CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO van 13 februari 1990 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Het onderhavige beroep is gericht tegen de thans bekende richtlijn 88/301 van de Commissie van 16 mei 1988 [1] betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur, waarvan de rechtsgrondslag artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag is. Het betreft hier de tweede keer dat deze bepaling door de Commissie is toegepast om een richtlijn vast te stellen, na de eveneens bekende zogenoemde „doorzichtigheid"-richtlijn, die vervolgens heeft geleid tot het arrest van het Hof van 6 juli 1982, Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk/Commissie. [2] Dat het beroep op artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag alles behalve onomstreden door de Lid-Staten wordt geaccepteerd, blijkt niet alleen uit het feit dat vier regeringen (de Belgische, Griekse, Italiaanse en Duitse regering) het standpunt van de verzoekende Lid-Staat steunen, maar ook uit het — herhaalde malen door de pers onder de aandacht gebrachte — verzet van de Lid-Staten en de Raad tegen een latere richtlijn op het gebied van de telecommunicatie, met name betreffende de diensten, die de Commissie enige maanden na de onderhavige heeft vastgesteld en waarvan nog geen kennis is gegeven.

Het ligt voor de hand, dat het Hof door het onderhavige geschil in de gelegenheid wordt gesteld, een oordeel uit te spreken over een — ook op institutioneel vlak — belangrijk juridisch probleem betreffende de omvang van de op de Lid-Staten rustende verplichtingen inzake het bestaan en de werkwijze van openbare bedrijven of ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend, in casu in de sector telecommunicatie-eindapparatuur; en bovenal betreffende de afbakening van de bevoegdheden van de Commissie (en impliciet ook van de andere instellingen) ten aanzien van het overheidsingrijpen in de economie van de Lid-Staten. In hoofdzaak wordt het Hof verzocht, artikel 90, met name de leden 1 en 3, zodanig uit te leggen dat hierdoor een duidelijke (...) onduidelijkheid wordt opgeheven.

Het voorwerp van geschil

2. Tijdens de schriftelijke behandeling en vooral ook ter terechtzitting is gebleken, dat het voornaamste bezwaar van de Lid-Staten die de richtlijn bestrijden, in werkelijkheid niet zozeer de materiële inhoud ervan betreft, als wel de *bevoegdheid* van de Commissie om de onderhavige materie op grond van artikel 90, lid 3, te regelen alsmede de uitoefening van die bevoegdheid. Dit betekent natuurlijk niet, dat alle Lid-Staten het met de Commissie erover eens zijn, dat de handhaving van in de respectieve rechtsorden aan de in de telecommunicatiesector werkzame lichamen toegekende uitsluitende of bijzondere rechten in strijd is met het EEG-Verdrag; het betekent alleen, dat zij alle te kennen hebben gegeven — de een openlijker, de ander voorzichtiger — dat

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB 1988, L 131, blz. 73.

2 — Gevoegde zaken 188/80 tot en met 190/80, Jurispr. 1982, blz. 2545.

het proces van vrijmaking van de telecommunicatie-eindapparatuurmarkt dat aan het optreden van de Commissie ten grondslag ligt, hen niet onverschillig laat. Wat de door de Commissie gekozen modaliteiten, procedure en rechtsgrondslag betreft lijken alle staten — zowel verzoekster als interveniënten — de woorden van Dante „il modo ancor m'offende" uit te roepen.

3. Ik wil daarom zowel de materiële als de formele aspecten bezien. Al geeft het rapport ter terechtzitting omstandig de feiten, de relevante rechtsregels en de argumenten van partijen weer, toch lijkt het mij niet overbodig, de oorzaak van het geschil kort samen te vatten.

4. Het optreden van de Commissie begint met de vaststelling, dat dank zij de technologische ontwikkeling, in het bijzonder de gevolgen van de informatica op telecommunicatiegebied, de huidige situatie op de betrokken markt onbevredigend is. Om de grote interne markt te kunnen verwezenlijken is het daarom noodzakelijk te komen tot een vorm van uitgebreidere liberalisatie, in het bijzonder wat betreft eindapparatuur die toegang tot het telecommunicatienet geeft. Met andere woorden, waar de Commissie — althans voor het ogenblik — lijkt te erkennen dat het voortbestaan van de monopolistische structuur met een overheidskarakter op het gebied van *telecommunicatienetten* onvermijdelijk is, is zij van mening dat eventuele aan ondernemingen als concessionaris toegekende bijzondere of uitsluitende rechten van invoer, afzet, aansluiting, opstarten en onderhoud van *telecommunicatie-eindapparatuur* niet meer aanvaardbaar zijn. Kernpunt van de gewraakte richtlijn is derhalve de in artikel 2 aan de Lid-Staten opgelegde verplichting om deze rechten op te heffen en de Commissie in kennis te stellen van de maatregelen die zij hebben genomen en van de ontwerpen voor regelgeving die zij daartoe hebben ingediend.

Behalve tegen artikel 2 richt het beroep van verzoekster zich tegen de artikelen 6, 7 en 9 van de richtlijn. Tegen artikel 6 voor zover dit voorziet in een scheiding van de functies technische regelgeving en de afzet van goederen en/of het verrichten van diensten. Tegen artikel 7, voor zover dit bepaalt dat de Lid-Staten de verplichting hebben de nodige regels vast te stellen om de opzegging van huur- en onderhoudscontracten van eindapparatuur die bij sluiting ervan onderworpen waren aan aan bepaalde ondernemingen toegekende bijzondere of uitsluitende rechten, met een opzeggingstermijn van ten minste één jaar mogelijk te maken. Tegen artikel 9 voor zover dit de Lid-Staten de verplichting oplegt, elk jaar een verslag uit te brengen aan de hand waarvan de Commissie zich kan vergewissen of de betrokken artikelen van de richtlijn worden nageleefd.

De andere artikelen, die als losstaand van de bestreden artikelen worden beschouwd, kunnen volgens de Franse regering worden gehandhaafd, omdat zij niet dezelfde gebreken vertonen als de bestreden artikelen.

Standpunten van partijen

5. De door verzoekster aangevoerde middelen, die door de interveniërende regeringen zijn overgenomen, zijn: onbevoegdheid van de Commissie, schending van wezenlijke vormvoorschriften, tot uitdrukking komend in gebrekkige motivering, schending van het algemene evenredigheidsbeginsel en ten slotte misbruik van procedure.

6. Ik wil er echter goed op wijzen, dat, hoe de middelen ook worden geformuleerd of gekwalificeerd, het centrale probleem dat ter beoordeling aan het Hof is voorgelegd, dat van de *bevoegdheid* van de Commissie is. Er zij dan ook al aanstonds de aandacht op gevestigd, dat naar de bewuste bevoegdheid in verschillend verband wordt verwezen.

Volgens een eerste constructie neemt de onbevoegdheid in het bijzonder de vorm aan van onjuiste toepassing van een wezenlijk vormvoorschrift, te weten artikel 90, lid 1. Wat in wezen wordt gesteld, is dat de Commissie in de bestreden richtlijn de bijzondere en uitsluitende rechten onwettig verklaart (en bijgevolg de opheffing ervan verlangt), terwijl de wettigheid van deze rechten uitdrukkelijk door artikel 90, lid 1, wordt *verondersteld*. De Commissie zou met andere woorden deze bepaling verkeerd hebben toegepast, voor zover zij de toekenning van bijzondere en uitsluitende rechten — die ook krachtens artikel 37 geoorloofd is — op een lijn heeft gesteld met de vaststelling van *met het Verdrag strijdige maatregelen*, hetgeen inderdaad bij artikel 90, lid 1, wordt verboden. Had de Commissie derhalve binnen de materiële grenzen van deze bepaling willen blijven, dan had de beoordeling die zij had kunnen (en moeten) maken, uitsluitend de uitoefening van genoemde rechten moeten betreffen, om na te gaan of zij met de andere elementaire bepalingen van het EEG-Verdrag verenigbaar waren.

Zie ik het wel, dan staat deze fundamentele principekwestie in verband met het middel dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden, doordat de Commissie een middel — de opheffing van rechten — heeft gekozen dat kennelijk onevenredig is met het doel, te weten de uitoefening van die rechten binnen de door het EEG-Verdrag gestelde grenzen te houden.

Bovendien zou de Commissie, al aangenomen dat zij de materiële grenzen van artikel 90, lid 1, niet zou hebben overschreden, in ieder geval de in artikel 90, lid 3, gestelde grenzen hebben overschreden, die niet toelaten dat een richtlijn wordt vastgesteld met als functie de „repressie" van een niet-nakoming, zulks als alternatief voor artikel 169: vandaar dat er ook sprake zou zijn van misbruik van procedure.

