FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 3. juni 1992 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

Indledning: Den fællesskabsretlige strid om markedsføring af ikke-typegodkendte teleterminaler

Den foreliggende sag er — i lighed med sag C-92/91, Taillandier, hvori jeg i dag fremsætter forslag til afgørelse — én af en af række præjudicielle sager [1], som alle drejer sig om et identisk *forhold*: markedsføring (undertiden endog blot besiddelse) af teleterminaler (som oftest telefoner, trådløse telefoner og telefaxmaskiner), der ikke på forhånd er blevet tilladt eller typegodkendt af de kompetente nationale myndigheder [2].

Det er selvfølgelig ikke helt tilfældigt, at denne tvist, som inden for en alt i alt ret kort periode har ført til så mange sager, er opstået. Det er ved nærmere eftersyn et vidnesbyrd om den spænding, som det, i hvert fald i visse lande, har givet anledning til, når uafhængige producenter (dvs. producenter uden tilknytning til de offentlige organer, der opererer på telekommunikationsområdet) har markedsført terminaler. Baggrunden for spændingerne er de senere års liberalisering på teleterminalmarkedet, der i vid udstrækning er en følge af den teknologiske udvikling, og de dermed forbundne forandringer i

* Originalsprog: italiensk.

1 — Ud over den foreliggende sag og Taillandier-sagen kan nævnes GB-Inno-BM-sagen, som Domstolen afgjorde ved dom af 13.12.1991, sag C-18/88, Sml. I, s. 5941, samt de endnu verserende præjudicielle sager Lagauche m.fl., sag C-46/90, Sml. 1993 I, s. 5267, hvori Domstolen, efter at generaladvokat Lenz har fremsat forslag til afgørelse, har besluttet at genåbne den mundtlige forhandling, sag C-93/91, Evrard, Sml. 1993 I, s. 5267, sag C-164/91, Sauges, forenede sager C-238/91, C-239/91 og C-240/91, Henryon m.fl., sag C-288/91, Gleyzes, og sag C-323/91, Marchandeau.

2 — Der er naturligvis forskelle fra sag til sag i denne række. Forskellene vedrører imidlertid ikke sagernes genstand, som i alle tilfælde er markedsføring af ikke-typegodkendte terminaler, men den terminal*type*, som den enkelte sag drejer sig om; dette har undertiden betydning for, hvilke nationale bestemmelser der er tale om.
Det skal tilføjes, at det omtalte problem naturligvis kan optræde i indholdsmæssigt og processuelt forskellige retssammenhænge. Mens GB-Inno-BM-sagen således har sin baggrund i et søgsmål, som den statslige telekommunikationsvirksomhed har anlagt mod en konkurrent for at få standset dennes salg af ikke-typegodkendte terminaler, har Decoster-sagen sin baggrund i en straffesag anlagt mod en erhvervsdrivende, der har solgt ikke-typegodkendte apparater.

de økonomiske og retlige forhold [3], som har ført til en gradvis afskaffelse af monopolerne og medlemsstaternes eksklusive rettigheder — og dermed til anerkendelse af de erhvervsdrivendes ret til frit at indføre og markedsføre terminaler.

På fællesskabsplan er det liberaliseringsprincip, som allerede Kommissionens grønbog om telekommunikation opstillede som hovedmålsætningen [4], blevet fastslået normativt i Kommissionens direktiv 88/301/EØF af 16. maj 1988 om konkurrence på teleterminalmarkederne [5] (herefter benævnt »terminaldirektivet«) og endeligt stadfæstet i Domstolens velkendte dom af 19. marts 1991 (sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 1223, herefter benævnt »terminaldommen«).

Den blotte stadfæstelse af retten til at importere og markedsføre terminaler har imidlertid ikke kunnet tilvejebringe en effektiv integration af markederne. Det er således åbenbart, at indførsel og navnlig markedsføring af terminaler stadig, i hvert fald delvis, er underlagt et indviklet system af nationale forskrifter og kontrolforanstaltninger. Utvivlsomt er det på grund af manglen på fællesskabsforskrifter eller internationale bestemmelser i en vis udstrækning nødvendigt at anvende sådanne forskrifter og kontrolforanstaltninger, men under visse omstændigheder kan det resultere i en handelshindring, der er uberettiget eller i det mindste ude af proportion med de tilsigtede (legitime) mål. Netop derfor er det nødvendigt at fastsætte passende garantier for at hindre, at friheden til at indføre og sælge terminaler forbliver et tomt princip uden konkret indhold.

Den første og måske vigtigste af disse garantier er, som nævnt i grønbogen og terminaldirektivets artikel 6, at udstedelsen af forskrifter for og kontrollen med terminalerne (herunder typegodkendelsen) er uafhængig af (eller, som det også udtrykkes, adskilt fra) økonomiske og kommercielle aktiviteter; ud over denne fundamentale garanti kan der være tale om andre, der vedrører måden, hvorpå de nationale tekniske specifikationer

3 — Det fremgår af faglitteraturen, at den teknologiske udvikling har spillet en afgørende rolle for den måde, hvorpå de økonomiske og retlige forhold har udviklet sig på telekommunikationsområdet i almindelighed og på terminalmarkedet i særdeleshed. Tempoet i nyskabelserne, integrationen af oprindeligt adskilte erhvervssektorer med forskellige økonomiske og retlige strukturer (post og telekommunikation, information, radio og tv), de stadig flere måder at overføre data på (hvortil der naturligvis svarer en stadig større spredning i udbuddet af terminaler), kort sagt, fremvæksten af det store og mangeartede aktivitetsfelt, der almindeligvis benævnes *informationsteknologien*, har ført til dybtgående forandringer i de udbudte og efterspurgte tjenesteydelsers og produkters art og egenskaber og skabt nye områder, hvorpå den meget livlige internationale konkurrence kan udfolde sig.
For teleterminalernes vedkommende er det tydeligt, at de nævnte forandringer allerede før Fællesskabets normative indgreb har øvet stor indflydelse på de europæiske markeders struktur og funktion. Den skærpede konkurrence fra (især) tredjelande (USA, Japan og de nyindustrialiserede lande) og det behov for industrielt samarbejde, som de nødvendige investeringsomkostningers størrelse giver anledning til, har gradvis mindsket det europæiske markeds opsplitning i nationale markeder og samtidig svækket både de nationale (retlige eller faktiske) (offentlige) organers monopol på at levere terminaler og de særligt tætte forbindelser, der består mellem disse organer og visse nationale producenter (Alcatel, Siemens, Italtel, osv.).
Det var netop disse faktorers betydning, der fik medlemsstaterne til i det væsentlige at acceptere det liberaliseringsprogram, som Kommissionen opstillede i grønbogen, og som efterfølgende udmøntedes i »terminaldirektivet«. Som omtalt i mit forslag til afgørelse i sag C-202/88 rejste en række medlemsstater faktisk sag imod dette direktiv, ingenlunde på grund af dets liberaliseringsmål, hvorom der var generel enighed, men udelukkende af institutionelle grunde, der havde at gøre med retsgrundlaget for direktivet, navnlig artikel 90, stk. 3.
Om udviklingen på telekommunikationsområdet og terminalmarkedet se E. Stevers: *Telecommunication Regulation in the European Community* (Working Paper no. 89/421), Institut universitaire européen, 1990, s. 12 ff.; flere: *Vers une nouvelle règlementation des télécommunications*, Bruxelles, 1990, s. 1 ff. og s. 175 ff.; C. Overbury, P. Ravaioli: The Application of EC Law to Telecommunication, *Annual Proceedings of Fordham Corporate Law Institute*, 1989, s. 271 ff.

4 — Meddelelse fra Kommissionen: Grønbog om udviklingen af det fælles marked for telekommunikationstjenester og udstyr, KOM(87) 290 af 30.6.1987.

