problemstilling. Der nedlægges nemlig også påstand om Kommissionens manglende kompetence i en anden sammenhæng, og her er der tale om »inkompetence« i egentlig forstand. Ved at tilsidesætte princippet om saglig kompetence, jf. Traktatens artikel 4, har Kommissionen omgået vanskeligheden ved og forpligtelsen til i hvert enkelt tilfælde at undersøge, om der i de forskellige medlemsstater var eksempler på forskelsbehandling af importeret terminaludstyr, idet den har udstedt en generel retsakt af *retsanordnende* karakter med henblik på i det væsentlige at regulere en hel økonomisk sektor. En sådan retsakt ligger helt klart uden for Kommissionens beføjelser i henhold til artikel 90, stk. 3, og der kunne allerhøjst have været tale om at *forelægge Rådet et forslag* på grundlag af artikel 100 A.

8. Kommissionen har naturligvis bestridt, at den som anført af sagsøgeren skulle have været inkompetent i de to ovenfor nævnte betydninger.

For det første har Kommissionen afvist, at artikel 90, stk. 1, forudsætter, at alle særlige eller eksklusive rettigheder opretholdes. I visse tilfælde findes der rettigheder, der er så snævert knyttet til udøvelsen heraf, at den eneste mulighed for at undgå en retsstridig udøvelse er at ophæve den pågældende ret. For det andet har Kommissionen først anerkendt, at den anfægtede retsakt ikke blot må anses for en simpel afgørelse, der skal bringe traktatstridige foranstaltninger til ophør, men »et direktiv, som tager hensyn til teleterminalmarkedernes globale struktur i de forskellige medlemsstater, og som på grundlag af en samlet approach og en detaljeret analyse af situationen i medlemsstaterne fastsætter de midler, der skal vedtages, for at medlemsstaterne kan overholde de traktatbestemmelser, som de er undergivet« — Kommissionen har også udtalt sig i denne retning under den mundtlige forhandling — for herefter at anføre, at den ikke med det omhandlede direktiv har udøvet en retsanordnende beføjelse, som går ud over grænserne for overvågning eller tilsyn, og at Kommissionen endnu mindre med direktivet har reguleret en hel økonomisk sektor. I virkeligheden er det langt enklere, idet formålet var dels at sætte en stopper for eksisterende overtrædelser dels at forebygge fremtidige overtrædelser, og begge disse formål er omfattet af Kommissionens kompetence i henhold til Traktatens artikel 90, stk. 3.

Kommissionen har yderligere bestridt, at det formål, den forfulgte med det omtvistede direktiv, udstedt med hjemmel i artikel 90, stk. 3, burde have været gennemført ved et rådsdirektiv med hjemmel i artikel 100 A. De to bestemmelser har ikke samme anvendelsesområde. Formålet med artikel 100 A er at afskaffe alle de hindringer, der skyldes nationale ved lov og administrativt fastsatte bestemmelser, mens artikel 90, stk. 3, pålægger Kommissionen en pligt til at føre tilsyn med medlemsstaternes overholdelse af de forpligtelser, de pålægges ifølge artikel 90, stk. 1, hvilket indebærer en kompetence til at udstede de hertil nødvendige beslutninger og direktiver.

Generelle betragtninger

9. Inden jeg tager stilling til de forskellige opfattelser, skal jeg fremsætte nogle indledende betragtninger.

a) *Artikel 90*

10. For det første skal jeg bemærke, at Domstolens praksis ganske vist indeholder mange interessante momenter, men dog ikke giver mulighed for at løse alle de problemer, vi i dag står over for. Det er rigtigt, at Domstolen navnlig i dommen vedrørende »gennemskuelighedsdirektivet« samt den senere dom af 30. juni 1988, Kommissionen mod Grækenland [3], delvis fastslog *omfanget* af Kommissionens kompetence i henhold til Traktatens artikel 90, stk. 3, for så vidt som Domstolen fastslog, at de i denne traktatbestemmelse nævnte »direktiver og beslutninger er omfattet af den almindelige kategori af direktiver og beslutninger, der er nævnt i Traktatens artikel 189« (præmis 11 i dommen i sag 226/87).

3 — Sag 226/87, Sml. s. 3611.

I dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland tog Domstolen ikke stilling til lovligheden af udøvelsen af kompetencen i henhold til artikel 90, stk. 3, med henblik på at bringe en overtrædelse til ophør, mens den voldsomme diskussion, som den foreliggende tvist har afsløret, imidlertid er kendetegnende for den usikkerhed, der endnu består såvel blandt medlemsstater som blandt institutioner med hensyn til *arten* af og *grænserne* for Kommissionens kompetence i henhold til artikel 90, stk. 3.

11. Mere generelt skal jeg herefter tilføje, at artikel 90's ovenfor omtalte noget uklare affattelse (såvel som den i lang tid anerkendte, ikke helt klare affattelse af artikel 37, idet de to bestemmelser har samme oprindelse og begge optræder i traktatudkastets artikel 28) bestemt ikke skyldes en tilfældighed eller et pludseligt opstået formuleringsproblem, men tværtimod beror på den objektive vanskelighed ved at forene selve tanken om et monopol eller virksomhed med eksklusive rettigheder med frie konkurrencevilkår og et fælles marked.

Efter min opfattelse er denne vanskelighed et resultat af den materielle modsætning i fællesskabstanken, således som den er nedfældet i Traktaten, mellem, på den ene side, et fælles marked og frie konkurrencevilkår og, på den anden side, opretholdelsen af muligheden for, at medlemsstaterne selv — under forbehold af samordning — kan vælge den økonomiske politik, de ønsker at føre. Dette modsætningsforhold har rent formelt ført til artikel 222, 37 og 90, for så vidt som det er af betydning for den foreliggende sag, men også, for at nævne et andet aspekt, til den meget store »tilbageholdenhed« i bestemmelserne om kapitalens frie bevægelighed i forhold til andre frihedsrettigheder eller endog til de særlige forhold og forsinkelser, der anerkendes inden for bank- og forsikringssektoren. Jo mere Traktatens liberaliseringstanke påvirker de valg, der er overladt til medlemsstaternes autonomi og ansvar, i jo højere grad kan det, rent materielt, kun ske, for så vidt som (»i det omfang«) det viser sig absolut nødvendigt for gennemførelsen af denne liberalisering. Ud fra den samme af mig fremhævede logiske synsvinkel vil jeg tillade mig at sammenholde udtrykket »i det omfang, det er nødvendigt for fællesmarkedets tilfredsstillende funktion«, som i artikel 67 fastsætter og begrænser medlemsstaternes forpligtelse til at afskaffe indbyrdes restriktioner for kapitalbevægelser, den tilbageholdende karakter af artikel 90, stk. 2, hvorefter de virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, er underkastet Traktatens bestemmelser, »i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem«, og Domstolens udtalelse i dommen vedrørende »gennemskuelighedsdirektivet«, hvorefter Kommissionens kompetence ifølge artikel 90, stk. 3, »er ... begrænset til udstedelsen af de direktiver og beslutninger, som er nødvendige for, at Kommissionen effektivt kan udføre den overvågningsopgave, som er pålagt Kommissionen ved samme bestemmelse« (ovennævnte dom, præmis 13).

b) *To fortolkningsnøgler til direktivet*

12. For det andet fremgår det tilstrækkeligt klart af den debat, der har fundet sted mellem parterne og intervenienterne, og som har givet sig udtryk i visse standpunkter, som andre fællesskabsinstitutioner — i øvrigt uden for den foreliggende sag — har

fremført, at Domstolen må tage stilling til sagen ud fra to forskellige synsvinkler, da det anfægtede direktiv kan fortolkes og opfattes alt efter, hvordan det læses, hvilket da også er sket.