Ten slotte zou de Commissie ook deze omstreden „repressieve" bevoegdheid verkeerd hebben uitgeoefend, omdat zij geenszins zou hebben verduidelijkt waarom bedoelde rechten tot met de mededingingsregels en de gemeenschappelijke markt onverenigbare discriminaties hebben geleid; er zou daarom ook sprake zijn van een motiveringsgebrek.

7. Maar het beroep van de Franse Republiek en de opmerkingen van de interveniërende Lid-Staten beperken zich niet tot deze problematiek. De onbevoegdheid van de Commissie wordt namelijk ook in een ander opzicht aangevoerd; deze keer zou het gaan om onbevoegdheid in eigenlijke zin. De Commissie zou in strijd met de in artikel 4 EEG-Verdrag neergelegde attributie van bevoegdheden, de moeilijkheid hebben ontweken en zich hebben onttrokken aan de verplichting om van geval tot geval vast te stellen of in de diverse Lid-Staten met betrekking tot ingevoerde eindapparatuur discriminatie bestaat, door een algemene handeling van *normatieve* aard vast te stellen waarvan het doel in wezen was, een hele sector van de economie te regelen. Een dergelijke handeling zou kennelijk buiten de bevoegdheidssfeer (de toezichthoudende-bevoegdheidverplichting) vallen, die artikel 90, lid 3, haar toekent en had hooguit het voorwerp kunnen zijn van een *voorstel aan de Raad* op grond van artikel 100 A.

8. De Commissie bestrijdt uiteraard de door verzoekster aangevoerde onbevoegdheid in de twee hiervoor genoemde opzichten.

In de eerste plaats ontkent verweerster, dat artikel 90, lid 3, de handhaving veronderstelt van alle bijzondere of uitsluitende rechten. In bepaalde gevallen zouden er rechten bestaan waarvan het bestaan niet is te scheiden van de uitoefening ervan, zodat de enige manier om de onwettige uitoefening ervan te voorkomen, de afschaffing ervan zou zijn. In de tweede plaats herhaalt de Commissie, dat de bestreden handeling niet een eenvoudig besluit is om een einde te maken aan een met het Verdrag strijdige maatregel, maar een „richtlijn die rekening houdt met de totale structuur van de markten van telecommunicatie-eindapparatuur in de verschillende Lid-Staten en die op basis van een algehele beoordeling en een gedetailleerd onderzoek van de situatie in de Lid-Staten de te nemen maatregelen vaststelt, opdat de Lid-Staten kunnen voldoen aan de op hen toepasselijke verdragsregelen"; in die zin heeft de gemachtigde van de Commissie zich ook ter terechtzitting uitgelaten. Zij betoogt dat de richtlijn niet is te beschouwen als de uitoefening van een regelgevende bevoegdheid die de grenzen van de waakzaamheid of het toezicht overschrijdt, en zeker geen regeling voor een hele economische sector is. De werkelijkheid zou veel eenvoudiger zijn: enerzijds gaat het erom bestaande inbreuken op te heffen en anderzijds om toekomstige inbreuken te voorkomen, twee doelstellingen die volledig binnen de door artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag aan de Commissie verleende bevoegdheid vallen.

De Commissie weerlegt voorts het argument, dat het doel dat zij met de bestreden richtlijn ex artikel 90, lid 3, heeft willen bereiken, het voorwerp had moeten zijn van een richtlijn van de Raad op grond van artikel 100 A. Het toepassingsgebied van de twee bepalingen zou namelijk verschillen. Artikel 100 A zou tot doel hebben, belemmeringen uit de weg te ruimen die het gevolg zijn van het bestaan van nationale wettelijke en bestuursrechtelijke regelingen, terwijl artikel 90, lid 3, de Commissie een toezichthoudende taak zou verlenen ten aanzien van de naleving door de Lid-Staten van de hun door artikel 90, lid 1, opgelegde verplichtingen met de daaruit voortvloeiende bevoegdheid de eventueel noodzakelijke beschikkingen en richtlijnen vast te stellen.

Algemene opmerkingen

9. Alvorens deze standpunten te beoordelen, wil ik enkele opmerkingen maken.

a) *Artikel 90*

10. In de eerste plaats kunnen met de rechtspraak van het Hof, al geeft deze enkele interessante uitgangspunten, niet alle problemen waarmee wij thans geconfronteerd zijn, worden opgelost. Wel heeft met name het arrest over de „doorzichtigheid"-richtlijn evenals het recentere arrest van 30 juni 1988, Commissie/Griekenland [3], gedeeltelijk duidelijkheid verschaft over de draagwijdte van de bevoegdheid die de Commissie aan artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag ontleent, voor zover daarin is bevestigd „dat de hier bedoelde ‚richtlijnen' en ‚beschikkingen' behoren tot de algemene categorie van richtlijnen en beschikkingen in de zin van artikel 189" (arrest in zaak 226/87, r. o. 11).

3 — Zaak 226/87, Jurispr. 1988, blz. 3611.

Nu echter het vraagstuk van de wettigheid van de „repressieve" uitoefening van de bevoegdheid ingevolge artikel 90, lid 3, in het arrest Commissie/Griekenland onbeslist is gebleven, is het levendige debat dat in de onderhavige zaak wordt gevoerd, tekenend voor de onzekerheid die zowel bij de Lid-Staten als bij de instellingen nog bestaat omtrent de aard en de *grenzen* van de bevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 90, lid 3.

11. In een algemener opzicht is de „duidelijke onduidelijkheid" van artikel 90, die ik zoëven heb aangestipt (evenals de onduidelijke duidelijkheid die reeds lang met gezag wordt toegeschreven aan artikel 37; beide artikelen hebben oorsprong en plaats in artikel 28 van het ontwerp-verdrag gemeen) zeker niet aan het toeval of aan een onverwachte redactionele moeilijkheid te wijten, maar aan de objectieve moeilijkheid om het denkbeeld van een monopolie of een onderneming met uitsluitende rechten te verzoenen met een vrije mededinging en een gemeenschappelijke markt.

Die moeilijkheid gaat mijns inziens terug op de fundamentele tegenstelling in de gehele communautaire opzet zoals neergelegd in het EEG-Verdrag, waarin enerzijds de gemeenschappelijke markt en de vrije mededinging nauwkeurig geregeld zijn, maar anderzijds de keuzen van economisch beleid, behoudens coördinatie, bij de Lid-Staten zijn blijven berusten. Deze tegenstelling heeft wat de vorm betreft geresulteerd in de artikelen 222, 37 en 90, hier van specifiek belang, maar anderzijds ook in bij voorbeeld de grotere „voorzichtigheid" van de regels betreffende het vrije kapitaalverkeer ten opzichte van de andere vrijheden of in de bijzonderheden en vertragingen die in de bank- en verzekeringssector zijn toegestaan. Wat de inhoud betreft, hoe meer de liberaliserende opzet van het Verdrag van nabij op de aan de autonomie en verantwoordelijkheid van de Lid-Staten overgelaten keuzen inwerkt, des te meer kan hij dit slechts doen „voor zover" dat nodig blijkt om die opzet te verwezenlijken. In dezelfde logische dimensie als hier bedoeld passen naar mij dunkt: de uitdrukking „in de mate waarin zulks voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt nodig is" die in artikel 67 de plicht van de Lid-Staten definieert en afbakent om de beperkingen met betrekking tot het kapitaalverkeer op te heffen; de voorzichtigheid van artikel 90, lid 2, volgens hetwelk de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de verdragsregels vallen „voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert"; en de vaststelling van het Hof in het arrest over de „doorzichtigheid"-richtlijn, dat de door artikel 90, lid 3, aan de Commissie verleende bevoegdheid „zich beperkt tot richtlijnen en beschikkingen die noodzakelijk zijn om op doeltreffende wijze de in dat lid opgedragen toezichthoudende taak te vervullen" (gevoegde zaken 188/80, 189/80 en 190/80, reeds aangehaald, r. o. 13).

b) *Twee wijzen van uitlegging van de richtlijn*

12. In de tweede plaats blijkt voldoende duidelijk uit het tussen partijen gevoerde debat, dat — zij het buiten de onderhavige procedure — doorklinkt in de standpunten van de andere gemeenschapsinstellingen, dat de beoordeling van het geschil op twee verschillende niveaus ligt, voor zover de in ge-

ding zijnde richtlijn op twee wijzen kan worden — en in feite ook wordt — uitgelegd en beoordeeld.

