

DOMSTOLENS DOM

26. marts 1996 *

I sag C-392/93,

angående en anmodning, som High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, i medfør af EØF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

The Queen

mod

H. M. Treasury,

ex parte: **British Telecommunications plc,**

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 8, stk. 1, i Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1),

har

* Processprog: engelsk.

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene C.N. Kakouris, D.A.O. Edward og J.-P. Puissochet samt dommerne G.F. Mancini, F.A. Schockweiler, J.C. Moitinho de Almeida (refererende dommer), C. Gulmann og J.L. Murray,

generaladvokat: G. Tesauo
justitssekretær: fuldmægtig L. Hewlett,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— British Telecommunications plc ved G. Barling, QC, og Barristers T. Sharpe og H. Davies for Solicitor og Chief Legal Adviser C. Green

— Det Forenede Kongerige ved Assistant Treasury Solicitor J. Collins, som befuldmægtiget, og M. J. Beloff, QC

— den franske regering ved secrétaire des affaires étrangères H. Duchène, Udenrigsministeriet, og conseiller des affaires étrangères C. de Salins, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent H. van Lier og D. McIntyre, der er udstationeret som national ekspert ved Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 26. oktober 1994 er afgivet mundtlige indlæg af British Telecommunications plc ved G. Barling, T. Sharpe og H. Davies, af Det Forenede

Kongerige ved J. Collins, K. P. E. Lasok, QC, og Barrister S. Richards, af den tyske regering ved Ministerialrat E. Röder, Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtiget, af den italienske regering ved avvocato dello Stato I. Braguglia samt af Kommissionen ved H. van Lier og D. McIntyre,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 28. november 1995,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelse af 28. juli 1993, indgået til Domstolen den 23. august 1993, har High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (herefter »Divisional Court«), i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt fire spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 8, stk. 1, i Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1, herefter »direktivet«).
- 2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag, som British Telecommunications plc (herefter »BT«) har anlagt mod Det Forenede Kongeriges regering med påstand om annullation af Schedule 2 til Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992 (herefter »1992-bekendtgørelsen«), hvorved direktivets artikel 8, stk. 1, er blevet gennemført.
- 3 I henhold til direktivets artikel 2, stk. 2, litra d), gælder direktivet bl.a. for »tilrådgighedsstillelse eller drift af offentlige telenet eller ydelse af en eller flere offentlige teletjenester«.

- 4 Ifølge artikel 2, stk. 1, litra b), gælder direktivet for ordregivere, »der ikke er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2, og som driver virksomhed på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder, der er indrømmet af en kompetent myndighed i en medlemsstat«. Endvidere præciseres det i artikel 2, stk. 3, litra a), at en ordregiver med henblik på anvendelsen af stk. 1, litra b), navnlig anses for at have særlige eller eksklusive rettigheder, »når den til opbygningen af de net eller faciliteter, der er omhandlet i stk. 2, kan benytte ekspropriation eller brugsret eller placere netudstyr på, under eller over offentlig vej«.
- 5 I artikel 2, stk. 6, hedder det: »De i bilag I-X nævnte ordregivere opfylder ovennævnte kriterier«. I bilag X, som omfatter »Ordregivere inden for telekommunikation«, anføres for Det Forenede Kongeriges vedkommende bl.a. BT, Mercury Communications Ltd (herefter »Mercury«) og City of Kingston upon Hull (herefter »Hull«).
- 6 Direktivets artikel 8 lyder således:

»1. Dette direktiv gælder ikke for kontrakter, som ordregivere ... indgår om indkøb, der udelukkende har til formål at gøre det muligt for dem at udføre en eller flere teletjenester, når andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste i samme geografiske område og på vilkår, som i det væsentlige er identiske.