13. Ifølge den første fortolkning står man over for et direktiv, hvorefter det system med eksklusive rettigheder, som findes i de fleste medlemsstater inden for teleterminalsektoren, er i strid med Traktaten (herunder navnlig artikel 37, 59 og 86), hvorfor disse rettigheder ifølge direktivet skal ophæves i samtlige medlemsstater samtidig med, at det bestemmes, at medlemsstaterne skal træffe de nødvendige supplerende og relevante foranstaltninger. Set ud fra dette synspunkt må Kommissionens omtvistede kompetence antages at være udøvet i form af en (normal) kontrol af lovligheden af medlemsstaternes adfærd i forhold til reglerne for det fælles marked (varer og tjenesteydelser) og til konkurrencereglerne. Under sagen for Domstolen har Kommissionen selv påberåbt sig disse forhold til støtte for den udøvede kompetence, selv om den også har fremført herfra afvigende argumenter over for sagsøgerens og intervenienternes præcise slutninger.

14. Ifølge den anden fortolkning står vi derimod over for et direktiv, hvorved der udøves en retsanordnende kompetence i ordets egentligste, ja sågar videste, forstand, for så vidt som Kommissionen ud fra en definition af de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne i henhold til Traktatens artikel 30, 37, 59 og 86, havde til hensigt at regulere teleterminalsektoren på en måde, der afviger fra en bestemt model, der findes i de fleste medlemsstater, for så vidt angår det omhandlede terminaludstyr eller en del heraf. Ud fra dette synspunkt synes retsakten ikke længere at være begrænset til en ren kontrol af lovligheden, men fremstår i det væsentlige som et valg af en hensigtsmæssig løsning, der er typisk for udøvelsen af en retsanordnende kompetence i egentlig forstand, og som naturligvis ikke udelukker, at valget er dikteret af et ønske om at »reprimere« og/eller »forebygge« eventuelle overtrædelser af Traktaten. Det er i virkeligheden samme tanke, der ligger til grund for den alternative henvisning til artikel 100 A som hjemmel for en retsakt med samme formål som det omtvistede direktiv; ikke blot sagsøgeren, men også intervenienterne (navnlig den belgiske regering) samt — i en anden sammenhæng — Europa-Parlamentet[4] og Rådet[5] har henvist til denne bestemmelse; det samme resultat kan udledes af selve opbygningen af direktivet, navnlig af begrundelsen, samt af det forhold, at Kommissionen forinden havde betegnet udstedelsen af direktivet som et vigtigt led i en række lovgivningsinitiativer med henblik på at »udvikle« teleterminalmarkederne og tjenesteydelserne på telekommunikationsområdet[6].

15. Efter disse rent generelle bemærkninger skal jeg i de efterfølgende betragtninger successivt (i punkt 16-41, hhv. punkt 42-55) behandle de to muligheder, jeg har nævnt ovenfor, idet jeg mener, at Domstolen ikke kan undgå at besvare de forelagte spørgsmål så udtømmende, som det ønskes af parterne og intervenienterne, og som det kræves i det foreliggende tilfælde.

4 — Beslutning om nødvendigheden af at standse spredningen inden for telekommunikationssektoren af 14.12.1988, punkt 8 (EFT 1989, C 12, s. 66).

5 — Jf. *Agence de l'Europe* af 13.10.1989, s. 13, samt 9.12.1989, s. 7.

6 — Jf. f.eks. dok. KOM/88/48 endel., meddelelse af 9.2.1988.

Den fejlagtige anvendelse af artikel 90, stk. 1

16. Det skal først afgøres, om et direktiv, hvorefter medlemsstaterne er forpligtet til at ophæve eksklusive rettigheder inden for teleterminalsektoren, fordi de er i strid med visse traktatbestemmelser, går ud over de i artikel 90 fastsatte grænser for indhold og procedure.

17. Når henses til, at Kommissionens kompetence i henhold til artikel 90, stk. 3, er begrænset af artikel 90, stk. 1, mener jeg, at det i første omgang er nødvendigt at afgøre, om bestemte virksomheders eksklusive rettigheder i sig selv må betragtes som traktatstridige »foranstaltninger«, som medlemsstaterne ikke må »træffe« eller »opretholde«, og som er omfattet af Kommissionens tilsynspligt. Som allerede nævnt har sagsøgeren anført, at der ikke findes nogen traktatbestemmelse, der, uafhængigt af indholdet, foreskriver ophævelsen af et monopol eller af eksklusive rettigheder. Tværtimod støttes navnlig artikel 90 netop på den forudsætning, at sådanne rettigheder er lovlige.

18. Domstolen har allerede flere gange haft lejlighed til at tage stilling til dette spørgsmål, og parterne har således ikke undladt at påberåbe sig visse afgørende domme. F.eks. fastslog Domstolen i Manghera-dommen[7], for så vidt angår artikel 37, at »uden at kræve afskaffelse af nævnte monopoler foreskriver denne bestemmelse betingelsesløst, at de skal tilpasses således, at den anførte forskelsbehandling er udelukket fra overgangsperiodens udløb« (præmis 5), for herefter endelig at fastslå, at »EØF-Traktatens artikel 37, stk. 1, skal fortolkes på den måde, at ethvert statsligt handelsmonopol fra den 31. december 1969 skulle være tilpasset sådan, at dets eneret til import fra de øvrige medlemsstater var bortfaldet« (præmis 13).

19. Det af Domstolen i Manghera-dommen fastsatte princip synes således at gå i den af Kommissionen ønskede retning. Men selv om det ikke må glemmes, at den virksomhed, der i Manghera-sagen havde eksklusive importrettigheder — i modsætning til den foreliggende sag — også var producent, således at der absolut forelå en mulighed for forskelsbehandling af Fællesskabets øvrige erhvervsdrivende, skal det også bemærkes, at dommen kun vedrører eneimportret, hvorimod det ikke fastslås, at Domstolens betragtninger også gælder andre eksklusive eller særlige rettigheder. I denne forbindelse er det ikke helt uden betydning, at Domstolen i samme dom fastslog, at det ikke ifølge artikel 37 kræves, at handelsmonopoler, der anses for lovlige, ophæves, men udelukkende, at forskelsbehandling, som i Manghera-sagen alene skyldtes en eneimportret, ophæves (præmis 10-13).