13. Volgens de eerste uitlegging hebben wij hier te maken met een richtlijn die in wezen een in de meeste Lid-Staten geldende regeling van uitsluitende rechten op het gebied van de telecommunicatie-eindapparatuur onverenigbaar met het EEG-Verdrag (met name met de artikelen 37, 59 en 86) verklaart en de opheffing ervan in alle Lid-Staten voorschrijft, en daarnaast bijkomende maatregelen verlangt. In deze zienswijze wordt de bestreden bevoegdheid van de Commissie uitgeoefend door middel van een (normale) toetsing van de wettigheid van het gedrag van de Lid-Staten aan de regeling van de gemeenschappelijke markt (goederen en diensten) en van de mededinging. De Commissie zelf heeft in de contentieuze fase hoofdzakelijk in deze termen haar bevoegdheid opgeëist, ook al ontbreken andere verklaringen in antwoord op precieze conclusies van verzoekster en enige interveniënten niet.

14. Volgens de tweede uitleggingswijze hebben wij hier te maken met een richtlijn waaruit de uitoefening blijkt van een normatieve bevoegdheid in eigenlijke en, kan men wel zeggen, ruime zin, voor zover de Commissie, uitgaande van een omschrijving van de krachtens de artikelen 30, 37, 59 en 86 EEG-Verdrag op de Lid-Staten rustende verplichtingen, de sector van de telecommunicatie-eindapparatuur heeft willen regelen op een wijze die afweek van een bepaald model dat in de Lid-Staten voor sommige of alle telecommunicatie-eindapparatuur bestond. In deze zienswijze ligt de richtlijn niet op het vlak van de strikte wettigheidstoetsing, maar is zij in wezen te beschouwen als een doelmatigheidskeuze, die typerend is voor de uitoefening van een normatieve bevoegdheid in eigenlijke zin, en waarbij het natuurlijk niet is uitgesloten dat zij ook wordt ingegeven door de noodzaak om eventuele verdragsinbreuken de kop in te drukken en/of te voorkomen. Deze zienswijze blijkt ook uit het feit dat zowel verzoekster als interveniënten (met name de Belgische regering) alsmede — in ander verband — het Europees Parlement [4] en de Raad [5] hebben verdedigd, dat artikel 100 A moet worden vermeld als alternatieve rechtsgrondslag van handelingen die de doelstelling van de in geding zijnde handeling hebben. Zij blijkt ook uit de opbouw van de richtlijn, met name uit de motivering ervan, alsmede uit de omstandigheid dat de Commissie de vaststelling ervan tevoren had aangekondigd als onderdeel van een reeks initiatieven van wetgevende aard ter „ontwikkeling" van de markt voor eindapparatuur en telecommunicatiediensten. [6]

15. Na deze algemene inleiding zal ik hierna achtereenvolgens (respectievelijk sub 16 tot en met 41 en 42 tot en met 55) ingaan op de twee zoëven genoemde hypothesen; het Hof moet immers mijns inziens op de vragen wel het volledige antwoord geven dat partijen verlangen en dat in deze zaak noodzakelijk is.

4 — Resolutie over de noodzaak een eind te maken aan de versnippering van de telecommunicatie-industrie (PB 1989, C 12, blz. 66).

5 — *Agence de l'Europe* van 13.10.1989, blz. 13, en van 9.12.1989, blz. 7.

6 — Zie bij voorbeeld document COM(88) 48 def., mededeling van 9 februari 1988.

De onjuiste toepassing van artikel 90, lid 1

16. Allereerst moet worden nagegaan, of een richtlijn die de Lid-Staten de verplichting tot opheffing van de uitsluitende rechten op het gebied van telecommunicatie-eindapparatuur oplegt, omdat deze in strijd met bepaalde verdragsbepalingen zijn, binnen de door artikel 90 gestelde inhoudelijke en proceduregrenzen blijft.

17. Daar artikel 90, lid 1, de grenzen van de bevoegdheid van de Commissie ingevolge artikel 90, lid 3, afbakent, dient naar ik meen in de eerste plaats antwoord te worden gegeven op de vraag, of het enkele bestaan van een regeling van uitsluitende rechten ten gunste van bepaalde ondernemingen ook kan worden beschouwd als een „maatregel" in strijd met het Verdrag, die het de Lid-Staten verboden is „te nemen" of te „handhaven" en waarop de toezichthoudende bevoegdheid betrekking heeft. Zoals gezegd, betoogt verzoekster dat geen enkele verdragsbepaling de afschaffing regelt van een monopolie of van een regeling van uitsluitende rechten — ongeacht de relevantie ervan; met name artikel 90 zou juist van de veronderstelling uitgaan, dat zij een wettig bestaan leiden.

18. Over deze kwestie heeft het Hof zich verscheidene malen in opmerkelijke arresten uitgesproken, waarop partijen dan ook niet hebben nagelaten zich te beroepen. In de zaak Manghera [7] overwoog het Hof bij voorbeeld met betrekking tot artikel 37, dat „deze bepaling, waarin geen afschaffing van genoemde monopolies verlangd wordt, nochtans een aanpassing dier monopolies in dier voege dat er aan het einde der overgangsperiode van discriminatie in het geheel geen sprake meer is, gebiedend voorschrijft" (r. o. 5); ten slotte overwoog het dat „artikel 37, lid 1, EEG-Verdrag aldus is te verstaan dat ieder nationaal monopolie van commerciële aard per 31 december 1969 in dier voege moest zijn aangepast dat een uitsluitend recht op invoer uit de andere Lid-Staten was afgeschaft" (r. o. 13).

19. Het door het Hof in de zaak Manghera geformuleerde beginsel lijkt dus in de door de Commissie gewenste richting te gaan. Hierbij mag echter niet voorbij worden gezien aan het feit, dat in die zaak — anders dan in de onderhavige zaak — degene aan wie het uitsluitende recht ten goede kwam tevens producent was, zodat discriminatie jegens de andere marktdeelnemers in de Gemeenschap aannemelijk was. Eveneens moet worden opgemerkt, dat genoemd arrest beperkt is tot het uitsluitende recht van invoer en het niet gezegd is, dat het daarin overwogene gelijkelijk geldt voor de andere uitsluitende of bijzondere rechten. Niet zonder belang is in dit verband de vaststelling in genoemd arrest, dat artikel 37 niet de afschaffing verlangt van monopolies van commerciële aard, die als rechtmatig zijn te beschouwen, maar uitsluitend de opheffing van discriminatie, die in die zaak voortvloeide uit het enkele bestaan van een uitsluitend recht van invoer (r. o. 10 tot en met 13).

20. In een andere zaak overwoog het Hof in algemene termen dat „artikel 90, lid 1, onder andere toelaat dat de Lid-Staten aan ondernemingen bijzondere of uitsluitende rechten verlenen; (...) dat deze maatschappijen voor de uitvoering van hun taak echter aan discriminatieverboden blijven onderworpen en (...) vallen onder de bepalingen bedoeld in artikel 90 betreffende de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan de

7 — Arrest van 3 februari 1976, zaak 59/75, Jurispr. 1976, blz. 91.

Lid-Staten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen; dat de gecombineerde uitlegging van de artikelen 86 en 90 tot de conclusie leidt, dat het bestaan van een monopolie voor een onderneming waaraan een Lid-Staat uitsluitende rechten verleent, niet als zodanig onverenigbaar is met artikel 86; dat dit derhalve evenzo het geval is bij een uitbreiding van de uitsluitende rechten als gevolg van een nieuwe handeling van deze staat".[8] Het Hof heeft het aan de nationale rechter overgelaten, van geval tot geval te beslissen of de afzonderlijke gedragingen met de materiële verdragsregels verenigbaar zijn.

21. In de zaak Hansen[9] overwoog het Hof opnieuw: „artikel 37 verlangt niet de volledige afschaffing van nationale monopolies van commerciële aard, doch een dusdanige aanpassing daarvan, dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de Lid-Staten, wat de voorwaarden van de voorziening en afzet betreft, is uitgesloten" en, opmerkelijkerwijze: „artikel 37 blijft van toepassing in alle gevallen waarin, ook na de in het Verdrag verlangde aanpassing, de uitoefening van de exclusieve rechten van een overheidsmonopolie leidt tot een in dit artikel verboden discriminatie of beperking" (r. o. 8).

22. Zich met name baserend op genoemde overweging van het Hof in de zaak Manghera, dat elk monopolie van commerciële aard in dier voege moest worden aangepast, dat de uitsluitende rechten op invoer uit de andere Lid-Staten waren afgeschaft, komt de Commissie tot de conclusie, dat de handhaving ten gunste van ondernemingen waaraan uitsluitende rechten op het telecommunicatienet zijn toegekend, van een uitsluitend recht van invoer, afzet, aansluiting, opstarten en onderhoud van eindapparatuur is te beschouwen als een maatregel als bedoeld in artikel 90, lid 1, en dat het enkele bestaan van deze rechten een verdragsinbreuk oplevert, aangezien de discriminatie en het misbruik juist ontstaan uit het uitsluitende recht als zodanig.