2. Ordregiverne meddeler efter anmodning Kommissionen alle de tjenestekategorier, som de anser for undtaget i henhold til stk. 1. Kommissionen kan regelmæssigt i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* til orientering offentliggøre oversigter over de tjenestekategorier, som den anser for undtaget. I denne forbindelse tager Kommissionen hensyn til følsomme forretningsmæssige aspekter, som ordregiverne måtte påberåbe sig ved fremsendelsen af oplysningerne.«

7 Endelig hedder det i artikel 33, stk. 1, litra d):

»1. Ordregiverne skal opbevare formålstjenlige oplysninger angående hver kontrakt, således at de senere kan begrunde beslutningerne om

...

d) undladelse af anvendelse af bestemmelserne i afsnit II, III og IV i henhold til undtagelserne i afsnit I.«

8 I Det Forenede Kongerige er direktivets artikel 8, stk. 1, gennemført ved Regulation 7(1) i 1992-bekendtgørelsen, der lyder således:

»Nærværende regler gælder ikke for det tilfælde, at et forsyningsselskab, som er anført i Schedule 2, indhenter tilbud med henblik på indgåelse af en kontrakt, der udelukkende har til formål at gøre det muligt for selskabet at udføre en eller flere af de offentlige teletjenester, der er nævnt i det afsnit i Schedule 2, hvor forsyningsselskabet er anført.«

9 Afsnit B i Schedule 2 er opstillet således:

»British Telecommunications plc

Kingston Communications (Hull) plc

2. Alle offentlige teletjenester med undtagelse af følgende tjenester, når de Kingston Communications (Hull) plc udføres inden for det geografiske område, hvor den, der udfører tjenesterne, har autorisation som en offentlig telekommunikationsvirksomhed: almindelige taletelefonitjenester, almindelige datatransmissionstjenester, tilrådighedsstillelse af private lejede linjer og maritime tjenester«.

10 I Regulation 7(2) hedder det videre:

»En offentlig telekommunikationsvirksomhed som nævnt i Schedule 2 skal tilstille ministeren en rapport med henblik på fremsendelse til Kommissionen indeholdende en beskrivelse af de af virksomheden udførte teletjenester, som den anser for tjenester, der er nævnt i det afsnit i Schedule 2, hvor virksomheden er anført.«

11 BT er et aktieselskab, som blev oprettet den 1. april 1984 i henhold til British Telecommunications Act 1984. Selskabet fik herved overført aktiverne og alle rettigheder og forpligtelser fra det tidligere offentlige selskab, der også hed »British Telecommunications«, og som selv i medfør af British Telecommunications Act 1981 havde efterfulgt Post Office. Sidstnævnte havde indtil da haft eneret til at drive telekommunikationssystemer på næsten hele området.

12 For så vidt angår teletjenester i form af fremførelse af meddelelser via faste forbindelser (herunder taletelefoni med faste termineringspunkter) udstedte Det Forenede Kongeriges regering i medfør af Telecommunications Act 1984 de nødvendige autorisationer til BT og Mercury. Med henblik på at sikre større konkurrence

blev det ved Telecommunications Act 1984 bestemt, at der skulle ske en sammenkobling af de to net. BT og Mercury fik således eneret til at udføre teletjenester via faste forbindelser indtil 1990 (duopolperioden).

- 13 Duopolpolitikken blev opgivet inden for den pågældende sektor i begyndelsen af 1990'erne, og Det Forenede Kongeriges regering udstedte adskillige autorisationer. I 1992 kontrollerede BT imidlertid stadig 90% af telefonmarkedet, mens Mercury havde en markedsandel på 7% og de nye selskaber en andel på kun 3%. Fra 1984 til juli 1993 afhændede regeringen gradvist de aktier i BT, som den fortsat var indehaver af.
- 14 Den autorisation, der er givet BT for en periode på 25 år, pålægger selskabet at levere taletelefonitjenester overalt i Det Forenede Kongerige — med få undtagelser — til enhver, der ønsker det, selv om efterspørgselen er utilstrækkelig til at dække omkostningerne (almen leveringsforpligtelse). BT er som den eneste autorisationshaver undergivet regler om takstændringer (»price cap«).
- 15 Således som direktivets artikel 8 er blevet gennemført ved 1992-bekendtgørelsen, er næsten alle virksomheder inden for sektoren, herunder Mercury, blevet fritaget for forpligtelsen til at overholde direktivet for så vidt angår kontrakter om levering af teletjenester. Kun BT (og Hull i det område, hvor dette selskab har autorisation) er fortsat undergivet direktivets bestemmelser, dog kun for så vidt angår almindelige taletelefonitjenester, almindelige datatransmissionstjenester, tilrådighedsstillelse af private lejede linjer og maritime tjenester.
- 16 Under den af BT anlagte sag ved Divisional Court har selskabet nedlagt påstand om annullation af Schedule 2 til 1992-bekendtgørelsen under anbringende af, at Regulation 7(1) og Schedule 2 udgør en fejlagtig gennemførelse af direktivets artikel 8. BT finder således, at Det Forenede Kongeriges regering skulle have overført de i direktivets artikel 8, stk. 1, indeholdte kriterier i stedet for at anvende dem.

