FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 15. marts 1989 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. Man siger, at man ikke både kan dømme og være part i en sag. Dette mundheld er en god illustration af de spørgsmål, som er forelagt i denne sag af den stedfortrædende retsformand ved Tribunal de commerce de Bruxelles. Med disse spørgsmål ønskes det nemlig afgjort, om fællesskabsretten er til hinder for, at en medlemsstat overdrager beføjelsen til at føre teknisk kontrol med visse produkter — hvilken kontrol i praksis er afgørende for, om produkterne kan bringes på markedet — til en virksomhed, som i forvejen er i konkurrence på markedet for de pågældende produkter. Problemet her er med andre ord, om en stat kan overlade det til en handelsvirksomhed at foretage den tekniske godkendelse af produkter, som ønskes bragt på markedet af andre handlende, og dermed overlade det til denne virksomhed at afgøre om produkterne skal kunne konkurrere med dens egne produkter.

2. Den konkrete sag vedrører den beføjelse, som er tillagt Telegraf- og Telefonvæsenet i Belgien (Régie des télégraphes et des téléphones; herefter benævnt »RTT«), til at godkende ethvert apparat, som RTT ikke selv leverer, før dette kan tilsluttes telekommunikationsnettet, som RTT forestår driften af. Ifølge lov af 19. juli 1930 [1], om oprettelse af RTT, som er en juridisk person, har RTT til opgave »i almenhedens interesse at forestå driften af telegraf- og telefonnet med og uden tråd« [2]. Forvaltningen af RTT henhører under den minister, »som har telegraf- og telefonnettet under sit ressortområde« [3]. Ved lov af 13. oktober 1930 [4] er RTT tillagt monopol på drift af telekommunikationsnettet. Loven bestemmer, at RTT »har eneret på at oprette og forestå driften af telegraf- og telefonlinjer og -kontorer til brug for offentligheden« [5]. Artikel 13 i ministeriel bekendtgørelse af 20. september 1978 [6] bestemmer: »Abonnenten må ikke uden skriftlig tilladelse fra RTT tilslutte... apparater... til det anlæg, som er stillet til rådighed«. Artikel 91 bestemmer: »RTT fastsætter de nærmere bestemmelser om abonnementsnettets oprettelse og tekniske udformning«, og det apparatur, som tilsluttes nettet, »skal være leveret eller godkendt af RTT«. I praksis giver RTT kun tilladelse til tilslutning af apparater, som denne ikke selv har leveret, såfremt de er af en godkendt type.

3. Tvisten i hovedsagen er opstået, fordi der i firmaet GB-Inno-BM's forretninger (herefter benævnt »Inno«) er solgt nogle telefonapparater fra tredjelande, som ikke er godkendt, til meget konkurrencedygtige priser. RTT bestrider ikke, at det principielt er lovligt at sælge apparaterne, men at sælgeren ikke har oplyst kunderne i de pågældende butikker om, at apparaterne ikke var godkendt, hvilket indebar, at det var forbudt at tilslutte dem til nettet. RTT har derfor anlagt sag ved Tribunal de commerce de Bruxelles for, med hjemmel i medfør af markeds-

* Originalsprog: fransk.

1 — *Moniteur belge* af 2.8.1930.

2 — Jf. artikel 1.

3 — Jf. artikel 3.

4 — *Moniteur belge* af 20.10.1930 og 21.10.1930.

5 — Jf. artikel 1.

6 — *Moniteur belge* af 29.9.1978.

føringsloven af 14. juli 1971 at få tilpligtet Inno til at ophøre med denne handelspraksis, som RTT fandt var til skade for dens erhvervsinteresser. Det er på foranledning af de anbringender, som Inno har fremført, at der i sagen er opstået et problem om, hvorvidt RTT's stilling er forenelig med fællesskabsretten. Disse anbringender går ud på, at firmaet ikke kan kritiseres for at sælge apparater uden at oplyse køberne om, at apparaterne ikke er af en godkendt type, når RTT's godkendelsesbetingelser objektivt strider mod EØF-Traktaten, navnlig artikel 86, fordi RTT på én gang har godkendelsesbeføjelsen og samtidig konkurrerer på markedet for salget af de apparater, den skal godkende. Den nationale ret har derfor forelagt Domstolen tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EØF-Traktatens artikel 30 og 86.

4. Sagen er blevet forelagt på et tidspunkt, hvor man i stadig stigende grad erkender nødvendigheden af at udvikle det fælles marked for telekommunikation i Fællesskabet, således som det fremgår af flere af de retsakter, Rådet og Kommissionen har udstedt. Blandt retsakterne fra de senere år bør nævnes Rådets resolution af 30. juni 1988[7], hvori Rådet betegnede det som en af de »politiske hovedmålsætninger« på telekommunikationsområdet at udvikle et fælles marked, hvor teleadministrationer og andre televirksomheder »kan konkurrere på lige fod«, og hvori Rådet understregede, at det var nødvendigt bl.a. at sikre en

»— klar adskillelse mellem regelfastsættelsesopgaver og driftsopgaver under skyldig hensyntagen til forholdene i de enkelte medlemsstater

— anvendelse af de relevante bestemmelser i Traktaten, især konkurrencebestemmelserne, på teleadministrationer og private televirksomheder«[8].

Forud for Rådets resolution havde Kommissionen udstedt et direktiv af 16. maj 1988 om konkurrence på teleterminalmarkederne[9]. Ifølge dette direktiv skulle »de eksisterende specifikationer og godkendelsesprocedurer for terminaludstyr« være fastsat inden den 1. juli 1989, og fra dette tidspunkt skulle der være sikret kontrol med deres anvendelse og godkendelse, ligesom kontrollen skulle »foretages af et organ, der er uafhængigt af offentlige eller private virksomheder, der udbyder varer og/eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet«[10].

5. Hermed har EF-institutionerne altså taget spørgsmålet om sådanne organers dobbeltfunktion op til behandling, dvs. dels deres funktion ved administrationen af det nationale telekommunikationsnet og som godkendelsesmyndighed for terminaludstyr, dels som sælger af sådant terminaludstyr. Den løsning, som det omhandlede direktiv af 16. maj 1988 udgør på dette punkt, er dog ikke blevet taget i betragtning under nærværende sag. Under alle omstændigheder finder direktivet — som i øvrigt er blevet indbragt til

7 — Resolution om etablering af et fælles marked for teletjenester og -udstyr inden 1992 (EFT C 257, s. 1).