Ik kan deze opvatting niet delen, daar zij het door het Hof in de zaak Manghera geformuleerde beginsel willekeurig uitlegt, voor zover zij de draagwijdte van deze uitspraak uitbreidt tot alle regelingen van uitsluitende rechten, ongeacht of het gaat om goederen of diensten, en haar dus niet beperkt tot het recht van invoer; voorts verzuimt zij rekening te houden met latere preciseringen in dit verband in het arrest Manghera en de latere hiervoor aangehaalde rechtspraak, waaruit voldoende duidelijk blijkt dat de algemene tendens in een andere richting gaat dan de Commissie stelt.

23. Afgezien van de op de specifieke zaken betrekking hebbende overwegingen, valt mijns inziens uit genoemde rechtspraak van het Hof een duidelijke en samenhangende principiële tendens af te leiden. In de eerste plaats blijkt dat een betekenis moet worden gegeven aan de letter van de artikelen 37 en 90, lid 1; met nadruk (ook in het arrest Manghera, r. o. 5) wordt uitgesloten, dat een monopolie van commerciële aard of een regeling van uitsluitende rechten op zichzelf in strijd met het EEG-Verdrag (artikelen 37 en 86) zou zijn en dat er een verplichting tot afschaffing ervan als zodanig zou bestaan. In de tweede plaats blijkt ook dat in

8 — Arrest van 30 april 1974, zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409, r. o. 14.

9 — Arrest van 3 maart 1979, zaak 91/78, Jurispr. 1979, blz. 935.

concreto — maar zonder grenzen of voorwaarden — de verenigbaarheid van de nationale regeling met het EEG-Verdrag moet worden getoetst en dat die toetsing in dit geval aan de nationale rechter moet worden overgelaten.[10] In het arrest van 7 juni 1983, Commissie/Italië[11] bij voorbeeld herhaalde het Hof onder verwijzing naar het arrest Manghera dat artikel 37 „niet de volledige afschaffing van de nationale monopolies van commerciële aard verlangt" (r. o. 11), met de opmerking dat „waar de gewraakte regeling zonder onderscheid van toepassing is op de binnenlandse en op de ingevoerde produkten, moet worden nagegaan of zij niettemin een discriminerende werking kan hebben of de mededinging kan vervalsen door de invoer van tabaksprodukten te beperken, en aldus het intracommunautaire handelsverkeer kan belemmeren" (r. o. 12).

24. Meer in het algemeen is de omstandigheid dat een monopolie of een stelsel van bijzondere of uitsluitende rechten niet volledig te rijmen valt met een op de vrije mededinging gebaseerd stelsel, maar al te duidelijk; maar juist daarom is dit een omstandigheid die de gemeenschapswetgever heel goed voor ogen moet hebben gehad.

Duidelijk is dus, dat het EEG-Verdrag, zo men wil in overeenstemming met artikel 222 en met de gehele communautaire opzet, monopolies en regelingen van bijzondere of uitsluitende rechten als „op zich" wettig heeft willen „gedogen", maar niettemin de Commissie de taak heeft opgedragen ervoor te zorgen, dat althans de regels betreffende de gemeenschappelijke markt van goederen en diensten en de vrije mededinging in de vereiste mate worden nageleefd, onder voorbehoud van de eventuele afwijking bedoeld in artikel 90, lid 2.

Op deze wijze zijn te verklaren: de ogenschijnlijk onduidelijke, maar gepast evenwichtige formulering van zowel artikel 37 als van artikel 90, lid 1; in het bijzonder de door artikel 37 verlangde aanpassing van de monopolies van commerciële aard door het stimulerende instrument van de aanbeveling; de door artikel 90, lid 3, aan de Commissie verleende toezichthoudende bevoegdheid alsmede de mogelijkheid om „voor zover nodig" in meer ingrijpende gevallen van de instrumenten van de richtlijn of de beschikking gebruik te maken, een en ander om haar toezichthoudende taak zo goed mogelijk uit te oefenen.

25. Derhalve ben ik van mening dat in abstracto het loutere bestaan van een monopolie of van een regeling van uitsluitende rechten niet „op zichzelf" in strijd met het EEG-Verdrag is. Maar dit antwoord is abstract.

26. In concreto kan het onderzoek van het onderhavige geval tot een ander antwoord leiden. De daadwerkelijke strekking van artikel 90, wanneer het grondig en met behulp van de rechtspraak wordt gelezen, bestaat erin te verhinderen dat de Lid-Staten, die vrij zijn om een maatschappelijke keuze van economisch beleid te maken en om in deze of gene sector een monopolieregeling of een regeling van uitsluitende rechten in te voeren of te handhaven, ook vrij zijn dit aldus te doen, dat zij een openbaar bedrijf of een onderneming waaraan uitsluitende rechten zijn verleend, geheel onttrekken aan de spelregels met name betreffende de gemeenschappelijke markt van goederen en diensten en de vrije mededinging. En dit geldt

10 — Zie behalve de hiervoor genoemde uitspraken, de arresten van 9 mei 1985, zaak 21/84, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1985, blz. 1355; 3 oktober 1985, zaak 311/84, Telemarketing, Jurispr. 1985, blz. 3261, r. o. 17; 4 mei 1988, zaak 30/87, Bodson, Jurispr. 1988, blz. 2479.

11 — Zaak 78/82, Jurispr. 1983, blz. 1955.

ook voor artikel 37, dat volgens het Hof „ertoe strekt de eerbiediging te verzekeren van de fundamentele regel van het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt (...) en om zodoende de normale mededingingsvoorwaarden tussen de economieën van de Lid-Staten te handhaven wanneer een bepaald produkt in een van de Lid-Staten onder een nationaal monopolie van commerciële aard valt" (arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, r. o. 11).

27. Indien dit waar is, is het op grond van de letter van de artikelen 90 en 37 niet helemaal uitgesloten, dat reeds het creëren van de rechtssituatie, reeds de verlening van de bijzondere of uitsluitende rechten, een schending van het Verdrag oplevert en derhalve onder het verbod van artikel 90, lid 1, valt. In dat geval is het niet nodig, dat de Lid-Staat andere „maatregelen" neemt opdat de strijdigheid met het EEG-Verdrag duidelijk wordt en artikel 90, lid 1, (en dus ook artikel 90, lid 3) gaat gelden. Ook heeft het Hof zich tot nu toe niet uitdrukkelijk uitgesproken over de vraag, of artikel 37 of artikel 90 inhoudt dat de zogenoemde potentiële discriminatie, dat wil zeggen de loutere mogelijkheid van discriminatie als gevolg van het bestaan van uitsluitende rechten, moet worden opgeheven, ofschoon het hiertoe meer dan eens is aangespoord (zie de conclusie van advocaat-generaal Warner in de zaak Manghera en de prejudiciële vraag van de nationale rechter in die zaak).

28. Al met al ben ik van mening, dat de werkingssfeer van de hier behandelde bepaling zich ook uitstrekt tot het geval waarin het monopolie of de regeling van de uitsluitende of bijzondere rechten — om een in deze zaak gangbare uitdrukking te gebruiken — „op zichzelf" in strijd met het EEG-Verdrag is.

Toch ben ik er, vooral gelet op de rechtspraak van het Hof, inclusief het arrest Manghera, evenzeer van overtuigd, dat tot strijdigheid met het EEG-Verdrag van de verlening van uitsluitende rechten uitsluitend kan worden geconcludeerd na een nauwgezet onderzoek van de bestaansvoorwaarden, de werkwijze en het doel van de invoering of handhaving van de betrokken rechtssituatie en van de gevolgen ervan voor de gemeenschappelijke markt van goederen en diensten en voor de vrije mededinging. Het antwoord moet kortom in concreto worden gegeven; in abstracto is dat niet mogelijk.