20. Ved andre lejligheder har Domstolen i mere generelle vendinger udtalt, at »artikel 90, stk. 1, tillader blandt andet, at medlemsstaterne giver virksomheder særlige eller eksklusive rettigheder ... Imidlertid forbliver disse virksomheder ved udøvelsen af deres opgave underkastet forbud mod forskelsbehandling og omfattes, for så vidt denne udøvelse indebærer aktiviteter af økonomisk karakter, af bestemmelserne i artikel 90 om

7 — Dom af 3.2.1976 (sag 59/75, Sml. s. 91).

offentlige virksomheder eller virksomheder, som staterne har indrømmet særlige eksklusive rettigheder. Fortolkningen af artikel 86 sammenholdt med artikel 90 fører til den konklusion, at tilstedeværelsen af et monopol for en virksomhed, som en medlemsstat har indrømmet eksklusive rettigheder, ikke som sådan er uforenelig med artikel 86. Det forholder sig følgelig på samme måde med en udvidelse af enerettighederne, som er en følge af en ny intervention fra denne stats side« [8] (præmis 14). Domstolen overlod det til den nationale dommer i hvert enkelt tilfælde at afgøre, om den enkelte adfærd var i overensstemmelse med Traktatens materielle bestemmelser.

21. I Hansen-dommen [9] fastslog Domstolen, at »artikel 37... [ikke kræver], at de statslige handelsmonopoler afskaffes, men alene at de tilpasses, således at enhver forskelsbehandling af medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår er udelukket«, og navnlig, at »artikel 37 finder fortsat anvendelse, selv efter at den tilpasning, der er foreskrevet i Traktaten, har fundet sted, såfremt et statsligt monopol udøver sine enerettigheder på en sådan måde, at det medfører en ved bestemmelsen forbudt forskelsbehandling eller restriktion« (præmis 8).

22. Ved bl.a. at henvise til Domstolens ovennævnte udtalelse i Manghera-dommen, hvorefter ethvert handelsmonopol skal tilpasses, således at eneretten til import fra de andre medlemsstater ophæves, er Kommissionen nået til den konklusion, at det forhold, at eneretten for virksomheder med eksklusive rettigheder vedrørende telekommunikationsnettet til at importere, afsætte, tilslutte, ibrugtage og vedligeholde terminaludstyr opretholdes, er en foranstaltning i den i artikel 90, stk. 1, fastsatte betydning, og at eksistensen af sådanne rettigheder i sig selv er en overtrædelse, da netop selve eneretten indebærer forskelsbehandling og misbrug (jf. navnlig duplikken, s. 11).

Jeg kan ikke tilslutte mig denne opfattelse, da den udgør en vilkårlig fortolkning af det af Domstolen i Manghera-dommen fastsatte princip, dels fordi den udvider dommens rækkevidde til at omfatte hele systemet med eksklusive rettigheder uanset spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om varer eller tjenesteydelser og i alle tilfælde ikke blot om importretten, dels fordi Kommissionen ikke herved tager hensyn til de øvrige betragtninger i Manghera-dommen samt i den ovenfor omtalte tidligere dom, som tilstrækkelig klart giver udtryk for en global opfattelse, der går i en anden retning end den af Kommissionen angivne.

23. Ud over de betragtninger, der er knyttet til de forskellige tilfælde, mener jeg i virkeligheden, at Domstolens ovennævnte praksis er udtryk for en klar og logisk grundlæggende indstilling. Dels bemærkes ønsket om at uddybe formuleringen i artikel 37 og artikel 90, stk. 1, idet man ikke kan komme uden om den vægt, hvormed det (også i Manghera-dommen, præmis 5) fastslås, at et handelsmonopol eller et system med eksklusive rettigheder ikke i sig selv er i strid med Traktaten (artikel 37 og 86), og at det følgelig ikke kan kræves, at rettighederne som sådanne ophæves. Dels fremhæves også kra-

8 — Dom af 30.4.1974 (sag 155/73, Sml. s. 409).

9 — Dom af 3.3.1979 (sag 91/78, Sml. s. 935).

vet om konkret — uden grænser eller forbehold — at undersøge, om de nationale systemer er forenelige med Traktaten, og i påkommende tilfælde overlade det til den nationale ret at foretage denne undersøgelse [10]. F.eks. bekræftede Domstolen i dom af 7. juni 1983, Kommissionen mod Italien [11], efter at have henvist til Manghera-dommen, at artikel 37 »ikke kræver, at de statslige handelsmonopoler afskaffes« (præmis 11), og tilføjede, at »selv om sagen vedrører bestemmelser, som gælder uden forskel for indenlandsk fremstillede og importerede varer, må det derfor undersøges, om den omtvistede ordning ikke desto mindre, ved at begrænse importen af tobaksvarer, kan virke diskriminerende og konkurrencefordrejende, og dermed hindre samhandelen inden for Fællesskabet« (præmis 12).

24. Mere generelt er det forhold, at et monopol eller et system med eksklusive eller særlige rettigheder ikke nødvendigvis er i fuld overensstemmelse med et system, der hviler på fri konkurrence, kun alt for indlysende. Men netop af den grund er der tale om et forhold, som Traktatens forfattere ikke kunne undgå at være klar over.

Det er således klart, at Traktatens forfattere — i logisk sammenhæng med artikel 222 og med hele fællesskabstanken om man vil — havde til hensigt at »tolerere« monopoler og systemer med eksklusive eller særlige rettigheder ved at anse dem for lovlige »i sig selv« samtidig med, at det blev pålagt Kommissionen at påse, om reglerne om det fælles marked for varer og tjenesteydelser og om fri konkurrence under alle omstændigheder overholdes, under hensyntagen til eventuelle undtagelser i henhold til artikel 90, stk. 2.

Således kan de tilsyneladende tågede, men hensigtsmæssigt afbalancerede bestemmelser i artikel 37 og artikel 90, stk. 1, forklares, herunder navnlig »tilpasningen« af handelsmonopoler, jf. artikel 37, ved hjælp af henstillinger, de tilsynsbeføjelser, Kommissionen tildeles i henhold til artikel 90, stk. 3, og muligheden for, »såfremt det er påkrævet«, at anvende direktiver og beslutninger, som må antages at være mere effektive instrumenter, stadig med det formål, at Kommissionen kan opfylde sin tilsynspligt bedst muligt.

25. Rent abstrakt mener jeg derfor, at den blotte eksistens af et monopol eller et system med eksklusive rettigheder ikke »i sig selv« er i strid med Traktaten. Men dette svar er netop abstrakt.

26. Hvis man anlægger en mere konkret synsvinkel, kan en gennemgang af det foreliggende tilfælde føre til et andet resultat. Det centrale i artikel 90, når henses til, hvad der står mellem linjerne, og til Domstolens praksis, er, at bestemmelsen skal forhindre, at medlemsstaterne, der frit kan vælge en socialøkonomisk politik og i den ene eller den anden sektor indføre eller opretholde et monopol eller et system med eksklusive rettigheder, herefter på samme måde frit kan holde den offentlige virksomhed eller den virksomhed, der har fået tildelt eksklusive rettigheder, uden for spillets regler, navnlig for så vidt angår det fælles marked for varer og tjenesteydelser og den frie konkurrence. Dette er i overensstemmelse med artikel 37, som ifølge Domstolen »har til formål at

10 — Jf. ud over de allerede nævnte domme, dom af 9.5.1985 (sag 21/84, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1355), dom af 3.10.1985 (sag 311/84, Telemarketing, Sml. s. 3261, præmis 17) og dom af 4.5.1988 (sag 30/87, Bodson, Sml. s. 2479).

11 — Sag 78/82, Sml. s. 1955.

sikre, at det grundlæggende princip om de frie varebevægelser overholdes overalt inden for det fælles marked ... hvorved opretholdelsen af normale konkurrencevilkår mellem medlemsstaterne sikres i de tilfælde, hvor et bestemt produkt er underkastet et statsligt handelsmonopol i en eller flere medlemsstater« (ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 11).