8 — Ibid. s. 2, 5. målsætning.

9 — Direktiv 88/301/EØF (EFT L 131, s. 73).

10 — Samme direktivs artikel 5 og 6.

prøvelse ved Domstolen under et annullationssøgsmål [11] — først anvendelse fra den 1. juli 1989, hvad angår det her i sagen omhandlede spørgsmål. Uanset om der for tiden er et lovforslag under udfærdigelse i Belgien med henblik på oprettelse af en uafhængig godkendelsesinstans i lighed med, hvad den nederlandske lovgiver for nylig har truffet beslutning om [12], skal Domstolen således udelukkende foretage sin behandling af sagen på grundlag af RTT's nuværende regler og under hensyn til fællesskabsrettens udviklingstrin på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen.

6. Før jeg påbegynder selve min retlige gennemgang, er der et forhold, jeg skal præcisere. De telefonapparater, som er omtvistet i hovedsagen, er af en helt almindelig type, som indeholder både en modtager- og afsenderenhed, således som det normalt er tilfældet med de apparater, alle telefonabonnenter råder over. De sælges som »andet apparat« på markedet i Belgien. Når man får telefon i Belgien, leverer RTT abonnenten det »første apparat«. Førsteapparaterne fremstilles af andre virksomheder i henhold til de med dem af RTT indgåede aftaler og i overensstemmelse med de fastsatte licitationsbetingelser, hvori de tekniske krav er nærmere beskrevet. Disse apparater leveres altså til RTT, der som eneforhandler forsyner de enkelte abonnenter dermed. For førsteapparaternes vedkommende er der således ingen konkurrence, idet RTT har monopol på markedet. For de øvrige apparaters vedkommende er markedet derimod principielt frit, og der gælder ikke noget handelsmonopol. Ud over RTT kan altså ethvert firma sælge sådanne apparater på markedet. Det under hovedsagen opståede spørgsmål om, hvorvidt det er nødvendigt at indhente godkendelse, vedrører således kun ekstraapparaterne.

11 — Jf. sag 202/88, Frankrig mod Kommissionen.

12 — Se *Le Monde* af 3.1.1989.

7. Ifølge forelæggelseskendelsen er det første spørgsmål, Domstolen anmodes om at afgøre, om de forhold, som gælder i Belgien, og som er genstand for tvisten i hovedsagen, er forenelige med Traktatens artikel 30.

8. Kommissionen har under sagen gjort den opfattelse gældende, at beføjelser af den art, som tilkommer RTT, som følge af princippet om frie varebevægelser i første række bør vurderes ud fra Traktatens artikel 37, som vedrører statslige handelsmonopoler, og som, i modsætning til den generelle bestemmelse i Traktatens artikel 30, særlig tager sigte på en situation af den art, RTT befinder sig i.

9. Man må her først se nærmere på, hvorledes et monopol som det, RTT besidder, og som består i eneretten til at »oprette og forestå driften af telegraf- og telefonlinjer og -kontorer til brug for offentligheden« [13], kan være omfattet af artikel 37. I dommen af 20. marts 1985, Italien mod Kommissionen [14], fastslog Domstolen udtrykkeligt, at aktiviteter, hvorved en virksomhed driver offentlige telekommunikationssystemer og stiller dem til brugernes rådighed mod erlæggelse af afgifter, skal betragtes som en tjenesteydelse. Som bekendt fremgår det videre af dommene af 30. april 1974 i Sacchi-sagen [15] og af 28. juni 1983 i sagen Amélioration de l'élevage [16], at artikel 37 finder anvendelse på varebevægelser og ikke på et tjenesteydelsesmonopol. Efter de samme domme kan en virksomhed, som har monopol på udførelse af visse tjenesteydelser, dog komme i

13 — Jf. artikel 1 i fornævnte lov af 13.10.1930.

14 — Sag 41/83, Sml. s. 873.

15 — Sag 155/73, Sml. s. 409.

16 — Sag 271/81, Sml. s. 2057.

strid med princippet om frie varebevægelser, hvis monopolet udnyttes på en sådan måde, at det fører til en forskelsbehandling til gunst for indenlandske varer. I så fald rammes virksomheden af artikel 37.

10. Spørgsmålet er herefter, om et tjenesteydelsesmonopol som det, RTT besidder, må anses for at være udformet på en sådan måde, at det fører til en forskelsbehandling til skade for importerede telefonapparater. Eller sagt mere præcist, om den omstændighed, at monopolet er forbundet såvel med en eneret til at efterprøve, om telefonapparaterne kan tilsluttes nettet, som en eneret på selve driften af nettet medfører en forskelsbehandling. Det er ikke min opfattelse. Den forpligtelse til at lade apparaterne godkende, og som er direkte afgørende for, om de kan sælges, er nemlig ikke en forpligtelse, som gælder særskilt for de importerede produkter, men gælder også for de indenlandsk fremstillede produkter. Endvidere bør det tilføjes, at betingelserne i forbindelse med denne forpligtelse er de samme for indenlandske produkter og for de fra en anden medlemsstat importerede produkter. Det er således de samme tekniske specifikationer, der lægges til grund ved afgørelsen af, om godkendelsen kan gives, uanset hvorfra apparaterne hidrører. Det er endvidere den samme godkendelsesprocedure, der anvendes og de udgifter, der skal betales for et apparat i forbindelse med godkendelsesproceduren, veksler heller ikke, afhængig af, om apparatet er fremstillet i Belgien eller ej. Jeg finder derfor ikke, at de retsforskrifter, der gælder for godkendelsen, som udgangspunkt kan siges at være diskriminerende. De indeholder nemlig ingen retlige hindringer for at meddele den tilladelse til importerede apparater, som kræves for ethvert apparat, før det kan tilsluttes nettet, uanset hvorfra apparatet hidrører.

11. Kommissionen har foreslået, at man ved bedømmelsen af, hvorledes den foreliggende situation bør vurderes efter Traktatens artikel 37, som er karakteriseret ved, at indehaveren af et telekommunikationsmonopol samtidig har enebeføjelse til at meddele godkendelse, bør skelne mellem de tre forskellige eneretsbeføjelser, som tilkommer monopolet. Disse tre beføjelser er, ud over enebeføjelsen til at godkende, dels beføjelsen til at meddele tilladelse til apparatets tilslutning dels til at kontrollere, at de gældende forskrifter for såvel tilladelsen som godkendelsen er overholdt. Selv om godkendelsesbeføjelsen opsplittes på denne måde, kan jeg ikke se, at den i retlig henseende indeholder nogen diskriminerende elementer.