29. Ik wil hieraan nog toevoegen, dat uit het rechtstreekse en heldere verband tussen de artikelen 90 en 222 EEG-Verdrag — afgezien van de filosofie die het EEG-Verdrag heeft geïnspireerd en die ik hiervoor heb aangestipt — duidelijk blijkt van een *vermoeden van wettigheid* ten gunste van openbare bedrijven of ondernemingen met uitsluitende rechten als zodanig. Dit lijkt mij inderdaad een bruikbare en rationele uitlegging van artikel 90, lid 1, die zowel artikel 222 als de regels ter bescherming van de gemeenschappelijke markt en de mededinging eerbiedigt. Wanneer men zich beperkt tot de letter van artikel 90 om hieruit in abstracto af te leiden dat het volstrekt en radicaal onmogelijk is, dat ook het enkele bestaan van uitsluitende rechten onder de gevallen van strijdigheid met het EEG-Verdrag valt, zoals de Franse regering heeft gedaan, is dit naar mijn mening een te beperkte zienswijze, die afbreuk doet aan de „nuttige werking" van artikel 90. Ook zou het een vergissing zijn, geheel van de zeker niet toevallige formulering van artikel 90 af te wijken, het verband ervan met artikel 222 te veronachtzamen en te ontkennen dat voor het bestaan of de invoering van een si-

tuatie als de onderhavige althans in beginsel een vermoeden van wettigheid bestaat.

Binnen deze grenzen moet het betoog van de verzoekende Lid-Staat dus worden verworpen.

Misbruik van procedure

30. De volgende (subsidiaire) vraag die in deze zaak aan de orde is gesteld en die in zeker opzicht met de zoëven behandelde vraag verband houdt, is of de Commissie krachtens artikel 90, lid 3, met name door middel van een richtlijn, bevoegd is het bestaan van een regeling van uitsluitende rechten als inbreuk aan te merken, in plaats van de algemene regeling van artikel 169 EEG-Verdrag aan te wenden. Zoals reeds opgemerkt, ontkennen zowel verzoekster als interveniënten dat een richtlijn krachtens artikel 90, lid 3, waarbij de opheffing van uitsluitende rechten wordt voorgeschreven, een wettig alternatief vormt voor de procedure van artikel 169; opvattingen in deze zin ontbreken ook in de rechtsleer niet.

Reeds abstract gesteld, leidt dit probleem tot niet weinig onzekerheid; voorts is het evenmin opgelost in het arrest Commissie/Griekenland, daar het Hof in die zaak niet behoefde vast te stellen, of de Commissie door een beschikking houdende „veroordeling" van de verdragsinbreuk een wettig gebruik van haar bevoegdheid krachtens artikel 90, lid 3, had gemaakt, maar uitsluitend of die beschikking dezelfde werking had als een beschikking op basis van artikel 189.

31. Zoals bekend, heeft het EEG-Verdrag voor het geval waarin een staat „een van de krachtens dit Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen", voorzien in een algemene repressieve regeling, die is gebaseerd op een formele mededeling van de grieven door de Commissie, gevolgd door een beroep op het Hof, opdat dit het bestaan van een verdragsinbreuk vaststelt. Binnen deze procedure bestaat in feite een precieze garantie, dat reeds vóór de contentieuze fase het beginsel van een contradictoire procedure en de rechten van de Lid-Staten in ruime zin worden geëerbiedigd. Deze garantie is niet uitdrukkelijk in artikel 90, lid 3, neergelegd. Weliswaar worden op de logische opzet van procedure van artikel 169 enige uitzonderingen gemaakt, waardoor zij op belangrijke punten wordt gewijzigd, zoals bij voorbeeld in artikel 93, maar deze afwijkingen van artikel 169 zijn uitdrukkelijk in het EEG-Verdrag voorzien: in artikel 90, lid 2, maar ook in de artikelen 100 A en 225. Ook mag niet over het hoofd worden gezien, dat bij de schending van de mededingingsregels de Commissie stellig bevoegd is, om de inbreuk vast te stellen, maar dat daarbij het beginsel van de mededeling van de grieven en van de contradictoire procedure moeten worden geëerbiedigd, zoals overigens ook is bepaald in artikel 93, lid 2.

Artikel 90, lid 3, bevat noch een dergelijke bepaling noch een uitdrukkelijke uitzondering; dit heeft de Commissie in dupliek ook zelf moeten erkennen, om het ontbreken in casu van een werkelijke contradictoire procedure te rechtvaardigen.

32. Ik vraag mij voorts af, of het soort handeling dat de Commissie heeft gebruikt niet nog een andere moeilijkheid oplevert. Waar het al niet geheel onomstreden is, dat een

beschikking op basis van artikel 90, lid 3, een gelijkwaardig en wettig alternatief voor de procedure van artikel 169 kan vormen, lijkt dit nog minder het geval te zijn met een richtlijn, een instrument dat naar zijn aard weinig geschikt is om een einde te maken aan een verdragsinbreuk, te meer wanneer de richtlijn, zoals in casu, tot alle Lid-Staten is gericht.

Niet erg verhelderend is, dunkt mij, de verklaring van de Commissie dienaangaande in haar verweerschrift, waarin zij zich beperkt tot de mededeling dat zij de weg van artikel 90, lid 3, heeft geprefereerd boven die van artikel 169, omdat deze laatste „niet dezelfde rechtstreekse en indirecte werking" heeft als de eerste; hetzelfde geldt voor haar verklaring, dat zij in deze zaak voorafgaand overleg met de Lid-Staten en de overige instellingen heeft gepleegd. Beide opmerkingen zijn mijns inziens onvoldoende om het ontbreken van een uitdrukkelijke afwijking van artikel 169 en van minimumgaranties voor een contradictoire procedure, zoals de niet-nakomingsprocedure die biedt, te rechtvaardigen.

Op grond van een en ander ben ik van oordeel, dat de Commissie in beginsel het in artikel 90, lid 3, voorziene instrument van een richtlijn niet „repressief" en als alternatief van artikel 169 kan gebruiken.

Motivering

33. Anderzijds kan het Hof zich in deze zaak misschien beter op het essentiële punt van de motivering van de bestreden richtlijn concentreren, om de „principe"-beslissing over het probleem naar een gunstiger gelegenheid uit te stellen. Daar het hier om een niet-nakomingsprocedure gaat, die er in casu bovendien op is gericht een rechtssituatie op te heffen waarvan de bestaanswettigheid op zich door het EEG-Verdrag wordt verondersteld, had de Commissie in elk geval de inbreuk zelf specifiek analytisch moeten beoordelen.

34. Mij dunkt dat in casu dit onderzoek van de Commissie, dat in een procedure die „repressief" pretendeert te zijn noodzakelijk is en dat in ieder geval het Hof de definitieve wettigheidstoetsing mogelijk moet maken, reeds op het eerste gezicht ontbreekt: dit geldt niet alleen voor de artikelen 2 en 7 van de richtlijn, die noodzakelijkerwijs nauw met elkaar verband houden, maar ook voor artikel 6, dat vanuit de andere hier beschouwde aspecten gedeeltelijk autonoom zou kunnen worden beoordeeld.

In het bijzonder ten aanzien van artikel 30 EEG-Verdrag wordt overwogen dat de regeling van bijzondere of uitsluitende invoeren afzetrechten „tot belemmeringen van de invoer uit andere Lid-Staten kan leiden, hetgeen in de praktijk ook dikwijls gebeurt" (overweging 3 van de considerans). Ten aanzien van artikel 37 EEG-Verdrag wordt overwogen, dat de uitoefening van bedoelde rechten „dusdanig geschiedt dat apparatuur uit de andere Lid-Staten in de praktijk in een nadelige positie verkeert, met name omdat de gebruikers worden belet de door hen benodigde apparatuur aan de hand van prijs en kwaliteit, ongeacht de herkomst ervan, vrijelijk te kiezen; dat de uitoefening van die rechten bijgevolg in alle Lid-Staten (...) onverenigbaar is met artikel 37" (overweging 5 van de considerans).

35. Dergelijke lapidaire mededelingen kunnen mijns inziens geen grondslag vormen voor de vaststelling van een inbreuk op het Verdrag, zeker niet wanneer, zoals in casu, wordt gesteld dat het bestaan van uitsluitende rechten op zich al in strijd is met het Verdrag. De gebruikte termen (het monopolie dat *„in het algemeen"* ontstaat door de toekenning van uitsluitende rechten, welke rechten *„dikwijls"* betrekking hebben op eindapparatuur, tot belemmeringen van de invoer *„kunnen leiden, hetgeen in de praktijk ook dikwijls gebeurt"*, dusdanig dat die apparatuur *„in de praktijk"* in een nadelige positie verkeert) leggen weinig gewicht in de schaal, gelet op het buitengewoon strenge vereiste dat in casu wordt gesteld, namelijk de weerlegging van het vermoeden van wettigheid van de regeling van bijzondere of uitsluitende rechten in artikel 90, lid 1 (en eveneens in artikel 37). Met andere woorden, de omstandigheid dat het monopolie de goede werking van de gemeenschappelijke markt en de vrije mededinging — in de praktijk dikwijls aut similia — kan schaden, is zoals gezegd een feit dat de opstellers van het EEG-Verdrag heel wel hebben gezien en desondanks hebben gedoogd, zodat de richtlijn van de Commissie niets nieuws onthult; anderzijds wijzigt de richtlijn, door het monopolie of de regeling van uitsluitende rechten zonder meer af te schaffen zonder dit naar behoren met redenen te omkleden, het in artikel 90, lid 1, gegeven fundamentele kader ingrijpend.