27. Hvis det er rigtigt, kan det ikke helt udelukkes, når henses til ordlyden af artikel 90 og artikel 37, at man allerede såvel ved skabelsen af retsstillingen som ved tildelingen af særlige eller eksklusive rettigheder befinder sig i en traktatbrudssituation, og således er omfattet af forbuddet efter artikel 90, stk. 1. Netop ud fra dette synspunkt er det omvendt ikke nødvendigt, at staten træffer andre »foranstaltninger«, for at der er tale om traktatbrud, og man således befinder sig inden for anvendelsesområdet for artikel 90, stk. 1 (og dermed af artikel 90, stk. 3). Domstolen har hidtil ikke udtrykkeligt taget stilling til spørgsmålet, om artikel 37 eller artikel 90 nødvendiggør afskaffelse af den såkaldte potentielle forskelsbehandling, dvs. den blotte mulighed for forskelsbehandling som følge af, at der findes eksklusive rettigheder, selv om den flere gange er blevet opfordret dertil (jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Warner i Manghera-sagen samt den nationale rets anmodning om præjudiciel afgørelse).

28. Jeg mener i virkeligheden, at man også inden for rammerne af den bestemmelse, der her skal tages stilling til, kan behandle muligheden for — med det i denne sag anvendte udtryk — at et monopol eller et system med særlige eller eksklusive rettigheder »i sig selv« er uforeneligt med Traktaten. Jeg er dog lige så overbevist om, især når henses til Domstolens ovennævnte praksis, herunder Manghera-dommen, at man kun på grundlag af en punktuel undersøgelse af formålet med og følgerne af indførelsen eller opretholdelsen af eksklusive rettigheder samt af, hvorledes disse er udformet og fungerer, i forhold til det fælles marked for varer og tjenesteydelser samt den frie konkurrence kan fastslå, at rettighederne er i strid med Traktaten. Dette spørgsmål bør faktisk besvares konkret og ikke abstrakt.

29. Jeg skal tilføje, at det af det direkte og transparente forhold mellem Traktatens artikel 90 og artikel 222 — uden at en sådan antagelse støttes på den af mig nævnte filosofi, der ligger til grund for Traktaten — klart kan udledes, at der i det mindste består en stærk *formodning for lovligheden* af den offentlige virksomhed eller virksomheden med eksklusive rettigheder som sådan. I virkeligheden er der her, efter min opfattelse, tale om en hensigtsmæssig og rimelig fortolkningsnøgle til artikel 90, stk. 1, som på én gang tager hensyn til artikel 222 og til de bestemmelser, der skal beskytte det fælles marked og den frie konkurrence. Alene af ordlyden af artikel 90 rent abstrakt at udlede, at det — som den franske regering har anført — er absolut udelukket, at selve eksistensen af et system med eksklusive rettigheder også må antages at være i strid med Traktaten, må efter min mening klart anses for en delvis approach, der til dels undergraver »den tilsigtede virkning« af artikel 90. Det ville ligeledes være forkert at se helt bort fra den sikkert ikke helt tilfældige ordlyd af artikel 90, at overse tilknytningen til artikel 222 og at afvise, at der i det mindste principielt består en formodning for, at ek-

sistensen eller indførelsen af en situation som den her foreliggende er lovlig.

For så vidt angår disse betragtninger, kan sagsøgerens argumenter således ikke lægges til grund.

Procedurefordrejning

30. Med det følgende (og subsidiære) spørgsmål, der er rejst i denne sag, og som til en vis grad er knyttet til det, jeg lige har behandlet, ønskes afgjort, om Kommissionen i henhold til artikel 90, stk. 3, har kompetence til, ved et direktiv, at fastslå, at eksistensen af et system med eksklusive rettigheder er i strid med Traktaten, i stedet for at iværksætte den almindelige traktatbrudsprocedure, jf. Traktatens artikel 169. Som allerede nævnt har både sagsøgeren og intervenienterne afvist, at Kommissionen med henblik på at afskaffe eksklusive rettigheder lovligt kunne udstede et direktiv med hjemmel i artikel 90, stk. 3, i stedet for at anvende proceduren i henhold til artikel 169. I den juridiske teori er der mange forskellige løsninger på dette problem.

Allerede set ud fra et abstrakt synspunkt kan problemet rejse en del tvivl. På den anden side synes problemet heller ikke at være løst i dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, da Domstolen her ikke skulle afgøre, om Kommissionen havde anvendt sin kompetence efter artikel 90, stk. 3, lovligt ved at udstede en beslutning, der »sanktionerede« en overtrædelse, men blot om beslutningen havde samme virkninger som en beslutning i henhold til artikel 189.

31. Som bekendt har Traktaten for det tilfælde, at en medlemsstat »ikke har overholdt en forpligtelse, der påhviler den i henhold til denne Traktat«, fastsat en generel sanktionsprocedure, der indledes med, at Kommissionen formelt meddeler staten sine klagepunkter, hvorefter den kan anlægge sag ved Domstolen, for at denne kan fastslå, at der foreligger et traktatbrud. Denne procedure indeholder en garanti for, at kontradiktionsprincippet og staternes rettigheder i vidt omfang tilgodeses i den administrative fase inden et eventuelt sagsanlæg, hvorimod artikel 90, stk. 3, ikke udtrykkeligt giver samme sikkerhed. Selv om det er rigtigt, at den logiske opbygning af proceduren efter artikel 169 allerede kan fraviges i visse tilfælde, for så vidt som den i det væsentlige vendes om, f.eks. i artikel 93, stk. 2, er det også rigtigt, at undtagelserne fra artikel 169 udtrykkeligt opregnes i Traktaten, ikke blot i artikel 93, stk. 2, men også i artikel 100 A og artikel 225. Og man må ikke glemme, at det i tilfælde af en overtrædelse af konkurrencereglerne ganske vist påhviler Kommissionen at påtale en overtrædelse, men i så fald under overholdelse af princippet om meddelelse af klagepunkterne og kontradiktionsprincippet i den administrative fase. Dette gælder netop artikel 93, stk. 2.

Artikel 90, stk. 3, indeholder hverken sådanne bestemmelser eller en udtrykkelig undtagelse, hvilket Kommissionen allerede selv har måttet anerkende som begrundelse for, at der ikke i det foreliggende tilfælde har været nogen reel forudgående kontradiktorisk procedure (svarskriftet, s. 33).

32. Man kan yderligere rejse spørgsmålet, om ikke den af Kommissionen anvendte type retsakt også har skabt andre vanskeligheder. Når det allerede absolut ikke er ind-

lysende, at en beslutning i henhold til artikel 90, stk. 3, er en passende og lovlig erstatning for en procedure ifølge artikel 169, forekommer anvendelsen af et direktiv, der allerede pr. definition er dårligt egnet til at bringe en overtrædelse til ophør, endnu mindre hensigtsmæssig, så meget mere som retsakten i det foreliggende tilfælde er rettet til samtlige medlemsstater.