5 — EFT L 131, s. 73.

vedtages og selve deres indhold, eller som drejer sig om, hvordan det skal kontrolleres, at apparaterne overholder disse specifikationer.

Når det er sagt, er det nemt at få øje på, at hovedspørgsmålet i retsstriden om markedsføring af ikke-typegodkendte terminaler drejer sig om, hvordan man skal definere garantiernes *rækkevidde*. I den forbindelse gør to modstridende interesser sig gældende: På den ene side de erhvervsdrivendes interesse i at kunne markedsføre deres terminaler så uhindret som muligt og dermed være fri for bånd og restriktioner, der ikke har nogen objektiv begrundelse, og, på den anden, almenhedens interesse i, at markedsføringen finder sted under overholdelse af de normer og mekanismer, som er nødvendige for at sikre en række væsentlige hensyn, først og fremmest brugernes og operatørernes sikkerhed og det offentlige telenets funktionsdygtighed.

Domstolen gav med GB-Inno-BM-dommen et første væsentligt bidrag til en løsning af dette spørgsmål. I forhold til denne præcedens burde den aktuelle sag gøre det muligt at uddybe spørgsmålet yderligere, efter min mening mindre på grund af dens juridiske aspekter end på grund af den omstændighed, at Decoster-sagen er den første af de nævnte sager, der drejer sig om forhold, der tilhører perioden efter ikrafttrædelsen af terminaldirektivet.

De franske regler for terminaler, der kan tilsluttes det offentlige telenet

Ifølge artikel D 440 ff. i den franske lov om post og telekommunikation kan terminaler (telefoniske, telegrafiske og radioelektriske) leveres af såvel Post- og Teleforvaltningen som konkurrerende private erhvervsdrivende. I sidstnævnte tilfælde blander forvaltningen sig ikke i forholdet mellem brugeren og leverandøren, men foreskriver, at det pågældende apparat skal være typegodkendt (artikel D 444 i loven om post og telekommunikation, som ændret ved artikel 3 i dekret nr. 85-336 af 12.3.1985).

Under hensyn til denne regel og for at regulere markedsføringen af terminaler, der kan tilsluttes det offentlige telenet, vedtog den franske regering den 11. juli 1985 dekret nr. 85-712. Dekretets artikel 2 bestemmer, at sådanne apparater ikke må fremstilles til det franske marked, indføres, opbevares med henblik på salg, sælges eller distribueres gratis eller mod betaling, medmindre de opfylder dekretets bestemmelser.

Ifølge artikel 3 og 4 skal apparaterne overholde en række væsentlige krav, der har til formål at beskytte såvel nettets funktionsdygtighed som brugernes sikkerhed.

I dette øjemed bestemmer artikel 6 i ovennævnte dekret, at fabrikanter, importører, sælgere og forhandlere af terminaler skal *godtgøre, at apparaterne opfylder* de i artikel 3 og 4 nævnte væsentlige krav.

Ifølge artikel 6 kan dette ske ved, at ansøgeren fremlægger et af følgende fire dokumenter: En rapport udfærdiget af et af industriministeren godkendt organ, en typegodkendelsesattest udstedt i henhold til loven om post og telekommunikation, en egnethedsattest udstedt i henhold til lov nr. 78-23 af 10. januar 1978 om forbrugerbeskyttelse og forbrugeroplysning eller et andet dokument, som ifølge en bekendtgørelse fra industriministeriet sidestilles hermed.

Til gennemførelse af dekret nr. 85-712 udsendte industri- og udenrigshandelsministeren den 1. november 1985 en meddelelse om terminaler, der kan tilsluttes det offentlige telenet. Den indeholder først og fremmest en liste ajourført pr. 30. september 1985 over standarder og specifikationer, der kan anvendes med henblik på overholdelsen af dekretets artikel 3 og 4, og bestemmer, at apparater, der opfylder disse standarder eller specifikationer, betragtes som værende i overensstemmelse med forskrifterne i førnævnte artikel 3 og 4.

Desuden anføres det i meddelelsen, hvordan ansøgerne i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 6 i dekret nr. 85-712 kan godtgøre, at deres terminaler overholder forskrifterne. Herom oplyses det i meddelelsen

— at industriministeren har meddelt Det Statslige Center for Forskning og Telekommunikation (CNET) godkendelse til at udfærdige den i artikel 6 omhandlede »rapport«

— at typegodkendelser ifølge loven om post og telekommunikation udstedes af Generaldirektoratet for Telekommunikation for apparater, *som overholder specifikationerne i den liste, der er bilagt meddelelsen*

— at der senere vil blive fastsat andre måder, hvorpå den i artikel 6 omhandlede godtgørelse kan ske.

Jeg skal i øvrigt nævne, at det ikke er fremgået af retsforhandlingerne, om der efter udsendelsen af meddelelsen af november 1985 er blevet fastsat andre former for dokumentation end en typegodkendelse og en rapport fra CNET.

Retsforhandlingerne i hovedsagen

Det begivenhedsforløb, der ligger til grund for hovedsagen, er særdeles enkelt. F. Decoster markedsførte i perioden maj-oktober 1989 terminaler (især telefaxmaskiner) uden forinden at have opnået hverken en typegodkendelse eller noget andet dokument, der kunne godtgøre, at apparaterne opfyldte de væsentlige krav, der er omhandlet i artikel 2 og 3 i dekret nr. 85-712. Tværtimod fremgår det af forelæggelseskendelsen, at F. Decoster ikke engang har søgt at skaffe sig et sådant dokument.

For dette forhold blev der rejst straffesag mod F. Decoster, som i første instans blev idømt en bøde på 50 000 FF. Retten i første instans fastslog, at markedsføring af terminaler, for hvilke der ikke er indhentet den i dekret nr. 85-712 foreskrevne dokumentation, er en overtrædelse af bestemmelserne om forsætlig vildledning i handelsforhold i loven af 1. august 1905.

Tiltalte har hverken i første instans eller under ankesagen bestridt det konkrete indhold af det forhold, som hun står tiltalt for. Hun har dog gjort indsigelse mod den strafferetlige sanktionsfastsættelse, idet hun gør gældende, at det ikke er en lovovertrædelse at markedsføre terminaler, som ikke er typegodkendt, eller for hvilke der ikke foreligger en anden form for dokumentation for deres overensstemmelse med de fastsatte forskrifter, eftersom dekret nr. 85-712, hvori pligten til forinden at indhente en sådan dokumentation er fastsat, *ikke kan finde anvendelse*, idet det er uforeneligt med en række bestemmelser i terminaldirektivet og Rådets direktiv 83/189/EØF af 28. marts 1983 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter [6] (herefter benævnt »direktivet om tekniske standarder«).

F. Decoster's indsigelser i denne henseende vedrører, som anført i forelæggelseskendelsen, to forhold.

For det første foreligger der en overtrædelse af terminaldirektivets artikel 6. Heri bestemmes følgende:

»Medlemsstaterne sørger for, at formaliseringen af ... specifikationer[ne] og kontrollen med deres anvendelse samt godkendelse fra den 1. juli 1989 foretages af et organ, der er uafhængigt af offentlige eller private virksomheder, der udbyder varer og/eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet.«

Tiltalte hævder, at den myndighed i Frankrig, som i det tidsrum, hvor de begivenheder, som sagen drejer sig om, fandt sted, havde til opgave at formalisere de tekniske specifikationer og kontrollere, om apparaterne overholdt de foreskrevne krav, ingenlunde var uafhængig af det organ, der forvaltede det offentlige telenet, og som samtidig markedsførte terminaler i konkurrence med andre erhvervsdrivende. Heraf følger — stadig efter tiltaltes opfattelse — at domstolene bør afvise at håndhæve dekret nr. 85-712, da det pålægger de erhvervsdrivende at overholde tekniske specifikationer og kontrolprocedurer, der henholdsvis er fastsat og forvaltes af et organ, der ikke frembyder den fundamentale garanti for uafhængighed, som EF-direktivet foreskriver.