12. Hvis man følger samme fremgangsmåde, som Domstolen gjorde i dommen i sagen Amélioration de l'élevage [17], må man formentlig antage, at der ikke, så længe de nationale forskrifter vedrørende monopolets organisation ikke er objektivt diskriminerende, er grundlag for at fastslå, at et nationalt monopol strider mod artikel 37. For at kunne afgøre, om en teknisk procedure for godkendelse af telefonapparater i sig selv strider mod princippet om frie varebevægelser, må der dog efter min opfattelse tillige foretages en undersøgelse af, om en sådan procedure ifølge artikel 30 har tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion. Efter at være gået en omvej ad artikel 37, skal jeg derfor vende tilbage til selve den grundlæggende traktatbestemmelse, hvis jeg må kalde den sådan.

13. Som det fremgår af det foregående, er RTT og Kommissionen enige på to vigtige punkter, som da heller ikke for alvor kan give anledning til tvist. Det første punkt er, at proceduren for godkendelse af telefonapparater, som gælder uden forskel for inden-

17 — Jf. fodnote 16.

landske og importerede apparater, har en restriktiv virkning på indførslerne, allerede i kraft af, at proceduren overhovedet findes, fordi de apparater, som sælges i én medlemsstat, i praksis ikke kan sælges i den anden medlemsstat uden den godkendelse, som kræves dér. Det andet punkt er, at det på grund af de nuværende forskelle i den tekniske udformning af de telekommunikationsnet, som stilles til rådighed for offentligheden i de forskellige medlemsstater, kan være nødvendigt, for at sikre funktionsdygtigheden af et nationalt telekommunikationsnet, at foretage en kontrol i hver af medlemsstaterne af, om de telefonapparater, der tilbydes offentligheden, opfylder de tekniske krav for at kunne tilsluttes nettet uden at skabe forstyrrelser i selve nettet, for dets brugere eller for dem, som vedligeholder nettet. Dette må utvivlsomt anses for et tvingende krav i almenhedens interesse, som ikke blot er begrundet i hensynet til beskyttelsen af brugerne — som modtagere af tjenesteydelser — men også, og da navnlig, i hensynet til beskyttelsen af selve telekommunikationsnettet på grund af de mangeartede strategiske hensyn, der spiller ind her, samt hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed, hvilke hensyn alle er afgørende for nettets funktionsdygtighed.

14. Kommissionen har i denne forbindelse henvist til de »væsentlige krav«, som er foreskrevet i Rådets direktiv 86/361/EØF af 24. juli 1986 om første fase af den gensidige anerkendelse af typegodkendelser af teleterminaludstyr [18]. Formålet med dette direktiv er ifølge artikel 1, at medlemsstaterne sikrer en »gensidig anerkendelse af resultaterne af prøvning af seriefremstillet teleterminaludstyrs overensstemmelse med fælles overensstemmelsesspecifikationer«. Disse bestemmelser finder dog ikke anvendelse på den foreliggende sag, da der endnu ikke er gennemført fælles specifikationer inden for Fællesskabet for de her i sagen omhandlede telekommunikationsnet. Det bør dog nævnes, at disse specifikationer skal opfylde visse »væsentlige krav«, som ifølge direktivets artikel 2, nr. 17, »for tiden« er følgende:

— brugersikkerhed

— sikkerhed for de ansatte i de selskaber, der driver de offentlige telekommunikationsnet

— beskyttelse af offentlige telekommunikationsnet mod skade

— driftskompatibilitet mellem terminaludstyr »i begrundede tilfælde«.

Den foretagne analyse af de tvingende krav, som gør det nødvendigt at kontrollere, om de ønskede apparater er teknisk kompatible med nettet, har således tillige grundlag i en af EF-lovgiver udstedt retsakt.

15. Når der foreligger sådanne tvingende krav, må herpå beroende indførselshindringer efter Domstolens faste praksis accepteres i det omfang, de er nødvendige. Det er imidlertid netop i vurderingen af, om hin-

18 — EFT L 217, s. 21.

dringerne skyldes nødvendige hensyn — og i denne sag skyldes den godkendelsesprocedure, som er foreskrevet af RTT — at RTT og Kommissionen er uenige. Efter RTT's opfattelse er forskrifterne for denne procedure nøje afpasset efter de hensyn, som de skal tilgodese. Efter Kommissionens opfattelse er visse af forskrifterne for vidtgående og står ikke i rimeligt forhold til, hvad der er nødvendigt for at sikre en effektiv beskyttelse af disse hensyn.

16. Til støtte for sin opfattelse har Kommissionen foretaget en utrolig detaljeret gennemgang af de tekniske specifikationer, som RTT kræver for at godkende et apparat, hvormed Kommissionen ønsker at påvise, at visse af disse krav er mere restriktive, end det er nødvendigt for at tilgodese de hensyn, der må anerkendes som lovlige. Det ligger imidlertid uden for Domstolens kompetence under en præjudiciel sag at foretage en bedømmelse af, om sådanne tekniske specifikationer er velbegrundede, og den nationale ret har da heller ikke anmodet Domstolen om at foretage en sådan bedømmelse. Åbenbart drejer dens præjudicielle spørgsmål sig ikke om indholdet af de tekniske specifikationer, som anvendes af RTT, men om den retlige situation, der gælder som følge af, at det efter belgisk lovgivning er overladt til RTT's skøn ikke blot at fastlægge disse specifikationer, men også at kontrollere, at de følges. Den omstændighed, at det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve relevansen af disse tekniske specifikationer, er dog ikke ensbetydende med, at de overhovedet ikke bør efterprøves, men en sådan prøvelse bør ske som led i en national kontrol og inden for de rammer, som jeg nærmere skal præcisere i det følgende.