Kommissionens forklaring har ikke bragt nogen afklaring af dette punkt. Kommissionen har blot anført, at den foretrak at anvende artikel 90, stk. 3, frem for artikel 169, da sidstnævnte ikke ville have »samme umiddelbare og øjeblikkelige virkning« som førstnævnte (svarskriftet, s. 12). Det har heller ikke bragt nogen afklaring, at Kommissionen har forsikret, at den inden udstedelsen af direktivet havde hørt såvel medlemsstaterne som de øvrige institutioner. Jeg finder nemlig ingen af disse argumenter tilstrækkelige til at afhjælpe mangelen dels på en konkret undtagelsesbestemmelse fra artikel 169, dels på den minimumsgaranti for kontradiktorisk sagsbehandling, som traktatbrudsproceduren indebærer.

Jeg mener derfor, at Kommissionen principielt ikke kunne anvende direktivformen, jf. artikel 90, stk. 3, som »repressivt« redskab i stedet for artikel 169.

Begrundelsen

33. På den anden side kan Domstolen måske i denne sag med større udbytte koncentrere sig om det væsentlige punkt, der ligger i begrundelsen af den anfægtede retsakt, idet den eventuelt kan udskyde en »principiel« løsning af problemet til en senere mere gunstig lejlighed. For så vidt som der her er tale om en procedure i anledning af en overtrædelse, der tilmed har til formål at ophæve en bestående retsstilling, hvis eksistens i sig selv må formodes lovlig i henhold til Traktaten, burde Kommissionen under alle omstændigheder have foretaget en konkret og analytisk gennemgang af overtrædelsen.

34. I denne sag har Kommissionen — så vidt jeg umiddelbart kan skønne — undladt at foretage en sådan undersøgelse, som er nødvendig i procedurer af »repressiv« art, og som under alle omstændigheder skal gøre det muligt for Domstolen at udøve den endelige domstolskontrol. Dette gælder ikke blot direktivets artikel 2 og 7, der nødvendigvis er snævert forbundet, men også artikel 6, som formentligt kan gøres til genstand for en delvis selvstændig vurdering ud fra de øvrige anførte aspekter.

For så vidt angår Traktatens artikel 30, har Kommissionen i tredje betragtning navnlig anført følgende: »indrømmelse af særlige eller eksklusive rettigheder med hensyn til import og afsætning kan i praksis medføre og medfører ofte hindringer for importen fra andre medlemsstater«. Med hensyn til Traktatens artikel 37 har Kommissionen anført, at de omhandlede rettigheder »med hensyn til terminaludstyr, som er tillagt de statslige telekommunikationsmonopoler, udøves på en sådan måde, at de i praksis stiller apparater fra andre medlemsstater dårligere, bl.a. ved at hindre brugerne i frit at vælge de apparater, de har brug for, alt efter pris og kvalitet, uanset hvor de kommer fra; udøvelsen af disse rettigheder er derfor uforenelig med artikel 37 i samtlige medlemsstater ...« (femte betragtning).

35. Jeg mener ikke, at så lapidariske betragtninger kan danne grundlag for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse. Det kan bestemt ikke være tilfældet, når man som her hævder, at selve eksistensen af et system med eksklusive rettigheder udgør en overtrædelse. Selve de anvendte udtryk (monopolet, der »normalt« tildeles ved indrømmelse af eksklusive rettigheder, rettigheder, der »hyppigt« omfatter terminaludstyr, og indrømmelse af sådanne rettigheder »kan i praksis medføre og medfører ofte« hindringer for importen i et sådant omfang, at denne »i praksis« stilles ringere) er særdeles vage i forhold til kravet om særlig stringens, som gør sig gældende i det foreliggende tilfælde, da der er tale om at afkræfte den i artikel 90, stk. 1, (og hermed i artikel 37) indeholdte formodning om, at et system med særlige eller eksklusive rettigheder i sig selv er lovligt. Det kan igen med andre ord siges, at Traktatens forfattere fuldt ud har været klar over og dog accepteret, at monopolet — ofte i praksis »aut similia« — kan hindre det fælles marked i at fungere efter hensigten og skade den frie konkurrence, således at Kommissionens direktiv dels ikke afslører noget nyt, dels ikke ændrer de i artikel 90, stk. 1, fastsatte grundlæggende rammer radikalt ved blot at ophæve monopolet eller systemet med eksklusive rettigheder uden at begrunde dette skridt tilstrækkeligt.

Den manglende begrundelse er endnu mere åbenbar, hvis det for det første tages i betragtning, at det i et direktiv, der retter sig til alle medlemsstaterne, og som ifølge Kommissionen skal bringe en række overtrædelser til ophør, heller ikke specificeres, at alle medlemsstaterne har begået sådanne overtrædelser eller ved hvilke lovbestemmelser eller hvilken praksis. Det er så meget mere nødvendigt, som det fremgår af betragtningernes ordlyd og i endnu højere grad af processkrifterne, herunder Kommissionens svarskrift, at ordningen med monopol eller eksklusive rettigheder i visse medlemsstater kun er delvis, for så vidt angår de omhandlede terminaltyper, og der består også i visse tilfælde en absolut frihed, som det bl.a. paradoksalt nok synes at være tilfældet i den sagsøgende stat (jf. bilag 3 til Kommissionens indlæg), mens ordningen i andre medlemsstater slet ikke udgør nogen hindring for samhandelen, ikke indebærer nogen forskelsbehandling eller overholder konkurrencereglerne (jf. f.eks. s. 9 i den italienske regerings indlæg, der ikke bestrides af Kommissionen). For det andet kan det ikke i denne forbindelse anses for irrelevant, at den sagsøgende stat har anfægtet muligheden for at henføre alle de her omhandlede særlige og eksklusive rettigheder under frie varebevægelser, for så vidt som i det mindste en del af det nævnte terminaludstyr udmærket kan udgøre en integrerende del af selve telekommunikationsnettet og under alle omstændigheder mere passende henføres under tjenesteydelser.

36. Herved får man også mulighed for at vurdere omfanget af Domstolens kontrolmuligheder, der skal hvile på kriterier, der består inden sagsanlægget, og ikke kan fastsættes efterfølgende. Det må antages, at Domstolen ikke har fået mulighed for at afgøre, om alle medlemsstaterne eller kun en del af dem har begået den påståede overtrædelse, om overtrædelsen vedrørte alt eller kun noget terminaludstyr, og hvilke driftsformer der konkret hævdes at være traktatstridige ud over den blotte eksistens af rettigheder, hvorom man end ikke ved, om de er særlige eller eksklusive.

37. At der for det andet i direktivet henvises til, at de særlige og eksklusive rettigheder i sig selv er uforenelige med forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling, jf. Traktatens artikel 86, kan efter min opfattelse næppe føre til et andet resultat. Kommissionen anfører for det første (trettende betragtning), at telekommunikationsorganerne, enten enkeltvis eller i fællesskab, har monopol på det nationale telekommunikationsnet, at disse net udgør lige så mange markeder, og at det heraf fremgår, at disse organer indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af markedet. Kommissionen tilføjer, at de særlige eller eksklusive rettigheder, der indrømmes de pågældende organer, tvinger kunderne til »at leje terminaludstyret« (uden at præcisere hvilket), selv om brugeren måtte finde det mere fordelagtigt at købe det, hvilket i realiteten svarer til, at der pålægges tillægsydelser, samt til at begrænse afsætningen og hindre den tekniske udvikling, jf. artikel 86, litra b) og d) (uden at specificere i hvilken henseende).