For det andet foreligger der en overtrædelse af bestemmelserne i direktivet om tekniske standarder og terminaldirektivet, som forpligter medlemsstaterne til at give Kommissionen forudgående meddelelse om ethvert udkast til tekniske forskrifter og standarder for en række produkter, herunder navnlig teleterminaler. Tiltalte hævder nemlig, at man vedtog de tekniske specifikationer for de apparater, som der er tale om, uden forinden at fremsende den meddelelse, som er foreskrevet i EF-bestemmelserne; det betyder i det foreliggende tilfælde, at dekret nr. 85-712 ikke kan finde anvendelse, og at F. Decoster følgelig har ret til at markedsføre de pågældende apparater frit, dvs. »uden at

6 — EFT L 109, s. 8.

der skal gennemføres nogen form for typegodkendelses- eller anden godkendelsesprocedure«.

Ankeinstansen har i betragtning af tiltaltes påstande fundet det nødvendigt at forelægge Domstolen tre præjudicielle spørgsmål, som netop drejer sig om, hvorvidt de nævnte direktiver har direkte gyldighed, og hvilke konsekvenser der i det foreliggende tilfælde bør drages heraf med hensyn til anvendeligheden af det anfægtede nationale dekret [7].

Desuden skal det bemærkes, at F. Decoster under retsforhandlingerne for Domstolen har fremført anbringender vedrørende andre forhold end dem, som forelæggelseskendelsen drejer sig om. Hun har således ikke alene gentaget påstandene om, at det organ, der udsteder forskrifter og udøver kontrol, ikke er uafhængigt, og om at der ikke er givet meddelelse om de relevante tekniske forskrifter (henholdsvis afsnit II og afsnit I i indlægget), men også rejst spørgsmål om, hvorvidt de franske administrative myndigheder forskelsbehandler terminaler indført fra andre medlemsstater (afsnit III i indlægget), hvorvidt France-Télécom har misbrugt en dominerende stilling (afsnit IV i indlægget), og hvorvidt nationale tekniske specifikationer, som ikke er blevet harmoniseret på EF-plan, kan gøres gældende for så vidt angår terminaler, der allerede er blevet typegodkendt i en anden medlemsstat (afsnit V i indlægget).

7 Det skal nævnes, at alle de præjudicielle spørgsmål, der er blevet forelagt Domstolen af franske domstole som led i sager anlagt mod personer, der tiltales for at have markedsført ikke typegodkendte terminaler, enten er identiske eller i det mindste indholdsmæssigt analoge med de spørgsmål, som er blevet rejst som led i den foreliggende sag.

Den følgende gennemgang vedrører i det væsentlige spørgsmålet om, hvorvidt det nationale organ, der udsteder forskrifter og udøver kontrol, er uafhængigt (afsnit A nedenfor). De øvrige spørgsmål vil, af grunde, der vil blive anført senere, blive gjort til genstand for en kort gennemgang (afsnit B nedenfor).

A — *Vedrørende uafhængigheden af det organ, der formaliserer de tekniske specifikationer, kontrollerer deres anvendelse og udsteder typegodkendelse*

a) Retsgrundlaget for uafhængighedsforpligtelsen

Som allerede omtalt har terminaldirektivet i artikel 6 udtrykkelig knæsat princippet om, at medlemsstaterne skal overlade det til et af offentlige eller private virksomheder, der udbyder varer og/eller tjenesteydelser på telekommunikationsmarkedet, uafhængigt organ at formalisere de tekniske specifikationer, kontrollere deres anvendelse og gennemføre de dermed forbundne typegodkendelsesprocedurer.

Betragtningerne til direktivet giver klart udtryk for, hvor central en rolle, dette princip spiller i den overordnede plan om liberalisering af teleterminalmarkedet, der danner baggrund for direktivet. At kunne garantere organets uafhængighed og i sidste instans en objektiv forskriftudstedelse, kontrol og typegodkendelse fremstilles netop som en afgørende forudsætning for at kunne sikre, at der ikke opstår interessekonflikter på markedet og dermed mangel på gennemsigtighed og

reelt lige konkurrencevilkår [8]. I litteraturen om den seneste udvikling i den europæiske telekommunikationsret er man i øvrigt enige om at understrege, hvor betydningsfuld denne garanti er [9].

Som omtalt har Domstolen bekræftet gyldigheden af denne regel (og af andre bestemmelser i terminaldirektivet) i terminaldommen. Denne dom fastslår to ting, som har betydning for den foreliggende sag. For det første har Domstolen anerkendt, at Kommissionen på grundlag af traktatens artikel 90, stk. 3, har kompetence til at vedtage *normative* retsakter, der har til formål at »konkretisere forpligtelser, der følger af traktaten« [10]. For det andet har Domstolen udtalt, at terminaldirektivets artikel 6 ikke strider mod traktaten. Domstolens afgørelse om artikel 6's forenelighed med traktaten er udtrykt i generelle termer, og det angives ikke nærmere, *hvilke* bestemmelser i traktaten den bygger på. Dommens præmisser gentager således begreberne i de førnævnte betragtninger til direktivet, idet det udtales, at

»et marked med frie konkurrencevilkår som omhandlet i traktaten forudsætter, at de forskellige erhvervsdrivende er sikret lige

8 — Herom hedder det i direktivets niende betragtning:
»En intensivering af konkurrencen på terminalmarkedet forudsætter, at de tekniske specifikationer og godkendelsesprocedurerne bliver ... transparente ...; for at sikre en transparent, objektiv og ikke-diskriminerende anvendelse heraf må udformningen af og kontrollen med disse regler varetages af organer, der er uafhængige af konkurrenterne på det pågældende marked.«
Syttende betragtning reflekterer samme tankegang:
»Kontrollen med specifikationerne og godkendelsesreglerne kan i betragtning af den åbenbare interessekonflikt ikke overdrages en af de virksomheder, der optræder som konkurrent på terminalmarkedet; det bør derfor fastsættes, at medlemsstaterne sørger for, at udformningen af specifikationerne og godkendelsesreglerne overdrages et organ, der er uafhængigt af den virksomhed, som forvalter nettet, og af alle andre konkurrenter på terminalmarkedet.«

9 — Jf. førnævnte Stevers: s. 17, hvor forfatteren blandt de foranstaltninger, der er nødvendige for at »ensure market participation in the competitive markets on fair terms« nævner »separation of regulatory and operational activities in order to prevent possible abuse of dominant position in type approval«, og s. 39 i samme; jf. desuden H. Ungerer: Comments on Telecommunication Regulatory Reform in the European Community, i: flere: *Deregulation or Regulation?*, London, 1990, s. 103; M. Coleman: European Competition Law in the Telecommunications and Broadcasting Sectors, *European Competition Law Review*, 1990, s. 204; førnævnte: flere: *Vers une nouvelle règlementation des télécommunications*, s. 200 ff. og 224 ff; J. Scherer: European Telecommunication Law, i: flere: *The Law of Information Technology in Europe*, Deventer, 1991, s. 228; førnævnte C. Overbury, P. Ravaioli, s. 282 ff. og 302 ff.; B. Amory: Vers une nouvelle règlementation européenne des télécommunications, *Revue française d'administration publique*, 1989, s. 671; E. Bordón Iglesias: La libertad de circulación de mercancías y la politica de la competencia en el mercado de terminales de telecomunicationes, *Revista de estudios y investigacion de las comunidades europeas*, 1990, s. 559 ff.; M. Hoskins: A Review of EEC Telecommunications Policy: Too much of a Good Thing, *European Business Law Review*, 1992, s. 8; P. Ravaioli: La Communauté européenne et les télécommunications: développements récents en matière de concurrence, *Revue internationale de droit économique*, 1991, s. 103.