17. Umiddelbart synes retsforskrifterne for den af RTT anvendte godkendelsesprocedure ikke at være omfattet af forbuddet i Traktatens artikel 30. Når det lægges til grund, at det er et tvingende krav at opretholde nettets funktionsdygtighed, synes det ikke urimeligt at overlade det til det organ, som forestår driften af nettet og dermed er ansvarlig for dettes funktionsdygtighed, at fastsætte de tekniske specifikationer, som skal overholdes for at sikre telefonapparaternes driftskompatibilitet, og ved hjælp af godkendelsesproceduren kontrollere, at de tekniske specifikationer faktisk overholdes. Det synes heller ikke urimeligt at forlange, at de udgifter, som er opstået på grund af skade, der er påført nettet ved tilslutning af et apparat, som ikke er godkendt, skal betales af den abonnent, som har foretaget tilslutningen. Hvis man altså, som jeg, antager, at sådanne forskrifter ikke indebærer en for vidtgående hindring af indførslerne, fordi de står i rimeligt forhold til beskyttelsen af de almene interesser, der må tilgodeses på dette område, kan den omstændighed, at det organ, som har godkendelsesbeføjelsen, samtidig sælger tilsvarende apparater som dem, det skal godkende, næppe i sig selv antages umiddelbart at forøge disse hindringer. Hvis en godkendelseskompetence, hvortil er knyttet bestemte processuelle krav, ikke antages at være omfattet af forbuddet i Traktatens artikel 30, er det vanskeligt at se, hvorledes den omstændighed, at denne kompetence tillægges det nævnte organ frem for andre, uden at disse processuelle krav i øvrigt ændres, i sig selv skulle medføre, at forholdet nu omfattes af forbuddet i artikel 30. Jeg kan således ikke se, hvorledes den omstændighed, at den pågældende kompetence henlægges til det nævnte organ, i sig selv skulle forøge indførselshindringerne mærkbart.

18. Min opfattelse på dette punkt er altså i alt væsentligt, at når man har anerkendt, at visse hensyn er beskyttelsesværdige efter Traktatens artikel 30, og at de juridiske krav, der stilles, i rimeligt omfang tilgodeser beskyttelsen af disse hensyn, kan betragtninger, som udelukkende vedrører den juridiske eller økonomiske stilling, der er tillagt det organ, som er ansvarlig for gennemførelsen af disse juridiske krav, principielt ikke indebære, at forholdet da må anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning. Medmindre man bygger på formodningsteorier, kan man derfor ikke antage, at den stilling, som indehaveren af en bestemt kompetence indtager, i sig selv kan være afgørende for, om der foreligger en foranstaltning med tilsvarende virkning, hvorved som udgangspunkt bortses fra selve betingelserne for udøvelsen af denne kompetence. Når Domstolen foretager en prøvelse af, om visse indførselshindringer må anses for foranstaltninger med tilsvarende virkning, sker dette da heller ikke på grundlag af formodninger, men ud fra de faktisk vedtagne foranstaltninger eller retsakter eller den handlemåde, som er udvist.

19. Det kan i den forbindelse have interesse at henlede opmærksomheden på Domstolens dom af 9. maj 1985 i sagen Kommissionen mod Frankrig [19], som vedrørte godkendelsen af frankeringsmaskiner, hvori Domstolen antog, at en praksis, hvorefter der gives systematisk afslag på godkendelse af frankeringsmaskiner fra Det Forenede Kongerige, var i strid med artikel 30. I det konkrete tilfælde var det det franske postvæsen, som havde godkendelseskompetencen. Når Domstolen her fastslog, at der var begået et traktatbrud ved tilsidesættelse af Traktatens artikel 30, skyldtes det ikke en formodning for, at det franske postvæsen ved udøvelsen af sin godkendelsesbeføjelse som udgangspunkt ville bestræbe sig på at beskytte den indenlandske produktion, men de retsakter, som var vedtaget, og som viste, at der i praksis blev opretholdt indførselshindringer, idet der vedvarende blev givet uberettiget afslag på godkendelse.

20. For mig at se er det altså ikke selve den omstændighed, at RTT har fået tillagt godkendelsesbeføjelsen på området, som rammes af Traktatens artikel 30, men hvorledes RTT i givet fald udøver denne beføjelse. Artikel 30 indeholder således ikke i sig selv grundlag for at påtale, at RTT fastsætter de tekniske specifikationer, som godkendelsen udstedes på grundlag af. Kun hvis specifikationerne ikke reelt har til formål at sikre, at apparaterne er teknisk kompatible med nettet, kan der ikke længere siges at foreligge noget tvingende krav. Det samme gælder, hvis afslaget på godkendelsen beror på andre motiver end tilsidesættelsen af rimelige tekniske specifikationer.

21. Da der her er tale om indskrænkninger i et grundlæggende princip i Traktaten, nemlig princippet om frie varebevægelser, finder jeg, at der er grund til at nævne nogle af de betingelser, som skal være opfyldt, for at de nationale domstole kan kontrollere, om restriktionerne virkelig er nødvendige. Det må være i overensstemmelse med, hvad Domstolen har tilkendegivet i dommen af 12. marts 1987 i sagen Kommissionen mod Tyskland [20], som vedrørte forbuddet mod at sælge øl med tilsætningsstoffer inden for Forbundsrepublikkens område. Heri fastslog Domstolen, at de erhvervsdrivende, hvis de mener, at de med urette ikke har fået meddelt godkendelse til at anvende bestemte tilsætningsstoffer,

19 — Sag 21/84, Sml. s. 1355.

20 — Sag 178/84, Sml. s. 1227.

»skal have mulighed for domstolsprøvelse« [21].

Det er nyttigt at sammenholde denne udtalelse, som vedrører til princippet om frie varebevægelser med Domstolens konklusion i dommen af 15. oktober 1987 i Heylens-sagen, som lød:

»Såfremt der som betingelse for at udøve lønnet virksomhed i en medlemsstat kræves et i medlemsstaten udstedt eksamensbevis eller et udenlandsk eksamensbevis, der anerkendes som ligestillet hermed, følger det af princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed, jf. Traktatens artikel 48, at en arbejdstager med statsborgerskab i en anden medlemsstat, som får afslag på anerkendelse af et i vedkommende hjemstat udstedt eksamensbevis som ligestillet, dels skal kunne indbringe en sådan afgørelse for domstolene med henblik på prøvelse af dens lovlighed efter fællesskabsretten, dels skal kunne få kendskab til afgørelsens begrundelse« [22].

Når der er tale om afslag på godkendelse, som i praksis er ensbetydende med, at man udelukker adgangen til det nationale marked for telefonapparater, der er importeret fra en anden medlemsstat, må artikel 30 efter min opfattelse indebære, at der bør stilles de samme krav som anført i den citerede dom.