Ved i relation til hver enkelt ordregiver at fastlægge, hvilke af de udførte tjenester der kan opfylde kriterierne, har Det Forenede Kongeriges regering frataget BT den beslutningskompetence, direktivet giver selskabet.

- 17 BT kræver desuden erstatning for den skade, selskabet hævder at have lidt som følge af den ukorrekte gennemførelse af direktivet, nemlig de ekstra udgifter, det har haft med henblik på at overholde 1992-bekendtgørelsen. Bekendtgørelsen har i øvrigt forhindret selskabet i at indgå rentable aftaler og medført ulemper på det forretnings- og konkurrencemæssige plan som følge af den forpligtelse, selskabet i modsætning til de andre virksomheder i den pågældende sektor har til at offentliggøre sine planer om udbud af kontrakter og om indgåelse af leveringsaftaler i Tidende.
- 18 Divisional Court har besluttet at udsætte den af BT anlagte sag og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
 - »1) Skal Rådets direktiv 90/531 fortolkes således, at en medlemsstat ifølge det skøn, der er indrømmet den i medfør af EØF-traktatens artikel 189, i forbindelse med gennemførelsen af direktivets artikel 8, stk. 1, selv kan fastlægge, hvilke teletjenester fra de enkelte ordregivere der er undtaget eller ikke er undtaget i henhold til artiklen?
 - 2) a) Sigter ordene 'når andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste i samme geografiske område og på vilkår, som i det væsentlige er identiske' i artikel 8, stk. 1, alene til 'frihed' og 'vilkår' som fastsat ved lov eller administrativt?

b) Såfremt spørgsmål 2 a) besvares benægtende:

i) Hvilke andre forhold sigter de pågældende ord da til?

ii) Er en ordregivers stilling på markedet for en bestemt teletjeneste relevant for disse forhold?

iii) Såfremt ordregiverens stilling er relevant: På hvilken måde er den relevant, og under hvilke omstændigheder kan den være afgørende?

c) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 2 b), nr. ii) og iii), at ordregiveren er underlagt visse begrænsninger i henhold til administrative bestemmelser, og — i bekræftende fald — i hvilke henseender har det betydning?

3) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

a) Såfremt der er tvist mellem en ordregiver og de nationale myndigheder, som skal gennemføre artikel 8, stk. 1, hvordan skal den nationale domstol, for hvilken en sådan tvist er indbragt, da sikre, at kriterierne for anvendelsen af undtagelsen i artikel 8, stk. 1, anvendes korrekt, og skal den nationale domstol navnlig sætte sin egen bedømmelse af anvendelsen af undtagelsen i artikel 8, stk. 1, i stedet for den, der er lagt til grund af de nationale myndigheder, som skal gennemføre artikel 8, stk. 1?

b) Foreligger der en tilsidesættelse af direktiv 90/531 eller af generelle fællesskabsretlige principper, navnlig retssikkerhedsprincippet, såfremt den nationale domstol finder, at de definitioner af visse teletjenester, som de nationale myndigheder, der skal gennemføre artikel 8, stk. 1, har opstillet med henblik på afgørelsen af, om en bestemt tjeneste er omfattet af undtagelsen, er af en sådan karakter, at det er umuligt for ordregiveren at få vished for, om en bestemt tjeneste er omfattet af undtagelsen?

c) Kan en medlemsstat basere sine definitioner af visse teletjenester på beskrivelser af de tekniske midler, en tjeneste udføres ved hjælp af, i stedet for at lægge en beskrivelse af selve tjenesten til grund?