10 — I denne forbindelse kan det være hensigtsmæssigt at understrege, at de direktiver, som Kommissionen vedtager på grundlag af artikel 90, stk. 3, har bindende virkning som omhandlet i traktatens artikel 189 (jf. dom af 30.6.1988, sag 226/87, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 3611), og at påbuddene i disse direktiver, selv om de kun *præciserer* (eller *fastlægger* eller *konkretiserer*, for at benytte andre udtryk anvendt i dommen) de forpligtelser, som i realiteten allerede fremgår af traktaten, ikke desto mindre udgør formelt selvstændige krav. Medlemsstaterne har derfor pligt til at efterleve dem, medmindre de agter at anfægte deres lovlighed gennem et annullationssøgsmål (sådan som det netop er sket med hensyn til alle de direktiver, der hidtil er blevet vedtaget på grundlag af artikel 90, stk. 3). Endvidere skal det nævnes, at det, hvis et sådant annullationssøgsmål ikke er blevet rejst i tilstrækkelig god tid, allermindst er tvivlsomt, om den medlemsstat, mod hvilken der er indledt en traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 169, særskilt kan anfægte direktivets lovlighed under påberåbelse af den undtagelse, der er omhandlet i traktatens artikel 189.
Med hensyn til *beslutninger* vedtaget af Kommissionen i henhold til artikel 90, stk. 3, erindrer jeg om, at Domstolen i dommen i førnævnte sag 226/87 udtalte, at den medlemsstat, som retsakten er rettet til — og som ikke har rejst indsigelse mod den i tilstrækkelig god tid — ikke kan påberåbe sig dens ulovlighed i forbindelse med et traktatbrudssøgsmål, som Kommissionen har anlagt på grund af den manglende efterlevelse af beslutningen.
Når det gælder muligheden for inden for rammerne af en traktatbrudsprocedure at rejse ulovlighedsindsigelse mod forordninger eller, især, direktiver (artikel 184 nævner faktisk kun forordninger), kommer man dog ikke udenom, at der er tale om et omstridt spørgsmål, hvor retspraksis ikke frembyder noget sikkert og endegyldigt holdepunkt. En udtømmende gennemgang af såvel den juridiske litteratur om dette spørgsmål som Domstolens faste praksis findes i generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i sag C-258/89, som jeg henviser til, idet jeg samtidig understreger, at Domstolen i denne sag ikke tog udtrykkelig stilling til det principielle spørgsmål, som generaladvokat Darmon stillede (jf. dom af 25.7.1991, sag C-258/89, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 3977).

muligheder. At give en virksomhed, der sælger terminaler, den opgave at formalisere de specifikationer, som terminalerne skal opfylde, at kontrollere deres anvendelse samt at godkende disse apparater er det samme som at give virksomheden adgang til efter forgodtbefindende at afgøre, hvilke terminaler der kan tilsluttes det offentlige net, og således give virksomheden en åbenbar fordel over for konkurrenterne.«

Domstolen synes således at dele Kommissionens holdning, hvorefter man kan anlægge den betragtning, at konkurrencevilkårene kun er lige, hvis medlemsstaternes ordninger garanterer, at forskriftudstedelsen og kontrollen er uafhængig og objektiv, hvilket indebærer, at disse funktioner er adskilt fra økonomiske og kommercielle aktiviteter.

Denne holdning er senere blevet bekræftet i den nyligt afsagte GB-Inno-BM-dom. I dommen — der angår forhold, der vedrører perioden før ikrafttrædelsen af terminaldirektivet — anføres det indledningsvis, i generelle termer, at det i sig selv udgør en overtrædelse af traktatens artikel 3, litra f), artikel 90 og 86, at et organ, der har et (lovfæstet) monopol på driften af telenettet, har mulighed for i kraft af statslige foranstaltninger at fordreje konkurrencen på et marked, der er nærtbeslægtet, om end ikke identisk, med terminalmarkedet.

Det fremgår af dommens præmisser, at der foreligger en sådan konkurrencefordrejning, hvis det organ, der driver telenettet, ud fra en monopolstilling, samtidig ikke alene markedsfører terminaler, men også formaliserer de tekniske specifikationer, der gælder for terminalerne, kontrollerer anvendelsen af specifikationerne og typegodkender apparaterne.

I dommen hedder det således:

»Det er nødvendigt af hensyn til en effektiv konkurrence og hensynet til gennemskuelighed, at såvel fastsættelsen af de tekniske specifikationer — og kontrollen med disses overholdelse — som godkendelsen foretages af et organ, der er uafhængigt af offentlige eller private virksomheder, som udbyder varer eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet.«

Dommen fastslår således, at det, i hvert fald under visse omstændigheder, er traktatens artikel 86 sammenholdt med artikel 3, litra f), og artikel 90, der danner hjemmel for påbuddet om at sikre, at udstedelsen af forskrifter for og kontrollen af teleterminaler er uafhængig. Hvilke omstændigheder der skal foreligge, for at de samlede bestemmelser i disse artikler finder anvendelse, kan i det væsentlige sammenfattes således:

— det organ, som der er tale om, indtager en dominerende stilling på markedet for teletjenester

— det fordrejer konkurrencen på markedet, som er nærtbeslægtet med terminalmarkedet

— dette sker i kraft af en statslig foranstaltning, der gør det muligt for det ensidigt

at øve indflydelse på vilkårene for markedsføring af terminaler.

Det skal tilføjes, at retsgrundlaget for uafhængighedsforpligtelsen ud over traktatens artikel 3, litra f), artikel 86 og 90 også kan være dens artikel 30, selv om dette ikke fremgår udtrykkeligt af GB-Inno-BM-dommen. Ifølge Domstolens praksis er nationale bestemmelser, der fremmer et misbrug af en dominerende stilling, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, således normalt uforenelige med forbuddet mod foranstaltninger med tilsvarende virkning i artikel 30 (jf. dom af 10.12.1991, sag C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova, Sml. I, s. 5889, og af 16.11.1977, sag 13/77, Inno/ATAB, Sml. s. 2115). Det skal bemærkes, at Domstolen i GB-Inno-BM-dommen netop udtalte, at de anfægtede nationale retsforskrifter kunne påvirke indførslen af apparater fra andre medlemsstater og dermed påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne [11] efter traktatens artikel 86.

Dermed er alt dog ikke sagt. Der kan faktisk godt foreligge en sådan samhandelshindring, selv om der ikke er tale om en dominerende stilling som den, der blev konstateret i GB-Inno-BM-dommen. Sammenblandingen, eller kombinationen, af på den ene side en markedsførende og på den anden den forskriftudstedende og kontrollerende funktion hos ét og samme organ er således, hvis den fører til, at de konkurrerende virksomheder ikke længere har *lige muligheder*, automatisk udtryk for en, i det mindste potentiel, forskelsbehandling af indførte varer uden hensyn til, om det pågældende organ er til stede, indtager en monopolstilling eller i det mindste en dominerende stilling på det pågældende marked for teletjenesteydelser.

Det er netop dette bredere perspektiv, der følger af terminaldirektivets artikel 6. Artiklen kræver således kategorisk, at kommercielle aktiviteter på den ene side og forskriftudstedelsen og kontrollen på den anden adskilles, og angiver klart, at denne adskillelse også er påkrævet, selv om det organ, der markedsfører terminalerne, ikke samtidig opererer på markedet for teletjenester [12].

På baggrund af disse betragtninger mener jeg derfor, at den konkrete forpligtelse ifølge terminaldirektivets artikel 6, selv om den rækker videre end beskrevet i GB-Inno-BM-dommen, ikke repræsenterer noget nyt i forhold til traktaten i den forstand, at den ikke når så vidt som til at skabe retsvirkninger for medlemsstaterne, der er væsentligt forskellige fra dem, der allerede følger af traktatens artikel 30 sammenholdt med artikel 3, litra f), og artikel 86 og 90.