22. Jeg mener derfor, at Domstolen kan besvare det forelagte spørgsmål med, at en medlemsstats lovforskrifter ikke strider mod Traktatens bestemmelser vedrørende de frie varebevægelser, når der herved tillægges en offentlig virksomhed — som dels forestår driften af telekommunikationsnettet, dels sælger apparater — beføjelse til at meddele godkendelse til telefonapparater, som virksomheden ikke selv leverer, hvilken godkendelse er en forudsætning for at meddele tilladelse til at tilslutte apparaterne til nettet, og når det herved endvidere foreskrives, at de udgifter, som opstår ved at tilslutte et ikke-godkendt apparat, skal betales af den, som lader tilslutningen foretage. Dog skal afslag på godkendelse af apparater, der er importeret fra en anden medlemsstat, i henhold til den pågældende medlemsstats lovgivning kunne indbringes for domstolene, således at det kan efterprøves, om de grunde for afslaget, som er meddelt den pågældende erhvervsdrivende, er lovlige efter fællesskabsretten.

23. Denne besvarelse af spørgsmålet vil tilsyneladende ikke skabe omvæltninger i medlemsstaternes retssystemer. Ganske vist kan forholdene i de fleste af medlemsstaterne mht. godkendelsen af telefonapparater nemlig sammenlignes med den situation, der foreligger i Belgien, eftersom godkendelsesbeføjelsen ikke virkelig er holdt adskilt fra det organ, som har monopol på driften af telekommunikationsnettet, men på den anden side er det dog anerkendt i de fleste medlemsstater, at der kan udøves legalitetskontrol med afgørelser, hvorved der gives afslag på godkendelse, herunder foretages en prøvelse, eventuelt med bistand fra sagkyndige, af begrundelsen for, at et apparat ikke opfylder de tekniske specifikationer. Der vil derfor kun blive tale om at indføre nye regler i de medlemsstater, hvor legalitetskontrollen ikke omfatter begrundelser, som er baseret på en teknisk vurdering, således som det tilsyneladende er tilfældet i Italien, Irland og Luxembourg. I disse lande må de nationale domstole dog ved udmel-

21 — Jf. fodnote 20, præmis 46.

22 — Sag 222/86, Sml. s. 4097, præmis 17.

delse af sagkyndige kunne udstrække deres prøvelse til også at omfatte den tekniske begrundelse for afslag på godkendelser, således at dette ikke umiddelbart synes at burde skabe større vanskeligheder.

24. Kommissionen har i sit skriftlige indlæg foreslået Domstolen, at den i sin besvarelse af den nationale rets spørgsmål, når den vejleder denne om fællesskabsrettens fortolkning, tillige henviser til nogle af bestemmelserne i Rådets direktiv 83/189/EØF af 28. marts 1983 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter[23]. Kommissionen har i den forbindelse anført, at den ikke, som det kræves efter direktivets artikel 8, stk. 1, modtog forudgående underretning om de nuværende tekniske specifikationer, som anvendes af RTT ved godkendelse af telefonapparater, og som blev udstedt den 21. april 1987. Ifølge artikel 8, stk. 1, skal medlemsstaterne nemlig give Kommissionen meddelelse om »ethvert udkast til teknisk forskrift, medmindre der blot er tale om gengivelse af en international eller europæisk standard i dens helhed« og herved kort angive »grundene til, at det er nødvendigt at indføre en sådan teknisk forskrift«. Kommissionen skal herefter straks underrette de øvrige medlemsstater om udkastet. Ifølge artikel 8, stk. 2, skal den medlemsstat, som påtænker at vedtage en sådan forskrift, »tage videst muligt hensyn« til de bemærkninger, som måtte blive fremsat af Kommissionen og de øvrige medlemsstater. Endvidere er den pågældende medlemsstat efter artikel 9, stk. 1, forpligtet til at udsætte vedtagelsen af den påtænkte tekniske forskrift seks måneder, såfremt Kommissionen eller en anden medlemsstat afgiver »en udførlig udtalelse om, at den påtænkte foranstaltning bør ændres for at fjerne eller mindske eventuelle hindringer for den frie vareudveksling, som kunne resultere af foranstaltningen«. Perioden for forpligtelsen til at udsætte vedtagelsen forlænges ifølge artikel 9, stk. 2, til tolv måneder, såfremt Kommissionen »giver udtryk for, at den agter at foreslå eller vedtage et direktiv på området«.

25. Under henvisning til Domstolens praksis dels om direktivers direkte virkning, dels om underretning vedrørende påtænkte statsstøtteforanstaltninger har Kommissionen anført, at de tekniske forskrifter, som en medlemsstat udsteder efter udløbet af fristen i direktivets artikel 12, uden at den procedure om forudgående underretning, som er foreskrevet i direktivet, er blevet overholdt, ikke finder anvendelse i en tvist mellem medlemsstaten og en privat.

26. RTT bestrider ikke, at den undlod at give Kommissionen forudgående underretning om de påtænkte tekniske specifikationer, men har under den mundtlige forhandling erklæret, at den manglende underretning herom ikke kan medføre, at disse specifikationer bliver uanvendelige, så længe direktivet ikke overhovedet indeholder nogen materielle regler, men udelukkende en række processuelle forskrifter, og så længe en tilsidesættelse af disse forskrifter ikke indebærer nogen krænkelse af en væsentlig EF-regel. Der kan i givet fald kun antages at være sket en overtrædelse som følge af selve specifikationernes indhold.

27. Jeg skal i den forbindelse bemærke, at direktivet ikke er blevet påberåbt ved den nationale domstol og heller ikke er nævnt i spørgsmålene, hvori kun Traktatens artikel 30 og 86 er omtalt. Jeg nærer derfor nogen betænkelighed ved at antage, at Domstolen under nærværende sag er nødsaget til at tage stilling til, om tekniske forskrifter,

23 — EFT L 109, s. 8.

hvorom der ikke er givet underretning efter reglerne i direktivet, er uanvendelige. I øvrigt mener jeg nok, man kan diskutere Kommissionens argumentation om, at tekniske forskrifter, hvorom der ikke er givet forhåndsunderretning, er uanvendelige. Dette er ikke udtrykkeligt bestemt i direktivet, som kun indeholder et krav om, at de påtænkte forskrifter ikke må bringes i anvendelse, før der er gået en vis tid. Der må siges at være en ejendommelig modsætning mellem disse regler og bestemmelserne i Traktatens artikel 93, stk. 3, hvorefter der skal gives forhåndsunderretning om påtænkte støtteforanstaltninger, som ifølge samme traktatbestemmelse udtrykkeligt ikke må gennemføres, før Kommissionen, eller i givet fald Rådet, har truffet beslutning i henhold til artikel 93, stk. 2. Det kan endvidere bemærkes, at en statsstøtteforanstaltning efter Traktatens artikel 92 principielt er uforenelig med fællesmarkedet, medmindre den falder ind under en af Traktatens egne undtagelsesbestemmelser. Hvad angår de tekniske forskrifter, som er omfattet af direktivet, gælder der derimod ikke noget princip om, at de tekniske forskrifter er uforenelige med fællesskabsretten. Dette vil afhænge af deres nærmere indhold.