Som det fremgår heraf, kan det endnu en gang — uden at det er nødvendigt at gå ind på det indviklede spørgsmål, om kritikken er berettiget — fastslås, at vi her står over for en åbenbar sofisme og altså ikke over for en analytisk begrundelse, som, for at sige det endnu en gang, var nødvendig i det foreliggende tilfælde, men over for lige så lapidariske som absolutte udtalelser. Det er tilstrækkeligt at henvise til, hvad der kræves af en beslutning, hvorved Kommissionen gør opmærksom på en virksomheds misbrug af en dominerende stilling, og på, at Kommissionen selv har ment at måtte give en analytisk, specifik og detaljeret begrundelse for de beslutninger, den har truffet i henhold til artikel 90, stk. 3, med henblik på at bringe de af Grækenland [12], Spanien [13] og, senere, af Nederlandene [14] begåede overtrædelser til ophør.

38. Når alt kommer til alt indeholder direktivet kun et »quid demonstrandum«, der generelt udledes af selve eksistensen af en ordning med særlige eller eksklusive rettigheder i samtlige medlemsstater inden for sektoren (der også anskues i sin helhed) for teleterminaludstyr. Hvis Domstolen skulle tilslutte sig sådanne udtalelser, kan det ikke ske på grundlag af en vurdering af de faktiske og retlige momenter eller en kontrol af den anfægtede retsakts lovlighed, men som en art »tillidserklæring«, som jeg under ingen omstændigheder mener at kunne anbefale Domstolen.

39. Heroverfor kan det ikke med føje gøres gældende, at »det i et direktiv, som pr. definition er en generel retsakt, der retter sig til samtlige medlemsstater, ikke er nødvendigt at foretage en detaljeret gennemgang af alle særlige omstændigheder« (Kommissionens svarskrift, s. 27). Det gælder måske rent generelt, og når der er tale om et »normalt« direktiv, men ikke når der som indtil nu i den foreliggende sag er tale om en retsakt, hvorved det hævdes, at der foreligger en overtrædelse af Traktaten.

40. Jeg mener, at der af de forudgående betragtninger kan drages en første konklusion. Hvis formålet med Kommissionens direktiv, som den selv har hævdet i sit svarskrift og under den mundtlige forhandling, var at fastslå, at Traktaten er tilsidesat i samtlige medlemsstater, og hvis direktivet altså fremtrådte som udøvelsen af en tilsynsbeføjelse i

12 — Beslutning af 24.4.1985 (EFT L 152, s. 25), der dannede grundlag for ovennævnte sag 226/87.

13 — Beslutning af 22.6.1987 (EFT L 194, s. 28).

14 — Beslutning af 12.1.1990 (EFT L 10, s. 47).

form af en beføjelse til at kontrollere lovligheden af medlemsstaternes adfærd, er direktivet — også selv om man ser bort fra ethvert andet problem — i det mindste ugyldigt som følge af manglende begrundelse.

41. Kravet til begrundelse ville givetvis have været langt mindre strengt, hvis Kommissionen i stedet for at udføre en kontrol med lovligheden af en eller flere medlemsstaters adfærd havde truffet et *retsanordnende valg i egentlig forstand* ved at fastsætte regler for teleterminalsektoren på en måde snarere end på en anden måde og navnlig ved at ophæve ordninger med monopol eller eksklusive rettigheder, som må antages at eksistere i flere medlemsstater. I så fald udgør konstateringen af, at der foreligger en konkret overtrædelse i forbindelse med den måde, hvorpå et monopol eller en ordning med eksklusive rettigheder fungerer, eller den blotte tilstedeværelse heraf i en, flere eller alle medlemsstaterne, ikke længere genstanden for retsakten, men grundlaget for udstedelsen heraf. Direktivet er i så fald faktisk den helt rigtige retsakt.

Manglende kompetence i egentlig forstand

42. Der er her tale om den anden mulighed for at fortolke det anfægtede direktiv, som jeg har omtalt i begyndelsen af mit forslag, og som naturligvis er underlagt Domstolens bedømmelse, såfremt man uafhængigt af, om de påståede overtrædelser foreligger, hvilket i øvrigt bestrides, udelukker, at Kommissionen havde kompetence til at ophæve ordningerne med eksklusive rettigheder i samtlige medlemsstater og på denne måde fastsætte regler for teleterminalsektoren på grundlag af Kommissionens kompetence i henhold til artikel 90, stk. 3, i stedet for at anvende den normale lovgivningsprocedure (nemlig i henhold til artikel 100 A), og såfremt det bestrides, således som især den belgiske regering har gjort det, at Kommissionen har foretaget et reelt industripolitisk valg.

43. Det kan ikke udelukkes, at der her er tale om den rigtige fortolkning af det omhandlede direktiv. Tværtimod skorter det ikke på argumenter til støtte for en sådan antagelse, herunder først og fremmest direktivets opbygning og begrundelse.

Efter min opfattelse beviser en begrundelse, der så åbenbart er generel og utilstrækkelig i forhold til den type retsakt, der kræves for at fastslå en overtrædelse, samt i forhold til de af mig tidligere nævnte eksempler på beslutninger, der er udstedt med hjemmel i artikel 90, stk. 3, ikke blot, at retsakten er ugyldig som følge af Kommissionens vilkårlige fejl, men også at Kommissionen har udøvet sin kompetence ifølge artikel 90, stk. 3, på en anden måde end den hidtil forudsatte og den, der fremgik af gennemskuelighedsdirektivet eller de andre ovennævnte beslutninger.

Jeg skal her navnlig henvise til formuleringer såsom »kan i praksis medføre og medfører ofte hindringer for importen fra andre medlemsstater« eller den formulering, hvorefter meddelelsen af særlige eller eksklusive rettigheder vedrørende driften af nettet og tjenesteydelser i forbindelse hermed »hyppigt« også omfatter levering til brugerne af terminaludstyr. Jeg skal også henvise til an-

den betragtning, hvori det fastslås, at flere stater på baggrund af den tekniske og økonomiske udvikling har »revideret ordningen med særlige eller eksklusive rettigheder på telekommunikationsområdet«, og at den hurtige udvikling af forskellige typer af terminaludstyr og de mange anvendelsesmuligheder gør det nødvendigt, at brugerne frit kan vælge terminaludstyr. Der er her tale om betragtninger, som snarere vedrører en ny orientering end et for dette område simpelt krav om at bringe overtrædelser, som i virkeligheden ikke er klart defineret, til ophør.

44. Det er ikke uden betydning, at afskaffelsen af ordningerne med særlige eller eksklusive rettigheder på telekommunikationsområdet er blevet efterfulgt af et direktiv, der er affattet i samme vendinger, med samme opbygning og med tilsvarende begrundelser, og som vedrører tjenesteydelser i forbindelse med telekommunikation. Dette direktivs artikel 2 har næsten samme ordlyd som den artikel, der er genstand for den foreliggende sag [15]. Forholdet ville være i det mindste usædvanligt, hvis der var tale om en simpel konstatering af en overtrædelse, som den belgiske regering med rette har anført under den mundtlige forhandling. Men under alle omstændigheder er der snarere tale om et generelt perspektiv, som udspringer af den liberaliseringstendens, som de senere år har inspireret fællesskabsinstitutionerne, navnlig Rådet.