4) Har en medlemsstat, der har begået fejl i forbindelse med gennemførelsen af artikel 8, stk. 1, i Rådets direktiv 90/531, i henhold til fællesskabsretten pligt til at betale erstatning til en ordregiver for tab, som denne har lidt som følge af den pågældende fejl, og på hvilke betingelser kan der i givet fald opstå et sådant erstatningsansvar?»

Spørgsmål 1)

19 Med spørgsmål 1) ønsker Divisional Court i det væsentlige at få oplyst, om en medlemsstat ved gennemførelsen af direktivet kan fastlægge, hvilke teletjenester der falder uden for direktivets anvendelsesområde i henhold til artikel 8, stk. 1, eller om det tilkommer ordregiverne selv at fastlægge dette.

20 Den tyske, den franske og den italienske regering og Det Forenede Kongerige har anført, at direktivet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne fastlægger, hvilke teletjenester fra de enkelte ordregivere der er undtaget i henhold til artikel 8, stk. 1. Herved præciserer medlemsstaterne bestemmelsens indhold og giver mulighed for en domstolskontrol, der ellers ikke ville være mulig.

21 Den tyske regering og Det Forenede Kongerige har desuden anført, at en sådan gennemførelse af artikel 8, stk. 1, i særlig grad kan vise sig at være nødvendig, når der er uenighed mellem en medlemsstat og en ordregiver om afgrænsningen af undtagelsens rækkevidde, hvilket i øvrigt er situationen i det foreliggende tilfælde.

Den tyske regering har tilføjet, at medlemsstaterne bedre end Kommissionen kan vurdere, om der på telekommunikationsmarkedet hersker konkurrence med hensyn til en bestemt tjeneste, og at en konkretisering af artikel 8, stk. 1, fra medlemsstaternes side således giver mulighed for en mere effektiv kontrol end den, der foretages af Kommissionen på grundlag af de oplysninger, denne modtager i henhold til artikel 8, stk. 2.

- 22 Den tyske regering har endelig understreget, at det ikke på grundlag af artikel 8, stk. 2, og artikel 33, stk. 1, litra d), kan fastslås, at det kun er ordregiverne, der kan fastlægge, hvilke tjenester der skal anses for undtaget. At ordregiverne i henhold til disse bestemmelser har pligt til at give Kommissionen oplysninger om de tjenester, der er undtaget, og til at opbevare formålstjenlige oplysninger angående hver kontrakt, således at de senere kan begrunde en undladelse af at anvende direktivets afsnit II, III og IV, betyder ikke, at medlemsstaterne ikke kan anses for bemyndiget til selv at fastlægge rækkevidden af undtagelsen i henhold til artikel 8, stk. 1.
- 23 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.
- 24 Artikel 8, stk. 2, bestemmer nemlig — i øvrigt på linje med direktivets artikel 6, stk. 3, og artikel 7, stk. 2 — at ordregiverne efter anmodning skal meddele Kommissionen, hvilke tjenester de anser for undtaget i henhold til de nævnte artikler. Hvis det tilkom medlemsstaterne at fastlægge de pågældende tjenester, ville medlemsstaterne ligeledes skulle give Kommissionen meddelelse om de tjenester, der således blev holdt uden for direktivets anvendelsesområde, med henblik på at Kommissionen kunne opfylde sin forpligtelse i henhold til de nævnte stykker.
- 25 Eftersom der ikke i henhold til direktivet — således som det er tilfældet efter artikel 3, stk. 4 — gælder en sådan forpligtelse for medlemsstaterne, tilkommer det alene ordregiverne at fastlægge, hvilke tjenester der er undtaget i henhold til artikel 8, stk. 1.

- 26 En sådan fortolkning bekræftes af formålet med Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14, herefter »direktiv 92/13«), som er at sikre en tilstrækkelig retsbeskyttelse af leverandører og entreprenører i tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten på området for offentlige kontrakter (jf. den femte betragtning til direktiv 92/13).
- 27 Hvis det tilkom medlemsstaterne at beslutte at holde visse tjenester uden for direktivets anvendelsesområde, ville de erhvervsdrivende nemlig ikke kunne benytte de retsmidler, der er hjemlet i direktiv 92/13, såfremt ordregiverne overtræder fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, navnlig retten til erstatning og til de tvangsforanstaltninger, som er hjemlet i artikel 2, stk. 1, med henblik på at undgå eller standse enhver overtrædelse.
- 28 Endelig gør den anlagte fortolkning det muligt at sikre ligebehandling af ordregiverne og deres leverandører, som således er undergivet de samme regler.
- 29 Spørgsmål 1) skal herefter besvares med, at en medlemsstat ikke ved gennemførelsen af direktivet kan fastlægge, hvilke teletjenester der falder uden for direktivets anvendelsesområde i henhold til artikel 8, stk. 1, idet denne beføjelse tilkommer ordregiverne selv.