28. Der kan derfor opstå strid om fortolkningen af direktiv 83/189. Dette spørgsmål har dog kun været drøftet under sagen som et underordnet spørgsmål og er på ingen måde blevet udtømmende behandlet, ligesom den nationale ret, som tidligere anført, ikke har stillet Domstolen noget spørgsmål på dette punkt. Under disse forhold finder jeg det hverken nødvendigt eller ønskeligt at tage direktivet i betragtning.

29. Jeg kommer herefter til spørgsmålet om, hvorvidt RTT's stilling er forenelig med Traktatens artikel 86 i betragtning af den godkendelsesbeføjelse, som er tillagt RTT. Spørgsmålet her er, om den omstændighed, at en medlemsstat tillægger en virksomhed, som har monopol på driften af telekommunikationsnettet, dels eneret til at godkende telefonapparater, som den ikke selv leverer — hvilken godkendelse er nødvendig for, at der kan opnås tilladelse til at tilslutte apparaterne til nettet — dels beføjelse til at fastsætte de tekniske specifikationer, som skal overholdes for at opnå godkendelsen, er i strid med artikel 86, når indehaveren af monopolet selv sælger apparater på markedet for den samme type apparater, som den skal godkende.

30. For at kunne vurdere, om statslige foranstaltninger er forenelige med artikel 86 er det, som Kommissionen ganske rigtigt har bemærket, nødvendigt at udvide de juridiske rammer for bedømmelsen. Denne traktatbestemmelse finder nemlig anvendelse på virksomheder og gælder derfor for de her i sagen omhandlede foranstaltninger. Grundlaget for besvarelsen af spørgsmålet må herefter søges i Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af Traktatens artikel 90, sammenholdt med artikel 86. Jeg skal i den forbindelse henlede opmærksomheden på dommen af 16. november 1977 i sagen Inno mod ATAB, hvori Domstolen fastslog,

»at skønt artikel 86... retter sig til virksomheder, følger det dog af Traktaten, at medlemsstaterne ikke må indføre eller opretholde foranstaltninger, der kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse« [24].

24 — Sag 13/77, Sml. s. 2115, præmis 31.

I samme dom bemærkede Domstolen, at medlemsstaterne ifølge Traktatens artikel 90,

»for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, [afstår] fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med Traktaten, navnlig med artikel 85-94« [25].

31. Disse præmisser har relevans for den foreliggende sag, da RTT uomtvisteligt er en offentlig virksomhed, som ved en række statslige foranstaltninger har fået tillagt visse enerettigheder. Disse enerettigheder består navnlig i, at RTT har monopol på driften af telekommunikationsnettet. Til de enerettigheder, som tilkommer RTT, hører netop den her omhandlede beføjelse til at godkende telefonapparater, som den ikke selv leverer.

32. Ved vurderingen af hvilke forhold, der bør tages hensyn til ved bedømmelsen af, om det er i strid med medlemsstaternes forpligtelser efter Traktatens artikel 90, stk. 1, at udstyre en offentlig virksomhed med en eneret, såsom en beføjelse til at godkende telefonapparater, som sælges af den pågældende virksomheds konkurrenter, når virksomheden i forvejen forestår driften af telekommunikationsnettet og selv sælger telefonapparater, kan der hentes støtte i en klar udtalelse fra Domstolen. Den findes i Sacchi-dommen, hvori Domstolen fastslog følgende:

»... tilstedeværelsen af et monopol for en virksomhed, som en medlemsstat har indrømmet eksklusive rettigheder, ikke som sådan er uforenelig med artikel 86« [26].

Heraf følger, at det principielt ikke er nogen foranstaltning i strid med artikel 86, som dette begreb forstås i Inno-dommen, at tillægge en offentlig virksomhed en eneret. Det gælder kun, såfremt tildelingen af den pågældende beføjelse, direkte indebærer misbrug af en dominerende stilling. Videre fremgår det af dommen af 30. april 1986 i sagen Nouvelles frontières [27], at såfremt en medlemsstat fremtvinger eller begunstiger indgåelsen af karteller i strid med artikel 85 eller forstærker disse kartellers virkning, tilsidesætter medlemsstaten sin forpligtelse til at afholde sig fra at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan forhindre, at denne traktatbestemmelse får den tilsigtede virkning. Dette må for mig at se også have gyldighed for artikel 86, således at forstå, at medlemsstaterne ikke gennem tildelingen af en sådan eneret må fremtvinge eller begunstige misbrug af en dominerende stilling eller forstærke virkningerne heraf.

33. Under den foreliggende præjudicielle sag tilkommer det ikke Domstolen at bedømme, om omstændighederne i hovedsagen er af en sådan art, at der må antages at foreligge misbrug af en dominerende stilling. Domstolens opgave er at fortolke de i sagen omhandlede traktatbestemmelser på baggrund af de retlige omstændigheder, som den nationale domstol har angivet i de forelagte spørgsmål. Det tilkommer herefter den nationale domstol at anvende de således fortolkede bestemmelser på den individuelle situation, RTT befinder sig i.

25 — Jf. fodnote 24, præmis 32.

26 — Ovennævnte sag 155/73, præmis 14.

27 — Forenede sager 209/84-213/84, Anklagemyndigheden mod Asjes m.fl., Sml. s. 1425.

34. Det må herefter undersøges, om tildelingen af en eneret som den her i sagen omhandlede vil kunne fremtvinge eller begunstige misbrug af en dominerende stilling eller forstærke virkningerne heraf. Dette mener Kommissionen og firmaet Inno er tilfældet. Denne opfattelse kan jeg dog ikke tilslutte mig.