Het gebrek aan motivering blijkt nog duidelijker, wanneer men in de eerste plaats bedenkt dat de richtlijn, die tot alle Lid-Staten is gericht en die volgens de Commissie beoogt inbreuken op het Verdrag op te heffen, zelfs niet vermeldt, dat alle Lid-Staten dergelijke inbreuken hebben gepleegd, noch door middel van welke wetsbepalingen of praktijken. Dit is des te meer noodzakelijk, daar uit de considerans en meer nog uit de processtukken, hieronder begrepen het verweerschrift van de Commissie, blijkt dat in bepaalde Lid-Staten voor de hier bedoelde typen eindapparatuur alleen maar een gedeeltelijke monopolieregeling of regeling van uitsluitende rechten bestaat of zelfs een regeling van volstrekte vrijheid geldt — hetgeen vreemd genoeg ook het geval schijnt te zijn in de verzoekende staat — terwijl in andere Lid-Staten een dergelijke regeling het handelsverkeer in het geheel niet belemmert en niet discriminerend is dan wel de mededingingsregels eerbiedigt (aldus een door de Commissie niet betwiste opmerking van de Italiaanse regering). In de tweede plaats lijkt het in dit verband evenmin irrelevant dat verzoekster heeft betwist, dat alle in geding zijnde bijzondere of uitsluitende rechten weer in het vrije verkeer van goederen kunnen komen, daar althans bepaalde eindapparaten heel goed onafgescheiden van het telecommunicatienet kunnen blijven en in ieder geval beter als diensten kunnen worden aangemerkt.

36. Dit alles geeft ons ook aan, in hoeverre de toetsing door het Hof, waarvan de beoordelingselementen vóór de contentieuze fase moeten bestaan en niet achteraf kunnen worden bepaald, mogelijk is. Men behoeft alleen maar te bedenken, dat het Hof er geen weet van heeft kunnen krijgen of alle of slechts enkele Lid-Staten de gestelde inbreuken hebben gepleegd, of deze betrekking hebben op alle eindapparatuur of slechts op enkele eindapparaten en van welke *opus operandi* inzonderheid wordt beweerd dat hij in strijd is met het EEG-Verdrag, afgezien van het enkele bestaan van rechten (waarvan niet bekend is of ze uitsluitend of bijzonder zijn).

37. Het andere uitgangspunt van de richtlijn, namelijk dat de bijzondere of uitsluitende rechten op zichzelf in strijd zijn met het verbod van misbruik van een machtspositie in artikel 86 EEG-Verdrag, leidt mijns inziens niet tot andere resultaten. De Commissie merkt allereerst op (overweging 13 van de considerans) dat „de telecommunicatielichamen individueel of gemeenschappelijk het monopolie van het nationale telecommunicatienet bezitten" en dat deze netten even zovele relevante markten vormen; en dat hieruit voortvloeit dat deze lichamen op een wezenlijk deel van de relevante markt een machtspositie innemen. Bovendien hebben volgens de Commissie de aan bedoelde lichamen toegekende uitsluitende of bijzondere rechten tot gevolg, dat zij „de verhuur van de eindapparatuur" voorschrijven (zonder te preciseren welke), terwijl het voor de gebruiker gunstiger zou kunnen zijn deze te kopen, hetgeen neerkomt op het opleggen van bijkomende prestaties, alsmede dat de afzet wordt beperkt en de technische ontwikkeling wordt belemmerd in de zin van artikel 86, sub b en d (zonder aan te geven in welk opzicht).

Zoals men ziet, en zonder dat het nodig is ons te begeven op het onvaste kronkelpad van de inhoud van de middelen, worden wij geconfronteerd met een duidelijke petitio principii, dus niet met een doordachte motivering zoals die, zoals gezegd, in dit geval verplicht was, maar met even lapidaire als stellige verklaringen. Men behoeft alleen al te bedenken, wat verlangd wordt voor een beschikking van de Commissie die is gericht tegen misbruik van een machtspositie door een onderneming; en hoe doorwrocht, gespecificeerd en omstandig de motivering is die de Commissie meende te moeten geven voor haar beschikkingen op grond van artikel 90, lid 3, die erop waren gericht inbreuken van Griekenland [12], Spanje [13] alsmede, meer recentelijk, Nederland [14] op te heffen.

38. Al met al vermeldt de onderhavige richtlijn niets anders dan het quid demonstrandum en leidt zij dit in het algemeen af uit het enkele bestaan van een regeling van uitsluitende of bijzondere rechten in alle Lid-Staten in de (ook in zijn geheel beschouwde) sector van de telecommunicatieeindapparatuur. Zo het Hof deze verklaringen zou onderschrijven, zou zulks niet het resultaat zijn van een beoordeling van feitelijke en rechtselementen en van een wettigheidstoetsing van de bestreden richtlijn, maar een ware en echte geloofsdaad. Ik meen dit het Hof hoe dan ook niet te kunnen aanraden.

39. Hiertegen kan niet worden ingebracht dat „er in een richtlijn, die naar haar aard een algemene tot alle Lid-Staten gerichte handeling is, geen sprake kan zijn van een gedetailleerd onderzoek van alle bijzondere situaties" (aldus het verweerschrift van de Commissie). Dit kan in het algemeen gelden, wanneer het gaat om een „normale" richtlijn, maar niet wanneer het, zoals in het tot nu toe veronderstelde geval, gaat om een richtlijn waarmee wordt beoogd een inbreuk op het Verdrag vast te stellen.

40. Gelet op het voorgaande meen ik een eerste conclusie te kunnen trekken. Wanneer de richtlijn van de Commissie, zoals deze herhaaldelijk schriftelijk en ter terechtzitting heeft beklemtoond, ertoe strekte, verdragsschendingen in alle Lid-Staten vast

12 — Beschikking van 24 april 1985, PB 1985, L 152, blz. 25, die aanleiding heeft gegeven tot zaak 226/87, reeds aangehaald.

13 — Beschikking van 22 juni 1987, PB 1987, L 194, blz. 28.

14 — Beschikking van 12 januari 1990, PB 1990, L 10, blz. 47.

te stellen, en derhalve als de uitoefening van haar toezichthoudende taak in de zin van toezicht op de wettigheid van de gedragingen van de Lid-Staten was te beschouwen, vertoont deze richtlijn in elk geval wat de motivering betreft een gebrek.

41. De motiveringsplicht zou stellig veel minder streng zijn geweest, wanneer de Commissie, in plaats van toezicht uit te oefenen op de wettigheid van het gedrag van een of meer Lid-Staten, een *normatieve keuze in eigenlijke zin* had gemaakt, door voor de sector van de telecommunicatie-eindapparatuur een bepaalde regeling vast te stellen, onder meer door de naar verondersteld in meerdere Lid-Staten bestaande monopolieregelingen of regelingen van uitsluitende rechten af te schaffen. In dat geval zou de vaststelling van deze of gene specifieke inbreuk door het functioneren of door het loutere bestaan van een monopolie of een regeling van uitsluitende rechten niet meer het voorwerp van de richtlijn zijn, maar de reden voor vaststelling ervan; het instrument van een richtlijn zou dan al met al ook heel geschikt zijn.

De onbevoegdheid in eigenlijke zin

42. Dit is de tweede wijze van uitlegging van de bestreden richtlijn, zoals die ik in het begin van mijn conclusie heb aangestipt. Zij wordt — onafhankelijk van het omstreden bestaan van de beweerde verdragsinbreuken — aan het oordeel van het Hof voorgelegd, voor zover zij de Commissie de bevoegdheid ontzegt, de regelingen van uitsluitende rechten in alle Lid-Staten af te schaffen en aldus de sector van telecommunicatie-eindapparatuur te regelen op grond van de haar krachtens artikel 90, lid 3, toekomende bevoegdheid, in plaats van de normale wetgevingsprocedure (artikel 100 A) toe te passen, en voor zover de Commissie — vooral door de Belgische regering — wordt verweten een echte industriepolitieke keuze te hebben gemaakt.

43. Ik sluit niet uit, dat dit de juiste uitlegging van de onderhavige richtlijn is. Aanwijzingen in die richting, vooral de opbouw en de motivering van de richtlijn, ontbreken niet.