11 — Den franskprogede udgave af dommen henviser faktisk til *konkurrencen* mellem medlemsstaterne (præmis 27). At Domstolen imidlertid her påviser en fordrejning, der vedrører samhandelen mellem medlemsstaterne snarere end konkurrencen, fremgår både af ræsonnementet som helhed, der fremhæver de nationale forskrifters indvirkning på indførslen, og af opbygningen af dommen, som i den pågældende passage konstaterer, at en af betingelserne for at anvende artikel 86 er til stede, nemlig at der er forvoldt skade på samhandelen mellem medlemsstaterne.

12 — Førnævnte P. Ravaioli udtaler sig på linje hermed på s. 120, note 29.

b) Den direkte gyldighed af terminaldirektivets artikel 6

Når det er sagt, synes det ret enkelt at besvare de præjudicielle spørgsmål i denne sag. Indledningsvis mener jeg, at man uden mindste tøven bør slå fast, at terminaldirektivets artikel 6 har direkte gyldighed (herom drejer den nationale rets andet spørgsmål sig). Som omtalt *præciserer* denne artikel reelt blot de forpligtelser, som traktaten selv pålægger medlemsstaterne. Derfor ville det være ulogisk at mene, at den specifikke bestemmelse, som Kommissionen har vedtaget i henhold til artikel 90, stk. 3, ikke havde direkte gyldighed, når de almindelige traktatbestemmelser, som den præciserer, har det. Hertil kan føjes, at det, selv om artikel 6 i sit påbud til medlemsstaterne om at overdrage det til et uafhængigt organ at udstede forskrifter og føre kontrol giver dem et vist spillerum med hensyn til hvilken ordning, de skal indføre for at opfylde dette formål, alligevel er sådan, at artikel 6, på baggrund af betragtningerne til direktivet, indeholder et klart, præcist og ubetinget forbud mod at opretholde enhver ordning, der indebærer, at ét og samme organ ikke alene udsteder forskrifter og fører kontrol, men også leverer goder og/eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet. Da forbuddet desuden har til formål at sikre lige konkurrencevilkår på det pågældende marked, er det ligeledes klart, at meningen med bestemmelsen er at beskytte de virksomheders legitime interesser, som opererer på dette marked. Virksomhederne kan nemlig i kraft af artikel 6 og førnævnte traktatbestemmelser forlange, at medlemsstaterne ikke overdrager det til en offentlig eller privat virksomhed, der konkurrerer med dem, at udstede forskrifter og føre kontrol.

c) Fællesskabsbestemmelserne som de var før tidsfristen i terminaldirektivets artikel 6

Efter nu at have påvist artikel 6's direkte gyldighed skal jeg kort opholde mig ved et andet spørgsmål. Det forekommer mig nemlig hensigtsmæssigt at omtale, hvilke retsforskrifter der fandt anvendelse før den *tidsfrist* (den 1.7.1989), inden for hvilken medlemsstaterne ifølge artikel 6 skulle sørge for, at formaliseringen af de tekniske specifikationer, kontrollen og typegodkendelsen blev foretaget af et uafhængigt organ. Selv om den forelæggende ret ganske vist ikke udtrykkeligt er inde på denne side af sagen, kan der ikke herske tvivl om, at den har betydning for løsningen af tvisten, eftersom de begivenheder, som der er tale om (nemlig F. Decoster's markedsføring af ikke-typegodkendte terminaler), fandt sted i perioden fra maj til oktober 1989 og dermed både før og efter fristen i artikel 6.

På baggrund af de betragtninger, som jeg netop har fremsat, er det dog ikke vanskeligt at besvare dette spørgsmål. Man behøver blot at pege på, at den uafhængighedsforpligtelse, der fremgår af traktatens bestemmelser om frie varebevægelser og konkurrence, også eksisterede og skulle opfyldes af medlemsstaterne, før den i artikel 6 nævnte dato og før vedtagelsen af terminaldirektivet. Det fremgår nemlig af GB-Inno-BM-dommen, der, som omtalt, vedrører begivenheder, der svarer til dem, som den foreliggende sag drejer sig om, men som udspillede sig i perioden

før vedtagelsen af terminaldirektivet, at bestemmelser, som ikke sikrer, at fastsættelsen af forskrifter for og typegodkendelsen af terminaler er uafhængig, og som derfor giver anledning til interessekonflikter, i det mindste under visse konkrete omstændigheder i sig selv er uforenelig med traktatens artikel 3, litra f), samt artikel 86 og 90. Desuden synes der af de tidligere nævnte årsager at være grundlag for at mene, at selv når betingelserne for at anvende artikel 86 (sammenholdt med artikel 90) ikke er opfyldt, udgør en sådan måde at fastsætte regler på under alle omstændigheder en potentiel hindring for handelen mellem medlemsstaterne, hvorfor den er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 30.

Heraf følger, at medlemsstaterne i medfør af traktaten allerede før terminaldirektivet havde pligt til sørge for, at formaliseringen af de tekniske specifikationer, kontrollen med deres anvendelse samt typegodkendelsen blev foretaget af et organ, der var uafhængigt af offentlige eller private virksomheder, der udbød varer og/eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet [13].

13 — På baggrund af denne konklusion må man sige, at ikrafttrædelsesfristen i direktivets artikel 6 virker overflødig. Forklaringen på den er formentlig, at den retspraksis, som GB-Inno-BM-dommen repræsenterer, endnu ikke eksisterede, da direktivet blev vedtaget. Kommissionen kunne derfor være af den opfattelse, at forpligtelsen til at sikre en uafhængig forskriftudstedelse og kontrol ikke var traktaten iboende, men at den, i hvert fald delvis, skulle *skabes* af direktivets bestemmelser. Hvis Kommissionen derfor mente, at direktivet, for så vidt angår dets centrale (dvs. de i artikel 2, 3, 6 og 7 omhandlede) forpligtelser var retsstiftende og ikke blot konstaterede nogle forpligtelser, som allerede fremgik af traktaten, kan den have fundet det hensigtsmæssigt til en af direktivets bestemmelser at knytte en ikrafttrædelsesfrist, som tydeligvis skulle give medlemsstaterne en tidsmargen for gennemførelsen af de nødvendige ændringer i deres bestemmelser.
Det skal i øvrigt bemærkes, at fristen kun vedrører artikel 6; den har ikke til formål på nogen måde at begrænse — hvad den i parentes bemærket heller ikke ville kunne — virkningen af de forpligtelser, der direkte fremgår af traktaten.

d) De anfægtede nationale bestemmelser

Inden jeg går over til at gennemgå de anfægtede bestemmelser, skal jeg nævne, at man i Frankrig, ligesom i andre medlemsstater, i de seneste år har tilstræbt at indføre en gradvis »afregulering« på telekommunikationsområdet. Man kan opdele de foranstaltninger, som de franske myndigheder har truffet i den henseende, i tre etaper:

— den første vedrører perioden før vedtagelsen af dekret nr. 89-327 den 19. maj 1989

— den anden vedrører perioden mellem vedtagelsen af dekret nr. 89-327 og vedtagelsen af lov nr. 90-568 af 2. juli 1990

— den tredje vedrører perioden efter ikrafttrædelsen af lov nr. 90-568.

Kun den anden og til nød den første af disse perioder kommer i betragtning i den foreliggende sag. Den tredje periode begynder klart på et senere tidspunkt end de begivenheder, som sagen drejer sig om (lov nr. 90-586 trådte i kraft den 1.1.1991).

Når det er sagt, fremgår det tilstrækkelig tydeligt af de oplysninger, som Domstolen har fået forelagt, at de relevante bestemmelser hverken i den første eller den anden periode rummede tilstrækkelige garantier for en uafhængig udøvelse af de funktioner, som

sagen drejer sig om, nemlig formaliseringen af de tekniske specifikationer, kontrollen med disses anvendelse, typegodkendelsen af terminaler samt markedsføringen af sådanne, idet de blev varetaget af administrative organer, der alle var en del af den centrale Post- og Teleforvaltning. Ydermere havde denne forvaltning monopol på at drive det offentlige telenet.