35. Jeg skal fremføre en første bemærkning om det synspunkt, som Kommissionen har gjort gældende. Bemærkningen kan umiddelbart synes begrundet i retlige betragtninger af en noget formelt logisk karakter, men har reelt til formål at skabe klarhed i den noget forvirrende anvendelse af begrebet »misbrug af dominerende stilling«. Spørgsmålet er nemlig, om ikke Kommissionen reelt forfægter det synspunkt, at tildelingen af en eneret som den her i sagen omhandlede ikke blot udgør et af de elementer, som skaber en dominerende stilling, men også i sig selv medfører et misbrug af en sådan dominerende stilling. Ganske vist har Kommissionen ikke udtrykkeligt anført, at RTT har en dominerende stilling på grund af den godkendelsesbeføjelse, den er tillagt, men har henvist til andre forhold, såsom at RTT besidder et monopol på driften af det offentlige, nationale telefonnet og dermed har automatisk adgang til samtlige brugere af det offentlige net. Herved undgår Kommissionen i sin argumentation at henvise til godkendelsesbeføjelsen to gange. Efter Domstolens praksis kommer man imidlertid, så vidt jeg kan se, ikke uden om at betragte en sådan beføjelse som et element, der er med til at skabe en dominerende stilling. I dommen af 13. november 1975 i General Motors-sagen[28] antog Domstolen således, at der foreligger en dominerende stilling, såfremt en medlemsstat ved en lovbestemt eneret overdrager den offentligretlige funktion — som består i at føre teknisk kontrol med køretøjer, for at sikre disses overensstemmelse med den godkendte type, før de tillades benyttet i færdslen — til en fabrikant eller dennes enebefuldmægtigede, når denne samtidig frit kan fastsætte prisen for sin ydelse. På samme måde har Domstolen i dommen af 11. november 1986 i British Leyland-sagen[29] antaget, at en bilfabrikant, der som følge af den gældende lovgivning i en medlemsstat besidder et monopol på udstedelse af de typeattester, som er nødvendige for at kunne indregistrere køretøjer af det pågældende mærke, på grund af det økonomiske afhængighedsforhold, som dette medfører for forhandlerne, har en dominerende stilling på markedet for tjenesteydelser, der er uundværlige for forhandlerne.

36. Når man tager i betragtning, at kravet om en godkendelse af de pågældende telefonapparater er en uundværlig tjenesteydelse for de erhvervsdrivende, som ønsker at sælge telefonapparater, og dermed er bestemmende for dette marked, må det for mig at se være ret klart, at såfremt en offentlig virksomhed, som i forvejen har monopol på drift af telekommunikationsnettet, tillægges eneret til at meddele godkendelse, kan det give virksomheden en dominerende stilling på det omhandlede marked. Når det endvidere tages i betragtning, at den offentlige virksomhed samtidig er sælger af telefonapparater, kan eneretten til at meddele godkendelser dog for mig at se også bidrage til at give virksomheden en dominerende stilling på et andet marked, som er direkte berørt i sagen, nemlig markedet for salg af telefonapparater.

37. På denne baggrund ses det, at såfremt man anerkender Kommissionens synspunkt

28 — Sag 26/75, Sml. s. 1367.

29 — Sag 226/84, Sml. s. 3263.

om at tildelingen af godkendelsesbeføjelsen i en situation, som den RTT befinder sig i, er ensbetydende med at fremtvinge eller begunstige et misbrug af en dominerende stilling, vil dette forudsætte, at man så at sige betragter tildelingen af beføjelsen på den måde, at den både skaber en dominerende stilling og indebærer et misbrug heraf. Kommissionens argumentation må på dette punkt siges at udvise en brist, idet den bygger på en samtidig anvendelse af to begreber, som ellers er holdt ude fra hinanden i Domstolens praksis.

38. Ifølge dommen af 13. februar 1979 i Hoffmann-La Roche-sagen foreligger der en dominerende stilling, når en virksomhed har en sådan økonomisk magtposition, at den er

»i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne« [30].

I samme dom betegner Domstolen begrebet »misbrug af en dominerende stilling« som et objektivt begreb og definerer det som

»en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence...« [31].

De anførte definitioner må således siges at bygge på en sondring mellem begrebet »dominerende stilling«, hvorved forstås det forhold, at nogen har mulighed for at forhindre konkurrencens opretholdelse, og begrebet »misbrug af dominerende stilling«, hvorved forstås den adfærd, i kraft af hvilken, den pågældende rent faktisk forhindrer konkurrencens opretholdelse.

39. Også i teorien fremstilles retsreglerne om misbrug af dominerende stilling på den måde, at det ikke er den dominerende stilling som sådan, der er forbudt, men misbruget heraf. Som anført af Stoufflet og Chaput »er det ikke i sig selv ulovligt, at en virksomhed indtager en dominerende stilling. Artikel 86 forbyder kun den retsstridige udnyttelse heraf« [32]. Domstolens praksis bygger på denne sondring mellem dominerende stilling og den retsstridige udnyttelse af en sådan stilling, idet det er en betingelse for at fastslå et sådant misbrug, at den pågældende virksomhed ved sin handlemåde eller ved bestemte aktioner beviseligt har gjort sig skyldig i et sådant misbrug, eller at dette i øvrigt fremgår af de faktiske kendsgerninger eller de indgåede retshandler. Selve risikoen for, at der udvises en handlemåde eller begås visse handlinger, som kan medføre misbrug, udgør ikke et sådant misbrug.

30 — Sag 85/76, Sml. s. 461, præmis 38.

31 — Jf. samme doms præmis 91.

32 — Jf. *Jurisclasseur de droit international public*, Communauté économique européenne, bind 164 G, nr. 198.

40. I General Motors- og British Leyland-sagerne antog Domstolen således ikke, at der forelå et misbrug, alene fordi de pågældende bilfabrikanter havde fået tillagt eneret af staten til at kontrollere, at køretøjer af deres eget mærke var i overensstemmelse med den godkendte type, men at den måde, hvorpå denne beføjelse blev udnyttet, kunne medføre et sådant misbrug, navnlig såfremt der for den pågældende tjenesteydelse blev afkrævet gebyrer, som ikke stod i rimeligt forhold til den præsterede ydelse [33]. Hermed gav Domstolen klart udtryk for, at en eneret i form af en administrativ kontrolbeføjelse, ikke efter de konkrete omstændigheder i sagen udgjorde et misbrug af en dominerende stilling, men at beføjelsen kunne udnyttes på en sådan måde, at den kom til det.