Spørgsmål 2)

- 30 Med spørgsmål 2) ønsker Divisional Court at få oplyst, om afgørelsen af, om betingelsen i artikel 8, stk. 1, om, at »andre virksomheder frit kan yde den samme

tjeneste i samme geografiske område og på vilkår, som i det væsentlige er identiske», er opfyldt, kun skal træffes efter en retlig bedømmelse, eller om der også skal lægges vægt på faktiske forhold. I sidstnævnte fald ønsker den forelæggende ret oplyst, hvilke forhold der skal tages hensyn til ved bedømmelsen af, om der faktisk er konkurrence på telekommunikationsmarkedet med hensyn til en bestemt tjeneste.

- 31 BT har anført, at betingelsen i artikel 8, stk. 1, er opfyldt, såfremt der retligt set er sikret fri konkurrence i den pågældende sektor i henhold til bestemmelser fastsat ved lov eller administrativt, uden at det er nødvendigt at undersøge, om der faktisk findes en sådan konkurrence.
- 32 Det bemærkes herved, at såvel ordlyden af artikel 8, stk. 1, som formålet med bestemmelsen er til hinder for en sådan fortolkning. Betingelsen om, at andre ordregivere skal kunne yde den samme tjeneste på vilkår, som i det væsentlige er identiske, er nemlig formuleret i generelle vendinger i artikel 8, stk. 1. Desuden anføres det i den trettende betragtning til direktivet, at ordregivernes aktiviteter for at kunne være undtaget fra direktivets anvendelsesområde skal være »undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri«.
- 33 Betingelsen i artikel 8, stk. 1, skal herefter fortolkes således, at de andre ordregivere ikke alene skal have tilladelse til at drive virksomhed på markedet for de omhandlede tjenester, hvortil adgangen ikke må være begrænset ved lov, men at de også faktisk skal være i stand til at levere de omhandlede tjenester på samme vilkår som ordregiveren.
- 34 Under disse omstændigheder skal beslutningen om at holde bestemte tjenester uden for direktivets anvendelsesområde træffes i hvert enkelt tilfælde, idet der bl.a. skal tages hensyn til alle tjenesternes særlige kendetegn, eventuelle substituerende tjenester, prisvilkårene, ordregiverens dominerende stilling på markedet og eventuelle lovbestemte begrænsninger.

- 35 Spørgsmål 2) skal herefter besvares med, at afgørelsen af, om betingelsen i direktivets artikel 8, stk. 1, om, at »andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste i samme geografiske område og på vilkår, som i det væsentlige er identiske«, er opfyldt, skal træffes efter en retlig og faktisk bedømmelse, idet der bl.a. skal tages hensyn til alle de pågældende tjenesters særlige kendetegn, eventuelle substituerende tjenester, prisvilkårene, ordregiverens dominerende stilling på markedet og eventuelle lovbestemte begrænsninger.

Spørgsmål 3)

- 36 Det er på baggrund af besvarelsen af spørgsmål 1) uforment at besvare spørgsmål 3).

Spørgsmål 4)

- 37 Med spørgsmål 4) ønsker Divisional Court at få oplyst, om en medlemsstat, der ved gennemførelsen af direktivet i national ret selv har fastlagt, hvilke tjenester fra en ordregiver der er undtaget fra direktivet i henhold til artikel 8, efter fællesskabsretten har pligt til at betale erstatning til virksomheden for tab, som denne måtte have lidt som følge af den således begåede fejl.

- 38 Indledningsvis bemærkes, at der af selve traktatens system følger et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten (dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 35, og af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 31). Heraf følger, at der gælder et sådant princip i alle tilfælde, hvor en medlemsstat har overtrådt fællesskabsretten (dommen i sagerne Brasserie du pêcheur og Factortame, jf. ovenfor, præmis 32).