Man kan, for så vidt angår perioden før ikrafttrædelsen af dekret nr. 89-327, navnlig pege på:

— at det i henhold til dekret nr. 86-129 af 28. januar 1986 påhvilede Generaludvalget for Strategi, som var direkte underlagt ministeren for post og telekommunikation, at udarbejde og føre kontrol med overholdelsen af hovedreglerne for regulering af telekommunikationsområdet (artikel 2)

— at Generaludvalget for Strategi udøvede sin virksomhed i samarbejde med de øvrige direktorater under Ministeriet for Post og Telekommunikation, herunder navnlig Generaldirektoratet for Telekommunikation (artikel 2 i dekret nr. 86-129)

— at Generaldirektoratet for Telekommunikation bl.a. omfattede Direktoratet for Handels- og Telematikanliggender, der havde til opgave at udarbejde forslag til og gennemføre politikken med hensyn til handel og telematik på telekommunikationsområdet (artikel 14 i dekret nr. 86-129)

— at terminaler, der ikke blev leveret af forvaltningen, var underlagt en typegodkendelsesprocedure (artikel D 440 og følgende artikler i loven om post og telekommunikation)

— at typegodkendelsen af terminaler i henhold til førnævnte ministerielle meddelelse af 1. november 1985 henhørte under Generaldirektoratet for Telekommunikation

— at det står fast, at France-Télécom, selv om den franske regering ikke klart har oplyst, hvilken formel status dette organ havde på det pågældende tidspunkt, var en del af den centrale Post- og Teleforvaltning og på driftsplanet havde til opgave at forestå dens kommercielle aktiviteter på telekommunikationsområdet [14]

— at det, når det gælder den *rapport*, der udfærdiges af CNET, og som i førnævnte ministerielle meddelelse sidestilles med typegodkendelsen, står fast, at CNET, som den franske regering har oplyst som svar på Domstolens spørgsmål, »som forskningscenter for den offentlige driftsvirksomhed er en del af France-Télécom«, hvilket naturligvis udelukker enhver garanti for, at det organ, der udsteder denne overensstemmelsesattest, er uafhængigt.

14 — Kommissionens og F. Decoster's påstand om, at France-Télécom blot er Post- og Teleforvaltningens handelsafdeling, som den franske regering i øvrigt ingenlunde har afvist, bekræftes af faglitteraturen. Jf. bl.a. førnævnte: flere: *Vers une nouvelle réglementation de télécommunications*, s. 93, hvori det hedder, at France Télécom er den kommercielle betegnelse for Generaldirektoratet for Telekommunikation; J. Chevallier udtrykker det på samme måde i La mutation des postes et télécommunications, AJDA, 1990, s. 667.

Ikrafttrædelsen af dekret nr. 89-327 synes ikke at have ændret situationen væsentligt. Tværtimod får dette dekret på grund af måden, hvorpå det ændrer Post- og Teleforvaltningens interne struktur og præciserer de forskellige tjenestegrenes respektive beføjelser, det til at fremstå endnu klarere, hvordan den rent kommercielle virksomhed på den ene side og formaliseringen af de tekniske specifikationer, kontrollen og typegodkendelsen på den anden, griber ind i hinanden. Det hedder således:

> Til afløsning af Generaludvalget for Strategi oprettes et Reguleringsdirektorat (Direction de la Règlementation Générale), der skal fastlægge og tilpasse de generelle regler for aktiviteterne på telekommunikationsområdet; dette direktorat skal navnlig:
>
> — påse, at de gældende regler overholdes
>
> — udarbejde udkast til love og bestemmelser samt udarbejde forskrifter i tilknytning til de regler, som gælder for de erhvervsdrivendes aktiviteter på området
>
> — formalisere og offentliggøre specifikationer og typegodkendelsesprocedurer for terminaler (artikel 2 i dekret nr. 89-327).
>
> Dekret nr. 89-327 berører ikke Post- og Teleforvaltningens handelsmæssige aktiviteter.

Dekretet gør det endnu tydeligere, at der er en funktionsmæssig forbindelse mellem Generaldirektoratet for Telekommunikation, og dermed France-Télécom, på den ene side og det direktorat, der er tillagt kompetence til at fastlægge, hvordan området skal reguleres (Reguleringsdirektoratet), på den anden; et af direktoraterne under Generaldirektoratet for Telekommunikation, nemlig Direktoratet for Industrielle og Internationale Anliggender har således til opgave at udarbejde forslag til tekniske specifikationer for terminaler (artikel 4 i dekret nr. 89-327) [15].

Sammenfattende følger det af ovenstående, at det organ, der udstedte forskrifter for og typegodkendte (samt, mere generelt, forestod overensstemmelseskontrollen [16] med) terminaler, ikke på tidspunktet for sagens omstændigheder var uafhængigt af en virksomhed, der markedsførte sådanne terminaler. Tværtimod blev alle de nævnte aktiviteter udøvet af ét og samme organ (den centrale Post- og Teleforvaltning). Ganske vist var opgaverne muligvis fordelt på forskellige generaldirektorater eller andre dele af den samme forvaltning, men de henhørte alligevel under én bestemt statslig forvaltning og var hierarkisk underlagt én bestemt beslutningsmyndighed. Desuden var der ifølge den ordning, som der

15 — Den franske regering har ikke oplyst, om det under dekret nr. 89-312 stadig er Generaldirektoratet for Telekommunikation, der udsteder typegodkendelser, eller om dette gøres af et andet direktorat under Ministeriet for Post og Telekommunikation. Dette er ikke fastsat i dekretet. Selv om ansvaret for typegodkendelserne er blevet overført til et andet direktorat, ændrer det dog intet ved substansen i dette spørgsmål.

16 — Det fremgår faktisk ikke af sagen, om det efter offentliggørelsen af den flere gange nævnte ministerielle meddelelse af november 1985 er blevet bestemt, at der kan anvendes andre former for dokumentation end en typegodkendelse og en rapport fra CNET. Dette er imidlertid uden betydning. Selv om man således antog, at der kunne benyttes overensstemmelsesattester udstedt af et organ, der var fuldstændig uafhængigt af Post- og Teleadministrationen, og der således i det mindste var en mulighed for at opnå en overensstemmelseskontrol som omhandlet i dekret nr. 85-712, der blev foretaget af et uafhængigt og objektivt organ, ville det alligevel være sådan, at de tekniske specifikationer, der tjente som kriterier for denne overensstemmelse, blev fastsat af Post- og Teleadministrationen og dermed af et organ, der — som det er blevet påvist — ikke var uafhængigt.

var tale om, en hierarkisk eller funktionsbestemt forbindelse mellem de forskellige omtalte direktorater (hvilket i øvrigt er logisk, da det drejede sig om forskellige dele af det samme ministerium). Selv på det niveau, hvor Generaldirektoratet for Telekommunikation befandt sig, greb kommercielle opgaver og beføjelserne til at udarbejde specifikationer og foretage typegodkendelse ind i hinanden.

Først senere gennemførtes der i medfør af lov nr. 90-568, i det mindste for så vidt angår den administrative struktur, en *adskillelse* af de kommercielle aktiviteter og den øvrige virksomhed, dvs. forskriftudstedelsen, kontrollen og typegodkendelsen. Loven udskilte således både forvaltningen af det offentlige telenet og den kommercielle virksomhed fra den centrale Post- og Teleforvaltning. Disse funktioner varetages stadig af France-Télécom, der nu ikke længere er en del af Ministeriet for Post og Telekommunikation, men er blevet en selvstændig, offentligretlig juridisk person. Samtidig med at statutten for France-Télécom blev ændret, blev Generaldirektoratet for Telekommunikation under Post- og Teleforvaltningen nedlagt.