41. Også dommen i Nouvelles frontières-sagen, mener jeg, indeholder en række nyttige angivelser, selv om den ikke drejede sig om artikel 86, men om, hvorvidt en procedure i henhold til den nationale lovgivning var forenelig med Traktatens artikel 85. I denne dom antog Domstolen nemlig, at en beslutning, hvorved en stat godkender luftfartstakster, kunne være i strid med Traktaten, såfremt de godkendte takster var

»resultatet af en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis, der strider mod artikel 85« [34],

hvilket igen viser, at problemet ikke var, om godkendelsesproceduren som sådan var traktatstridig, men om de konkrete omstændigheder, hvorunder godkendelsesbeføjelsen blev udøvet i det pågældende tilfælde, var det.

42. Ud fra disse, med støtte i Domstolens praksis, anførte betragtninger kan selve den omstændighed, at der tildeles en offentlig virksomhed som RTT eneret til at godkende telefonapparater for at sikre, at de er teknisk kompatible med nettet, for mig at se ikke være i strid med Traktatens artikel 90 og 86, selv om man ikke kan udelukke, at beføjelsen kan anvendes på en sådan måde, at det medfører misbrug af en dominerende stilling. Det er altså ikke noget misbrug i sig selv, at en stat delegerer en godkendelsesbeføjelse, men kun såfremt denne beføjelse udnyttes uretmæssigt, vil det kunne medføre et misbrug af en dominerende stilling.

43. Det må dog erkendes, at risikoen for en uretmæssig udnyttelse af en godkendelsesbeføjelse nok er større i en situation, hvor beføjelsen tillægges en offentlig virksomhed, som selv konkurrerer på markedet for de pågældende telefonapparater. Spørgsmålet er imidlertid, om den omstændighed alene, at risikoen herfor forøges, indebærer, at selve tildelingen af denne godkendelsesbeføjelse må anses for et misbrug af en dominerende stilling. Det er ikke min opfattelse, da jeg anser det for væsentligt, at sondringen mellem dominerende stilling og misbrug af dominerende stilling opretholdes, og at det sidstnævnte begreb kun dækker de tilfælde, hvor der er konstateret visse konkrete handlinger, som udgør et sådant misbrug, men ikke den blotte risiko for sådanne handlinger.

33 — Jf. ovennævnte sager 26/75 og 226/84.

34 — Jf. de ovennævnte forenede sager 209/84-213/84, præmis 77.

44. Man må i øvrigt have for øje, at det ud fra en liberal retsopfattelse vil rejse problemer at betragte risikoen for en bestemt handling på lige fod med selve den forbudte handling. Dette vil nemlig medføre, at man i stedet for et repressivt system, hvorefter der kræves bevis for, at den ulovlige handling er begået, indfører et præventivt system, hvorefter det er tilstrækkeligt, at der er formodning herfor. Dette er en uacceptabel løsning. Jeg er derfor af den opfattelse, at de forelagte spørgsmål bør besvares således, at det ikke i sig selv er i strid med Traktatens artikel 90 og 86 at tildele en virksomhed som RTT en beføjelse til at godkende apparater, som denne ikke selv leverer eller sælger, men at det kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling i strid med Traktatens artikel 86, såfremt virksomheden anvender godkendelsesbeføjelsen til et andet formål end til at kontrollere, om apparaterne er teknisk kompatible med nettet, forudsat betingelserne i artikel 86 i øvrigt er opfyldt, dvs. navnlig betingelsen om, at der skal foreligge en dominerende stilling på et bestemt marked og ske en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

45. Jeg finder det ikke nødvendigt i besvarelsen af spørgsmålene vedrørende Traktatens artikel 86 og 90 at tage udtrykkeligt forbehold mht. den domstolsprøvelse, som der skal være adgang til, såfremt der gives afslag på godkendelse. Hvis Domstolen nemlig antager mit forslag vedrørende besvarelsen af spørgsmålet om de frie varebevægelser, vil det i vidt omfang blot være en gentagelse at nævne disse forbehold. Hvis Domstolen ikke antager mit forslag, er det derimod lidet sandsynligt, at Domstolen vil finde disse forbehold nødvendige i relation til Traktatens artikel 86 og 90. Desuden finder jeg, at den retlige prøvelse med, hvorledes godkendelsesbeføjelsen udøves, bør foretages af den nationale ret, for hvem der påberåbes at være begået et misbrug af en dominerende stilling, som led i dennes bedømmelse af sagen ud fra samtlige foreliggende omstændigheder. Måske kan det være nyttigt at præcisere, at der blandt disse faktiske omstændigheder også bør tages hensyn til eventuelle tekniske uoverensstemmelser mellem godkendelseskriterierne og eventuelle ubegrundede afslag på godkendelse. Der kan endvidere, afhængig af de særlige forhold i det nationale retssystem, tænkes at være grund for den nationale domstol til at udmelde sagkyndige og for en forvaltningsdomstol til at stille præjudicielle spørgsmål, såfremt den har enekompetence til at bedømme lovligheden af de administrative beslutninger, der er truffet, og såfremt godkendelsen og de tekniske specifikationer har form af sådanne beslutninger.

46. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå Domstolen følgende afgørelse:

»1) En medlemsstats retsforskrifter strider ikke mod EØF-Traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser, såfremt de dels tillægger en offentlig virksomhed, som driver det nationale telekommunikationsnet, og som sælger apparater, en eneret i form af en beføjelse til at godkende apparater, som virksomheden ikke selv har leveret eller solgt, med henblik på kontrol af, at apparaterne efter de af nævnte virksomhed fastsatte tekniske specifikationer kan tilsluttes

nettet, dels foreskriver, at udgifterne i forbindelse med tilslutningen af et ikke-godkendt apparat skal betales af den, som har foretaget tilslutningen, dog på den betingelse, at et afslag på godkendelse af et apparat fra en anden medlemsstat kan indbringes for domstolene med henblik på prøvelse af, om de grunde til afslaget, som er meddelt den pågældende erhvervsdrivende, er lovlige efter fællesskabsretten.

2) Sådanne retsforskrifter strider heller ikke mod EØF-Traktatens artikel 90 og 86, men den offentlige virksomheds anvendelse af godkendelsesbeføjelsen kan dog udgøre et misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 86, såfremt den udnyttes til et andet formål end at sikre kontrol med, at apparaterne er teknisk kompatible med nettet, såfremt alle betingelserne efter artikel 86 i øvrigt er opfyldt. Det tilkommer den nationale ret, for hvem det er gjort gældende, at der foreligger et misbrug af en dominerende stilling, ud fra samtlige faktiske omstændigheder i sagen, herunder eventuelle uoverensstemmelser mellem de tekniske specifikationer og eventuelt ubegrundede afslag på godkendelse, at bedømme, om der foreligger et sådant misbrug.«