45. I denne forbindelse finder jeg det hensigtsmæssigt at henvise til Rådets direktiv 86/361/EØF af 24. juli 1986 om første fase af den gensidige anerkendelse af typegodkendelser af teleterminaludstyr [16], hvori det fastslås, at »der er behov for at udarbejde en mere generel ramme til forberedelse af anden fase, hvori der skal oprettes et åbent og ensartet marked for terminaludstyr under hensyn til, at dette i forbindelse med telekommunikation må indebære, både at udstyret frit kan omsættes, og at der kan ske fri tilslutning til nettene i overensstemmelse med de harmoniserede forskrifter« (tiende betragtning).

46. Det er lige så vigtigt at henvise til Rådets resolution af 30. juni 1988 [17], hvori Rådet *efter forslag fra Kommissionen* og på grundlag af betragtninger, der i store træk er identiske med de betragtninger, der ligger til grund for det omtvistede direktiv, henstiller til Kommissionen, »at den — når det er nødvendigt — stiller forslag om de foranstaltninger, der bør træffes med henblik på realiseringen af disse målsætninger inden for de højst prioriterede områder på grundlag af relevante EF-procedurer, herunder oprettelsen af et fælles marked for teletjenester og -udstyr«, efter at Rådet helt har tilsluttet sig »målsætningerne i det handlingsprogram, der er beskrevet i meddelelsen af 9. februar 1988 vedrørende etablering af et konkurrenceorienteret fælles telekommunikationsmarked indtil 1992, i øvrigt under hensyntagen til artikel 8 A og 8 C som indført ved Den Europæiske Fælles Akt, og styrkelse af den europæiske konkurrenceevne, samtidig med at der gives garantier for de offentlige servicefunktioner på telekommunikationsområdet«.

47. Ud fra de samme klare krav om at fremme den tekniske udvikling, som under retsforhandlingerne for Domstolen har fået Kommissionen til i realiteten at reducere di-

15 — Dokument K(89) 671 endel. Direktivet er endnu ikke blevet meddelt.

16 — EFT L 217, s. 21.

17 — EFT C 257, s. 1.

rektivets rækkevidde til en simpel sanktion og forebyggelse af overtrædelser, har Kommissionen i øvrigt ikke kunnet undgå at fremsætte visse væsentlige betragtninger, hvoraf jeg navnlig skal nævne følgende:

— I et direktiv, der pr. definition er en generel retsakt, der retter sig til samtlige medlemsstater, er det ikke nødvendigt at foretage en detaljeret gennemgang af alle særlige omstændigheder (svarskriftet, s. 27).

— Valget af direktivformen, jf. artikel 90, stk. 3, i stedet for den i artikel 169 fastsatte procedure er opstået som følge af, »at de fleste medlemsstater har indført eller opretholdt traktatstridige foranstaltninger« (idet dog hverken foranstaltningerne eller medlemsstaterne nærmere præciseres), i ønsket (som imidlertid er generelt) om at integrere »samtlige aspekter vedrørende teleterminalmarkedet i en enkelt sammenhængende retsakt, der gør det muligt for Kommissionen at fortsætte den effektive udøvelse af sin tilsynspligt« (svarskriftet, s. 30).

— Som følge af de sidste års betydelige tekniske udvikling på telekommunikationsområdet og det stigende antal klager vedrørende »eventuelle overtrædelser« af princippet om frie varebevægelser og konkurrencereglerne »havde [Kommissionen] til hensigt ikke at begrænse sig til rent punktuelt at gribe ind over *for de konstaterede eller formodede overtrædelser*, men derimod — efter at have foretaget en dybtgående markedsundersøgelse og indhentet udtalelser fra samtlige medlemsstater — *at præcisere medlemsstaternes forpligtelser* i deres forhold til de virksomheder på telekommunikationsområdet, som de har meddelt særlige eller eksklusive rettigheder« (duplikken, s. 19; min fremhævelse).

48. Efter min opfattelse kaster Kommissionens sidste bemærkning nyt lys over det standpunkt, institutionen har indtaget, og som ikke blot går ud over, men også ser helt bort fra den i Traktaten fastsatte kontrolkompetence. Formålet hermed var at fastsætte generelle og abstrakte regler på dette område (»præcisere medlemsstaternes forpligtelser«), som går ud over rækkevidden af artikel 90, stk. 3, og er omfattet af Rådets kompetence.

Under den mundtlige forhandling har Kommissionen på det præcise spørgsmål, om den ville anvende proceduren efter artikel 169 eller en nedlæggelse af det offentlige organ i medfør af artikel 90, stk. 3, over for en eventuel overtrædelse af artikel 30 begået af et offentligt organ, der har fået meddelt eksklusive rettigheder, svaret, at det for at sikre artikel 90, stk. 3, den tilsigtede virkning »er nødvendigt at gå ud over virkningen af et simpelt traktatbrudssøgsmål«, altså uden at udelukke udstedelsen af en retsakt om nedlæggelse af det offentlige organ med særlige eller eksklusive rettigheder.

49. Dette falder i tråd med det centrale i Kommissionens standpunkt, hvorefter den langt fra at udøve en retsanordnende kompetence i egentlig forstand har begrænset sig til at bringe de eksisterende overtrædelser til

ophør og forebygge fremtidige overtrædelser i overensstemmelse med udøvelsen af den tilsynskompetence, som Traktaten i denne henseende tillægger Kommissionen. Selv inden for rammerne af et sådant standpunkt, der tilsigter at være indskrænkende, skal man naturligvis yderligere nå til enighed om forebyggelsen af fremtidige overtrædelser, idet vurderingen svinger betydeligt, alt efter hvilket indhold og hvilken rækkevidde Kommissionen tillægger den forebyggende retsakt. Forebyggelsen kan utvivlsomt give et tilfredsstillende og endeligt resultat, hvis man ophæver den retsstilling, der kan give anledning til traktatovertrædelser. Men det er yderst tvivlsomt, om der her er tale om en simpel forebyggelse, ligesom jeg heller ikke er sikker på, at der er tale om forebyggelse af en overtrædelse af forbuddet mod, at medlemsstaterne indfører nye afgifter med tilsvarende virkning som told, hvis man ophæver ... disse staters »skatte«-monopol, eller hvis man for at undgå konkurrenceforvridning mellem offentlige og private virksomheder kræver førstnævnte nedlagt.

50. Følgelig er det efter min opfattelse begrundet at antage, at det anfægtede direktiv ikke blot har til formål at bringe eksisterende overtrædelser til ophør og forebygge fremtidige overtrædelser. I øvrigt er det netop således, Europa-Parlamentet også har opfattet direktivet (se f.eks. beslutning af 23.11.1989 vedrørende det »parallelle« direktiv om tjenesteydelser på telekommunikationsområdet, EP 136784), og direktivet blev endog offentligt omtalt på forhånd af Kommissionen i en meddelelse af 9. februar 1988 i forbindelse med en serie lovinitiativer [18].

18 — Dok. KOM/88/48 endel.

Jeg mener imidlertid bestemt, at det af den sagsøgende stat og navnlig af visse af de intervenerende regeringer rejste spørgsmål, om der kan tillægges Kommissionen en retsanordnende kompetence, som uafhængigt af, om der foreligger overtrædelser eller ikke, konkret kan udmøntes i en anden regulering af det her omhandlede område, bør besvares benægtende.