På baggrund af disse betragtninger bør man efter min mening udlede, at forskriftudstedelsen, kontrollen og typegodkendelsen, i det mindste indtil lov nr. 90-568 trådte i kraft, ingenlunde blev udøvet af et organ, der var uafhængigt af virksomheder, der markedsførte terminaler, hvilket er ensbetydende med en overtrædelse såvel af artikel 6 i terminaldirektivet som, af de tidligere nævnte grunde, traktatens artikel 30. Det skal tilføjes, at det i det foreliggende tilfælde står fast, at Post- og Teleforvaltningen før ikrafttrædelsen af lov nr. 90-586 både havde til opgave at markedsføre terminaler og, ud fra en monopolstilling, forvalte det offentlige telenet. Der var således tale om statslige foranstaltninger, der gjorde det muligt at udvide forvaltningens monopol på at levere telekommunikationsydelser til også at omfatte det nærtbeslægtede, men selvstændige, marked for terminaler. Disse forhold må i overensstemmelse med GB-Inno-BM-dommen anses for at være i strid med traktatens artikel 3, litra f), sammenholdt med artikel 86 og 90.

Det er ikke muligt at nå til et andet resultat, medmindre det skulle vise sig, at samtlige erhvervsdrivende på tidspunktet for sagens omstændigheder havde en konkret mulighed for at lade efterprøve, om deres terminaler var i overensstemmelse med de væsentlige krav vedrørende sikkerhed og nettets funktionsdygtighed ved at henvende sig til

— et organ, der var uafhængigt af Post- og Teleforvaltningen

— og udførte sin virksomhed på grundlag af tekniske kriterier fastlagt af et organ, der var uafhængigt af Post- og Teleforvaltningen.

Med forbehold af de konstateringer og vurderinger, som det udelukkende tilkommer den nationale ret at foretage, kan jeg kun endnu en gang gentage, at situationen i Frankrig på tidspunktet for sagens omstændigheder reelt var en ganske anden.

c) Uanvendeligheden af dekret nr. 85-712

Det skal tilføjes, at den manglende overholdelse af førnævnte fællesskabsbestemmelser bør have til følge, at det anfægtede statslige dekret, dvs. dekret nr. 85-712, kendes *uanvendeligt*. Dette dekret påbyder, som tidligere anført, de erhvervsdrivende at lade apparaterne typegodkende (eller i det mindste at fremlægge en attestation for, at de opfylder visse krav). Men eftersom det *organ*, som fastsætter de tekniske forskrifter (der danner grundlag for typegodkendelsen), og som foretager typegodkendelsen (eller en anden tilsvarende prøvelse), samtidig er en interesseret markedsdeltager (eller er tæt forbunden med en sådan), står det klart, at det under alle omstændigheder er udelukket, at kontrolprocedurerne kan tilbyde konkurrenterne tilstrækkelig garanti for objektivitet.

Den manglende uafhængighed fremtræder således som en defekt, der ikke alene går ud over den ene eller den anden foranstaltning, der vedtages i forbindelse med en bestemt ansøgning om typegodkendelse, men antaster selve grundlaget for hele det kompleks af forskrifter og kontrolforanstaltninger vedrørende markedsføring af terminaler, som den pågældende stat har indført. Det betyder i det foreliggende tilfælde, at de i dekret nr. 85-712 foreskrevne procedurer vedrørende typegodkendelse af terminaler ikke opfylder de væsentlige krav, som fællesskabsretten stiller, og at de derfor bør anses for uanvendelige.

Jeg er naturlig ganske klar over, hvad dette resultat indebærer. Det indebærer, forenklet sagt, at medlemsstaterne ikke har ret til at anvende typegodkendelsesprocedurer (eller lignende procedurer), hvis objektivitet ikke er garanteret (og at handlende, der, som F. Decoster, har solgt ikke-typegodkendte terminaler inden for et tidsrum, hvor der ikke var garanti for, at forskriftudstedelsen og kontrollen var objektiv, derfor ikke har begået noget strafbart).

Det betyder endvidere, at det er muligt at sælge terminaler, uden at det *på forhånd* er kontrolleret (om så blot gennem en procedure, der ikke rummer garantier for objektivitet), at de opfylder krav som dem, der vedrører brugernes sikkerhed og nettets funktionsdygtighed.

Dermed når man i realiteten frem til at underordne sådanne hensyn hensynet til konkurrencen — et resultat, der kan forekomme lidet tilfredsstillende, både ud fra et overordnet synspunkt (i traktaten har sådanne ikke-økonomiske hensyn forrang frem for beskyttelsen af konkurrencen og samhandelen) og på baggrund af de bestemmelser i terminaldirektivet, der bevarer medlemsstaternes ret til at forbyde, at terminaler, der ikke opfylder de ovenfor nævnte væsentlige krav (jf. direktivets artikel 3, der henviser til de specifikke krav, der er anført i artikel 2, nr. 17, i direktiv 86/361), tilsluttes nettet. Men det følger af det forhold, at det ikke kan pålægges de erhvervsdrivende at lade deres apparater typegodkende, når typegodkendelsen ikke er objektiv, at den nationale myndighed ikke kan forbyde, at et apparat tilsluttes, men kun gribe ind *efter, at det er sket*, med henblik på at få den etablerede forbindelse afbrudt og eventuelt reagere

på de forstyrrelser og skader, som måtte være indtruffet [17].

På den anden side mener jeg, at dette problem, selv om det kan give anledning til nogen forvirring, må betragtes som løst efter afsigelsen af GB-Inno-BM-dommen. Dommen i denne præjudicielle sag vedrører et søgsmål anlagt af et offentligt organ (RTT) mod en privat konkurrent (detailhandelsgruppen GB-Inno-BM). Formålet med det var at opnå dom for, at GB-Inno-BM skulle ophøre med at sælge ikke-typegodkendte terminaler uden at oplyse køberne om den manglende typegodkendelse.

Sagsøgte gjorde i sit forsvar bl.a. gældende, at de nationale bestemmelser (artikel 13 og 91 i en belgisk bekendtgørelse af 20.9.1978), hvorefter tilslutning af terminaler forudsatte tilladelse fra RTT, og som pålagde andre leverandører end RTT på forhånd at lade deres terminaler typegodkende, var uforenelige med fællesskabsretten. GB-Inno-BM hævdede, at pligten til at indhente tilladelse og typegodkendelse var ulovlig, da RTT ikke alene udstedte forskrifter og førte kontrol, men også var en interesseret part, og at selv pligten til at oplyse køberne om den manglende typegodkendelse følgelig måtte betragtes som ulovlig.

Efter drøftelsen herom besluttede den nationale ret — som det fremgår af retsmøderapporten i den præjudicielle sag — »at det var nødvendigt at foretage en retslig prøvelse af, om den godkendelsesprocedure, RTT kræver gennemført, er lovlig. I modsat fald vil sælgeren nemlig ikke retmæssigt kunne tilpligtes at oplyse sine kunder om, at apparaterne skal godkendes« [18].

Men som jeg flere gange har nævnt, fremgår det af Domstolens dom, at en erhvervsdrivende kan påberåbe sig traktatens konkurrencebestemmelser med henblik på at gøre indsigelse mod anvendelsen af en national ordning, der giver en anden, konkurrerende, erhvervsdrivende beføjelse til at fastsætte tekniske forskrifter for de pågældende produkter og kontrollere, at de overholdes.

Der er derfor al mulig grund til at tro, at den nationale ret efter Domstolens dom har fundet RTT's søgsmål retligt ubegrundet og dermed tilladt sagsøgte at udbyde de ikke-typegodkendte apparater til salg, oven i købet uden at oplyse køberne om den manglende typegodkendelse.