Een zo klaarblijkelijk algemene en gebrekkige motivering vergeleken met de voor vaststelling van een inbreuk vereiste soort rechtshandeling, alsook met de genoemde eerdere beschikkingen op grond van artikel 90, lid 3, levert mijns inziens — meer nog dan een aan een toevallige vergissing van de Commissie toe te schrijven gebrek — inderdaad het bewijs op, dat de bevoegdheid ingevolge artikel 90, lid 3, is uitgeoefend op een wijze die afwijkt van die welke wij tot nu toe hebben gezien in de „doorzichtigheid"-richtlijn of de andere vermelde beschikkingen.

Ik verwijs met name naar de formulering: „tot belemmeringen van de invoer uit andere Lid-Staten kan leiden, hetgeen in de praktijk ook dikwijls gebeurt", of naar de verklaring dat de toekenning van uitsluitende of bijzondere rechten van het beheer van het net en van de telecommunicatiediensten „dikwijls" ook betrekking heeft op de terbeschikkingstelling van eindapparatuur. Ik verwijs verder naar overweging 2

van de considerans, volgens welke de technische en economische ontwikkelingen een aantal Lid-Staten ertoe hebben gebracht „het stelsel van bijzondere of uitsluitende rechten op telecommunicatiegebied te herzien", en de groei van de verschillende typen eindapparatuur en de vele gebruiksmogelijkheden ervan de vrije keuze van de gebruikers noodzakelijk maakt: overwegingen die passender zouden zijn wanneer een nieuwe richting aan deze sector moet worden gegeven dan wanneer een einde moet worden gemaakt aan verdragsinbreuken, die overigens niet zijn gespecificeerd.

44. Evenmin is zonder betekenis, dat de opheffing van de bijzondere of uitsluitende rechten op het gebied van de eindapparatuur is gevolgd door een richtlijn in dezelfde bewoordingen, met dezelfde opzet en een analoge motivering, voor de sector telecommunicatiediensten; artikel 2 van deze richtlijn heeft nagenoeg dezelfde formulering als de thans in geding zijnde bepaling. [15] Deze omstandigheid zou op zijn minst vreemd zijn, wanneer het enkel om de vaststelling van een verdragsinbreuk zou gaan, zoals de Belgische regering ter terechtzitting terecht heeft opgemerkt. Maar in ieder geval laat dit even een algemeen perspectief zien, dat het gevolg is van de liberaliserende opwinding die zich de laatste jaren heeft meester gemaakt van de gemeenschapsinstellingen en vooral van de Raad.

45. Wat dit laatste punt betreft, is het mijns inziens nuttig te herinneren aan richtlijn 86/361/EEG van de Raad van 24 juli 1986 [16] betreffende de eerste fase van de wederzijdse erkenning van goedkeuringen van eindapparatuur voor telecommunicatie, waarin wordt vermeld „dat er ter voorbereiding van een tweede fase, waarin één open markt voor eindapparatuur voor telecommunicatie tot stand wordt gebracht, een ruimer kader dient te worden geschapen, aangezien die markt voor telecommunicatie zowel het vrije verkeer van apparatuur als de vrije aansluiting op de netten overeenkomstig de geharmoniseerde voorschriften moet omvatten" (tiende overweging van de considerans).

46. Even opmerkelijk is een resolutie van de Raad van 30 juni 1988 [17], waarin de Raad *op voorstel van de Commissie* en op grond van overwegingen die grotendeels gelijk zijn aan die welke ten grondslag liggen aan de in geding zijnde richtlijn, de Commissie verzoekt „waar nodig, de maatregelen voor te stellen die voor het bereiken van deze doelstellingen op prioriteitsgebieden moeten worden genomen op basis van passende communautaire procedures, in het bijzonder voor de totstandbrenging van de gemeenschappelijke markt voor telecommunicatiediensten en -apparatuur", dit na zijn algemene steun te hebben toegezegd „aan de doeleinden van het actieprogramma, zoals uiteengezet in de mededeling van 9 februari 1988, dat betrekking heeft op het openstellen van de gemeenschappelijke telecommunicatiemarkt aan de concurrentie in 1992 — met inachtneming overigens van het bepaalde in de door de Europese Akte toegevoegde artikelen 8 A en 8 C van het Verdrag — en de versterking van het Europese concurrentievermogen, en waarin garanties zijn opgenomen met betrekking tot de doelstellingen van de telecommunicatie als openbare dienst".

47. De Commissie heeft anderzijds, duidelijk gedwongen door haar technische verweer, als logisch gevolg waarvan zij in de procedure voor het Hof de draagwijdte van

15 — C(89) 671 def. Van de richtlijn is nog geen kennis gegeven.

16 — PB 1986, L 217, blz. 21.

17 — PB 1988, C 257, blz. 1.

de richtlijn heeft beperkt tot repressie en voorkoming van verdragsinbreuken, de volgende opmerkelijke uitspraken in haar verweerschrift en in dupliek niet kunnen vermijden:

— in een richtlijn, die naar haar aard een tot elke Lid-Staat gerichte algemene handeling is, kan van een gedetailleerde motivering geen sprake zijn;

— de keuze van een richtlijn op grond van artikel 90, lid 3, in plaats van de procedure van artikel 169 is gebaseerd op de vaststelling, „dat in de meeste Lid-Staten met het Verdrag strijdige maatregelen werden vastgesteld of gehandhaafd" (maar de maatregelen noch de Lid-Staten worden genoemd) en door de noodzaak (die echter van algemene aard is), „alle aspecten van de markt van telecommunicatie-eindapparatuur te integreren in één samenhangende handeling, die het haar mogelijk kan maken haar toezichthoudende taak doeltreffend te blijven uitoefenen";

— de Commissie heeft, gelet op de belangrijke technologische ontwikkeling die de telecommunicatie-sector de laatste jaren heeft gekend, en het stijgende aantal klachten betreffende „eventuele inbreuken" op de regels betreffende het vrije verkeer van goederen en de mededinging, „zich niet willen beperken tot gerichte acties ter repressie van *vastgestelde of vermoedelijke inbreuken*, maar heeft integendeel, na een diepgaande studie van de markt te hebben verricht en de opmerkingen van alle Lid-Staten te hebben ingewonnen, *de verplichtingen van de Lid-Staten* in verband met de telecommunicatieondernemingen waaraan zij uitsluitende rechten hebben verleend, willen *preciseren*".

48. Deze laatste opmerking van de Commissie werpt mijns inziens een juist licht op de zienswijze van de Commissie, die derhalve verder gaat dan de in het EEG-Verdrag neergelegde controlerende bevoegdheid of deze zelfs geheel negeert. En dit, om een algemene en abstracte regeling van deze sector vast te stellen („de verplichtingen van de Lid-Staten te preciseren"), die de grenzen van artikel 90, lid 3, te buiten gaat en onder de bevoegdheid van de Raad valt.

Op een precieze vraag ter terechtzitting, of de Commissie in geval van een inbreuk op artikel 30 EEG-Verdrag door een openbaar lichaam waaraan een uitsluitend recht is verleend, hiertegen met de procedure van artikel 169 of met de opheffing van het overheidslichaam op grond van artikel 90, lid 3, zou optreden, heeft de gemachtigde van de Commissie bovendien geantwoord, dat om een nuttige werking aan artikel 90, lid 3, te geven, de werking die een eenvoudig beroep wegens niet-nakoming zou kunnen hebben, dient te worden overtroffen, zonder dus de vaststelling uit te sluiten van een handeling tot opheffing van het openbare lichaam waaraan de bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend.

49. Dit kan in verband worden gebracht met de wezenlijke kern van de opvatting van de Commissie, volgens welke zij niet een regelgevende of normatieve bevoegdheid in eigenlijke zin heeft uitgeoefend,

maar zich ertoe heeft beperkt, bestaande inbreuken ongedaan te maken en toekomstige inbreuken te voorkomen, zulks in overeenstemming met de toezichthoudende taak die het EEG-Verdrag haar dienaangaande oplegt. Ook bij een dergelijke — beperkende — voorstelling blijft het natuurlijk de vraag, wat moet worden verstaan onder het voorkomen van toekomstige inbreuken, daar de beoordeling zeer verschillend uitvalt naar gelang de inhoud en de draagwijdte die de Commissie aan deze preventieve handeling geeft. Wanneer een rechtssituatie die kan leiden tot verdragsschendingen wordt afgeschaft, heeft dit stellig een afdoende definitief resultaat; maar of het hier gaat om een uitsluitend preventieve handeling kan ten zeerste worden betwijfeld, evenmin als het zeker is, dat schendingen van het op de Lid-Staten rustende verbod, heffingen van gelijke werking als in- en uitvoerrechten in te voeren, worden voorkomen wanneer het bij die Lid-Staten rustende belasting-„monopolie" zou worden afgeschaft, of wanneer, om concurrentievervalsing tussen openbare bedrijven en particuliere ondernemingen te vermijden, de liquidatie van eerstgenoemde zou worden voorgeschreven.