51. For det første mener jeg ikke, at man kan se bort fra det princip, Domstolen har fastsat i helt klare vendinger i dommen vedrørende gennemskuelighedsdirektivet, nemlig at Kommissionens kompetence i henhold til artikel 90, stk. 3, »er ... begrænset til udstedelsen af de direktiver og beslutninger, som er nødvendige for, at Kommissionen effektivt kan udføre den overvågningsopgave, som er pålagt Kommissionen ved samme bestemmelse« (præmis 13), hvorved denne kompetence adskiller sig fra den Rådet tillagte kompetence, idet det i dommen fastslås, at »ifølge artikel 94 kan Rådet udstede de nødvendige forordninger med henblik på anvendelsen af artikel 92 og 93« (præmis 13).

Det kan uden vanskelighed udledes af det således fastlagte princip, at Kommissionen i modsætning til Rådet ikke har kompetence til at udstede alle nødvendige retsakter med henblik på gennemførelsen af artikel 90, stk. 1, (for så vidt som det er relevant for sagen), men kun kan udstede retsakter, som viser sig nødvendige for mere effektivt at udføre sin overvågningsopgave. Det betyder ikke, at der kan tillægges Kommissionen en retsanordnende kompetence, hvorved den under hensyntagen til muligheden for overtrædelser på et bestemt område og ved en retsakt, der uden forskel retter sig til alle medlemsstater, fastlægger grænserne for lovligheden af medlemsstaternes adfærd og

samtidig på dette grundlag pålægger dem at ophæve et monopol eller en ordning med eksklusive rettigheder. Domstolen har nemlig fastslået, at Kommissionen kan udstede de direktiver og beslutninger, som er nødvendige for at udføre overvågningsopgaven, men derimod ikke, at den kan se bort fra selve forudsætningen for at udføre denne opgave.

52. I denne forbindelse skal jeg henvise til generaladvokat Reischl's forslag til afgørelse i sagen vedrørende gennemskuelighedsdirektivet, hvori han efter at have afvist, at artikel 169 og artikel 90, stk. 3, er alternative bestemmelser, bemærker, at Kommissionens kompetence er begrænset til at anvende artikel 90, der giver sikkerhed for, at Kommissionen kun kan udstede retsakter, »der har enten teknisk karakter eller karakter af gennemførelsesbestemmelser«, mens Rådets kompetence omfatter fastsættelsen af gennemførelsesbestemmelser, der skal uddybe og konkretisere Traktatens bestemmelser, denne begrænsning respekterer den balance mellem institutionerne, som ligger til grund for Traktaten, og forklarer ligeledes de manglende processuelle garantier, der udgør en del af en retsanordnende procedure, såsom den selvstændige initiativret og kravet om indhentning af udtalelse fra Parlamentet, og Kommissionen heller ikke i lyset af artikel 222 »efter Traktaten kan gøre krav på generelt at være beføjet til at tildele de offentlige virksomheder en særstilling« (Sml. 1982, s. 2584 ff.).

53. For det andet må man ikke glemme placeringen af artikel 90, som næppe helt tilfældigt er anbragt under konkurrencereglerne for virksomheder og ikke i den del, der vedrører institutionerne.

Samtlige konkurrenceregler (fra artikel 85 til artikel 94), er opbygget på en sådan måde, at Rådet har enekompetence til at fastsætte betingelserne for anvendelsen af Traktatens regler, eventuelt ved at supplere dem, mens Kommissionen til gengæld har en kontrol- og gennemførelseskompetence.

I denne forbindelse bemærkes blot, at artikel 87, stk. 1 og 2, bl.a. tillægger Rådet kompetence til, eventuelt for de økonomiske sektorer, at fastsætte anvendelsesområdet for artikel 85 og 86 (jf. bl.a. Rådets forordning nr. 141 om ikke-anvendelse af Rådets forordning nr. 17 på transportsektoren, EFT 1959-1962, s. 258).

Med hensyn til statsstøtte har Rådet en tilsvarende kompetence til at fravige bestemmelserne i artikel 92 ved at bestemme, at en støtte kan anses for forenelig med fællesmarkedet, når særlige omstændigheder taler derfor.

Den eneste åbenbare undtagelse fra dette princip, som Traktatens forfattere har fulgt, udgøres af den kompetence, artikel 91, stk. 2, sidste punktum, tillægger Kommissionen på dumpingområdet (inden for fællesmarkedet), idet Kommissionen »udfærdiger egnede regler for anvendelsen af bestemmelserne i dette stykke«. Det er imidlertid kun tilsyneladende en undtagelse, idet der i virkeligheden er tale om en simpel administrativ gennemførelseskompetence (Rådets henstillinger nr. 8 af 11.3.1960 og nr. 21 af 25.3.1960).

54. Endelig er det ikke bestridt, at tilsynskompetencen efter artikel 90, stk. 3, vedrører stk. 1, (»påser, at bestemmelserne i denne artikel bringes i anvendelse«) og ikke artikel 155, tredje led (»have beføjelse til selvstændigt at træffe beslutninger«). Det er således sikkert, at kompetencen til at udstede direktiver og beslutninger kun er en rent funktionel kompetence i forbindelse med tilsynspligten og ikke kan danne grundlag for en generel retsakt til regulering af strukturen i en bestemt sektor ved at afskaffe en offentlig ordning med særlige eller eksklusive rettigheder.

En stor del af Kommissionens og især Rådets udtalelser og retsakter i de senere år på telekommunikationsområdet, hvoraf jeg kun har omtalt ganske få, skitserer i det væsentlige et program, hvis naturlige kortfristede udvikling med rette kan antages at bestå i en — denne gang bindende — regulering af området, altså på grundlag af en lovgivningsprocedure iværksat på Kommissionens initiativ og afsluttet af Rådet efter en udtalelse fra Parlamentet. I denne sammenhæng, der i øvrigt ikke på noget væsentligt punkt er i strid med selve liberaliseringstanken, fremtræder det direktiv, som Kommissionen har udstedt på eget initiativ, og hvorved den »havde til hensigt ... efter at have foretaget en dybtgående markedsundersøgelse og indhentet udtalelser fra samtlige medlemsstater at præcisere medlemsstaternes forpligtelser i deres forhold til de virksomheder på telekommunikationsområdet, som de har meddelt særlige eller eksklusive rettigheder«, som en anormal foregribelse af den løbende lovgivningsprocedure, for så vidt som medlemsstaternes forpligtelser endnu ikke var blevet defineret eller »præciseret« i forhold til Traktatens generelle bestemmelser. Det forklarer i øvrigt også den manglende begrundelse.

55. Sagsøgerens henvisning til artikel 4, til kompetencefordelingsprincippet og til balancen mellem de forskellige institutioner er således ikke helt ubegrundet. Kommissionens udstedelse af en retsakt, der, selv om den har til formål at forebygge overtrædelser, ændrer selve betingelserne for den enkelte stats indflydelse på en bestemt økonomisk sektor, undergraver efter min mening balancen mellem institutionerne og kan derfor ikke anses for lovlig af Domstolen.

Konklusion

56. Herefter skal jeg sammenfattende foreslå, at Domstolen annullerer artikel 2, 6 og 7 samt, om fornødent, artikel 9 i Kommissionens direktiv 88/301/EØF af 16. maj 1988 om konkurrence på teleterminalmarkederne og tilpligter sagsøgte at betale sagens omkostninger.