Medmindre Domstolen finder det nødvendigt at ændre denne retspraksis, mener jeg derfor, at besvarelsen af den nationale rets spørgsmål i den foreliggende sag bør gå ud på følgende: Traktatens artikel 30 og artikel 3, litra f), artikel 86 og 90 samt terminaldirektivets artikel 6 er til hinder for, at der anvendes nationale bestemmelser som de i

17 — Fornævnte P. Ravaioli bemærker på s. 113, note 18, betegnende, at når tilslutningen, i overensstemmelse med terminaldirektivet, ikke længere er genstand for eksklusive rettigheder, og en forhåndstilladelse ikke længere er påkrævet, kan det i artikel 3 omhandlede forbud mod tilslutning kun finde anvendelse inden for rammerne af typegodkendelsen.

18 — Ligeledes fandt retten, »at det er særkt betænkeligt, at RTT egenhændigt fastsætter betingelserne for meddelelse af tilladelsen og selv meddeler denne, når RTT samtidig deltager i konkurrencen på markedet for de apparater, som skulle tilsluttes nettet«.

det franske dekret nr. 85-712 omhandlede, der pålægger erhvervsdrivende, som ønsker at markedsføre terminaler, ved en typegodkendelse eller på en anden tilsvarende måde at godtgøre, at apparaterne opfylder visse krav (som navnlig vedrører brugernes sikkerhed og nettets funktionsdygtighed), når der ikke samtidig er garanti for, at det organ, der

— meddeler typegodkendelsen (eller udsteder et andet tilsvarende dokument) og

— formaliserer de tekniske specifikationer, der ligger til grund for meddelelsen af typegodkendelsen (eller for udstedelsen af et andet tilsvarende dokument)

er uafhængigt af erhvervsdrivende, der udbyder varer og/eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet.

B — *Vedrørende de øvrige spørgsmål, der er blevet rejst i denne sag*

I betragtning af den løsning, som jeg er nået frem til på spørgsmålet vedrørende uafhængigheden af det organ, der udsteder forskrifter og foretager typegodkendelse på terminalmarkedet, er det i realiteten overflødigt at undersøge de øvrige spørgsmål, der er blevet rejst i denne sag. Kun for at gennemgangen kan være fuldstændig, og naturligvis for det tilfælde, at Domstolen beslutter ikke at følge ovenstående forslag til afgørelse, skal jeg nedenfor kort gennemgå de udestående punkter, der er blevet fremført under retsforhandlingerne.

Som allerede omtalt drejer de rejste spørgsmål sig om følgende aspekter:

— De tekniske specifikationer, som de franske myndigheder skulle have lagt til grund for typegodkendelsen af de apparater, som der er tale om, påstås fastlagt, uden at procedurebestemmelserne i direktivet om tekniske standarder og terminaldirektivet er blevet overholdt; dette indebærer ifølge F. Decoster og Kommissionen, at specifikationerne ikke kan finde anvendelse.

— For terminaler, der allerede er blevet typegodkendt i en anden medlemsstat, bør der ifølge F. Decoster gælde en lempeligere kontrol i importmedlemsstaten; det indebærer konkret, at nationale tekniske specifikationer, som ikke er nødvendige for at sikre overholdelsen af en række væsentlige krav, ikke finder anvendelse på de pågældende terminaler.

— De franske myndigheder påstås at have fulgt en diskriminerende praksis i forbindelse med typegodkendelsen af terminaler.

— France-Télécom hævdes at have misbrugt en dominerende stilling.

Disse aspekter giver anledning til en generel iagttagelse. Det må nemlig understreges, at de klagepunkter, som jeg netop har nævnt — til forskel fra dem, der vedrører det forskriftudstedende og kontrollerende organs uafhængighed — ikke i og for sig sætter spørgsmålstegn ved den typegodkendelsesordning for terminaler, der blev indført ved dekret nr. 85-712. Hvilken konklusion bør der da drages, hvis disse klagepunkter viser sig at være begrundede? Det er, mener jeg, særdeles

nemt at besvare dette spørgsmål. Der er nemlig ingen tvivl om, at det, af indholdsmæssige eller formelle grunde, påvirker gyldigheden af en given foranstaltning (positiv eller negativ), der træffes som led i en typegodkendelsesprocedure, at der er anvendt ulovlige tekniske specifikationer. Samme resultat kommer man til, hvis typegodkendelsesforanstaltningen indebærer en forskelsbehandling af indførte produkter. Endelig indebærer en offentlig virksomheds overtrædelse af traktatens artikel 86 naturligvis, at det misbrug af den dominerende stilling, som der er tale om, er ulovligt.

Ved nærmere eftersyn har de påståede fejl således, i givet fald, ikke betydning for selve princippet i den typegodkendelse, der er fastsat i det omtvistede dekret, men for typegodkendelsesprocedurens *resultater*.

Heraf følger, at hvis et afslag på typegodkendelse eller en anden handling, der var uforenelig med fællesskabsretten, havde tilføjet F. Decoster skade, kunne hun have reageret ved inden for rammerne af de til formålet fastsatte procedurer at påberåbe sig denne ulovlighed. Imidlertid har hun slet ikke ansøgt om typegodkendelse, hvilket hun burde have gjort.

Derimod ville den blotte mulighed af, at et afslag på en ansøgning om typegodkendelse var ulovligt, på ingen måde kunne fritage F. Decoster for at indgive en sådan og følgelig ingenlunde gøre det tilladt for hende at markedsføre terminaler, »uden at der skal gennemføres nogen form for typegodkendelses- eller anden godkendelsesprocedure«.

Jeg mener derfor, at svaret til den nationale ret hvad dette punkt angår kan gå ud på følgende: Den påståede, indholdsmæssigt eller formelt begrundede, uforenelighed med fællesskabsretten af nationale tekniske specifikationer for terminaler, de nationale myndigheders påståede benyttelse af diskriminerende fremgangsmåder ved typegodkendelsen af terminaler samt en af France-Télécom udvist adfærd, der påstås at udgøre et misbrug af en dominerende stilling, som omhandlet i traktatens artikel 86, fritager ikke personer, der markedsfører terminaler, for den i det franske dekret nr. 85-712 fastsatte pligt til at ansøge om en typegodkendelse (eller om et hvilket som helst andet tilsvarende dokument).

Forslag til afgørelse

På baggrund af ovenstående betragtninger mener jeg, at den nationale rets spørgsmål bør besvares som følger:

»Traktatens artikel 30 og artikel 3, litra f), artikel 86 og 90 samt artikel 6 i Kommissionens direktiv 88/301/EØF af 16. maj 1988 er til hinder for, at der anvendes

nationale bestemmelser som de i det franske dekret nr. 85-712 omhandlede, der pålægger erhvervsdrivende, som ønsker at markedsføre terminaler, ved en typegodkendelse eller på en anden tilsvarende måde at godtgøre, at apparaterne opfylder visse krav (som navnlig vedrører brugernes sikkerhed og nettets funktionsdygtighed), når der ikke samtidig er garanti for, at det organ, der

— meddeler typegodkendelsen (eller udsteder et andet tilsvarende dokument) og

— formaliserer de tekniske specifikationer, der ligger til grund for meddelelsen af typegodkendelsen (eller for udstedelsen af et andet tilsvarende dokument)

er uafhængigt af erhvervsdrivende, der udbyder varer og/eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet.«

Finder Domstolen anledning til også at tage stilling de øvrige spørgsmål, der er rejst i sagen, foreslår jeg, at man giver følgende svar på den nationale rets spørgsmål:

»Den påståede, indholdsmæssigt eller formelt begrundede, uforenelighed med fællesskabsretten af nationale tekniske specifikationer for terminaler, de nationale myndigheders påståede benyttelse af diskriminerende fremgangsmåder ved typegodkendelsen af terminaler samt en af France-Télécom udvist adfærd, der påstås at udgøre et misbrug af en dominerende stilling, som omhandlet i traktatens artikel 86, fritager ikke personer, der markedsfører terminaler, for den i det franske dekret nr. 85-712 fastsatte pligt til at ansøge om en typegodkendelse (eller om et hvilket som helst andet tilsvarende dokument).«