50. Derhalve is het denkbeeld, dat de bestreden richtlijn op een ander vlak ligt dan de eenvoudige opheffing van bestaande inbreuken, mijns inziens alleszins gegrond. Zij is overigens ook in precies dezelfde zin uitgelegd door het Europees Parlement (zie bij voorbeeld de resolutie van 23 november 1989 betreffende de „parallelle" richtlijn inzake de telecommunicatiediensten, PE 136.784) en is door de Commissie zelfs officieel van tevoren aangekondigd in een mededeling van 9 februari 1988 in verband met een reeks initiatieven van wetgevende aard. [18]

18 — COM(88) 48 def.

Thans staat het naar mijn mening vast, dat de door de verzoekende staat en vooral enkele interveniërende regeringen gestelde vraag, of de Commissie een normatieve bevoegdheid kan worden toegekend die zich, onafhankelijk van het al dan niet bestaan van inbreuken, concretiseert in een afwijkende regeling van de hier bedoelde sector, ontkennend moet worden beantwoord.

51. In de eerste plaats kan mijns inziens niet worden afgeweken van het door het Hof in het „doorzichtigheid"-arrest in zeer duidelijke bewoordingen geformuleerde beginsel: „de in artikel 90, lid 3, aan de Commissie verleende bevoegdheid beperkt zich (...) tot richtlijnen en beschikkingen die noodzakelijk zijn om op doeltreffende wijze de in dat lid opgedragen toezichthoudende taak te vervullen" (r. o. 13); dit in afwijking van de aan de Raad verleende bevoegdheid, daar „artikel 94 de Raad toestaat, alle verordeningen vast te stellen die dienstig zijn voor de toepassing van de artikelen 92 en 93" (r. o. 13).

Uit het aldus geformuleerde beginsel kan gemakkelijk worden afgeleid, dat de Commissie, anders dan de Raad, niet de bevoegdheid heeft alle handelingen vast te stellen die nuttig zijn voor de toepassing van artikel 90, lid 1 (voor zover hier van belang), maar alleen de handelingen die nodig zijn voor een doelmatiger vervulling van haar toezichthoudende taak. Op grond hiervan mag de Commissie zeker geen normatieve bevoegdheid worden toegekend waarmee zij, met het oog op de mogelijkheid dat in een bepaalde sector inbreuken worden gemaakt, door middel van een zonder onderscheid tot alle Lid-Staten gerichte hande-

ling de grenzen van de wettigheid van het gedrag van deze Lid-Staten bepaalt en op deze grondslag tegelijkertijd de verplichting tot afschaffing van een monopolie of van een regeling van uitsluitende rechten oplegt. Het Hof heeft immers erkend, dat de Commissie de richtlijnen en beschikkingen kan vaststellen die nodig zijn ter vervulling van haar toezichthoudende taak, maar niet dat zij de voor de vervulling van deze plicht gestelde voorwaarden kan opheffen.

52. In dit verband lijkt het mij nuttig te herinneren aan de conclusie van advocaat-generaal Reischl in de zaak betreffende de „doorzichtigheid"-richtlijn, waar deze, na te hebben ontkend dat artikel 169 en artikel 90, lid 3, alternatieven zijn, opmerkt dat de bevoegdheid van de Commissie beperkt is tot de toepassing van artikel 90, dat waarborgt dat de Commissie slechts besluiten kan nemen „die een technisch middel vormen", terwijl de bevoegdheid van de Raad zich uitstrekt tot de vaststelling van uitvoeringsregels ter integratie en concretisering van de verdragsregels; dat deze beperking het institutioneel evenwicht eerbiedigt waarop het EEG-Verdrag is gebaseerd en ook het ontbreken verklaart van eigenlijke procedurele waarborgen van een rechtscheppende procedure, zoals het gescheiden initiatiefrecht en het advies van het Parlement; en dat, ook in het licht van artikel 222, de Commissie „niet de algemene bevoegdheid kan opeisen om een bijzondere status voor openbare bedrijven in het leven te roepen" (Jurispr. 1982, blz. 2583 e. v.).

53. In de tweede plaats mag de plaatsing van artikel 90 in het systeem van het Verdrag niet worden veronachtzaamd; dit artikel is zeker niet toevallig onder de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels opgenomen en niet in het deel betreffende de instellingen.

De mededingingsregels (artikelen 85 tot en met 94) zijn op zodanige wijze opgebouwd, dat de bevoegdheid om de uitvoeringsbepalingen van de verdragsregels nader vast te stellen en eventueel aan te vullen toekomt aan de Raad, terwijl de Commissie daarentegen een toezichthoudende en uitvoerende bevoegdheid heeft.

Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking, dat artikel 87, leden 1 en 2, de Raad onder meer de bevoegdheid toekent, in voorkomende gevallen voor de verschillende bedrijfstakken, de werkingssfeer van de artikelen 85 en 86 nader vast te stellen (zie met name verordening nr. 141 van de Raad houdende niet-toepassing op de vervoersector van verordening nr. 17 van de Raad, PB 1962, blz. 2751).

Evenzo komt op het gebied van steunmaatregelen van de staten, de bevoegdheid om te beslissen of een steunmaatregel in afwijking van artikel 92 als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt moet worden beschouwd, indien buitengewone omstandigheden een dergelijke beslissing rechtvaardigen, aan de Raad toe.

De enige zichtbare uitzondering op deze door de opstellers van het Verdrag gevolgde lijn is de in artikel 91, lid 2, laatste zin, op het gebied van de dumping (binnen de Gemeenschap) aan de Commissie toegekende bevoegdheid, „passende voorschriften voor de toepassing van dit lid" te geven. Dit is echter slechts in schijn een uitzondering, omdat het in werkelijkheid gaat om een zuiver uitvoerende normatieve bevoegdheid (aanbevelingen van de Commissie nr. 8 van 11 maart 1960 en nr. 21 van 25 maart 1960).

54. Ten slotte is onomstreden, dat de toezichthoudende bevoegdheid van artikel 90, lid 3, aansluit bij het eerste streepje („ziet toe op de toepassing van dit Verdrag") en niet bij het derde streepje („heeft een eigen beslissingsbevoegdheid") van artikel 155. Het is daarom wel zeker, dat de bevoegdheid om beschikkingen en richtlijnen vast te stellen alleen maar strikt dienstbaar kan zijn aan de waakzaamheidsverplichting en niet kan leiden tot een handeling met algemene normatieve inhoud die de organisatie van een bepaalde sector aldus regelt, dat een publiek stelsel van bijzondere of uitsluitende rechten wordt afgeschaft.

Anderzijds schetsen de vele recente standpunten en besluiten van de Commissie, maar vooral van de Raad, in de telecommunicatiesector, waarvan ik er slechts enkele heb vermeld, een voornamelijk pragmatisch beeld, waarvan de natuurlijke ontwikkeling op korte termijn, naar op goede gronden mag worden aangenomen, bestaat in een — deze keer dwingende — regeling van de onderhavige materie, door middel van een regelgevende procedure, in gang gezet door een voorstel van de Commissie en — met medewerking van het Parlement — afgesloten door de Raad. In dit kader, waarbinnen overigens belangrijke tegenstellingen met betrekking tot de inhoud van de liberalisatie ontbreken, lijkt de op eigen houtje door de Commissie vastgestelde richtlijn, die „heeft beoogd na diepgaande bestudering van de markt en de opmerkingen van partijen, de verplichtingen van de Lid-Staten met betrekking tot de telecommunicatieondernemingen vast te stellen", op abnormale wijze vooruit te lopen op het lopende wetgevingsproces, voor zover de verplichtingen van de Lid-Staten uit hoofde van de algemene verdragsbepalingen nog niet zijn vastgesteld noch „gepreciseerd"; dit verklaart overigens ook het ontbreken van motivering.

55. Verzoeksters verwijzing naar de in artikel 4 neergelegde attributie van bevoegdheden alsmede naar het institutionele evenwicht is dus niet ongegrond. De vaststelling door de Commissie van een normatieve handeling die, al dient zij ter voorkoming van inbreuken, wijziging brengt in de rol van de overheid in een bepaalde economische sector, wijzigt naar mijn mening het institutionele evenwicht en kan derhalve door het Hof niet worden goedgekeurd.

Conclusie

56. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de artikelen 2, 6 en 7 en voor zover nodig artikel 9 van richtlijn 88/301/EEG van de Commissie van 16 mei 1988 betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur nietig te verklaren en verweerster in de kosten te verwijzen.