- 39 I sidstnævnte dom fastslog Domstolen tillige i relation til overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes en medlemsstat, der handler på et område, hvor den har en vid skønsebeføjelse, når der skal træffes valg af normativ karakter, at fællesskabsretten anerkender en ret til erstatning, såfremt tre betingelser er opfyldt, nemlig at den bestemmelse, der er overtrådt, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at overtrædelserne er tilstrækkelig kvalificeret, og at der er en direkte årsagsforbindelse mellem statens overtrædelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab (præmis 50 og 51).
- 40 Disse betingelser skal anvendes på den situation, som den nationale ret har forelagt Domstolen, nemlig at en medlemsstat har gennemført et EF-direktiv ukorrekt i national ret. Der bør opstilles restriktive betingelser for, at medlemsstaten kan ifalde ansvar i denne situation, ud fra de samme betragtninger som dem, der ifølge Domstolens praksis begrundes restriktive betingelser for, at institutionerne eller medlemsstaterne kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold, når de udsteder generelle retsakter på områder, der henhører under fællesskabsretten, og hvor de har en vid skønsebeføjelse, idet det navnlig skal sikres, at udøvelsen af denne virksomhed ikke hindres ved udsigten til erstatningskrav, hver gang det i almenhedens interesse kræves, at institutionerne eller medlemsstaterne træffer foranstaltninger, som kan skade borgernes interesser (jf. bl.a. dom af 25.5.1978, forenede sager 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 og 40/77, HNL m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 1209, præmis 5 og 6, og dommen i sagerne Brasserie du pêcheur og Factortame, jf. ovenfor, præmis 45).
- 41 Selv om det i princippet tilkommer de nationale domstole at tage stilling til, om betingelserne for medlemsstaternes erstatningsansvar på grund af overtrædelser af fællesskabsretten er opfyldt, bemærkes, at Domstolen i nærværende sag har alle de oplysninger, der er nødvendige for at bedømme, om der kan siges at foreligge en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten.
- 42 Det fremgår af Domstolens praksis, at en overtrædelse er tilstrækkelig kvalificeret, såfremt en institution eller en medlemsstat under udøvelsen af sin kompetence til

at udstede generelle retsakter åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine beføjelser (dommen i sagen HNL m.fl. mod Rådet og Kommissionen, jf. ovenfor, præmis 6, og dommen i sagerne Brasserie du pêcheur og Factortame, jf. ovenfor, præmis 55). Den kompetente retsinstans kan i den forbindelse bl.a. tage i betragtning, hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er (dommen i sagerne Brasserie du pêcheur og Factortame, præmis 56).

- 43 I det foreliggende tilfælde bemærkes, at artikel 8, stk. 1, er upræcis og — ud over den fortolkning, Domstolen har anlagt i denne dom — med rimelighed åbnede mulighed for den fortolkning, som Det Forenede Kongerige i god tro anlagde på grundlag af argumenter, der ikke savner enhver relevans (jf. ovenfor, præmis 20, 21 og 22). Den pågældende fortolkning, som også blev anlagt af andre medlemsstater, var ikke åbenbart i strid med direktivets ordlyd eller dets formål.
- 44 Det skal endvidere navnlig bemærkes, at Det Forenede Kongerige ikke havde nogen holdepunkter i Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af den omhandlede bestemmelse, som Kommissionen heller ikke havde udtalt sig om ved vedtagelsen af 1992-bekendtgørelsen.
- 45 Under disse omstændigheder kan det forhold, at en medlemsstat ved gennemførelsen af direktivet har lagt til grund, at den selv skulle fastlægge, hvilke tjenester der er undtaget fra direktivets anvendelsesområde i henhold til artikel 8 — hvilket er i strid med bestemmelsen — ikke betragtes som en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten som omhandlet i dommen i sagerne Brasserie du pêcheur og Factortame, jf. ovenfor.
- 46 Spørgsmål 4) skal herefter besvares med, at en medlemsstat, der ved gennemførelsen af direktivet i national ret selv har fastlagt, hvilke tjenester fra en ordregiver der er undtaget fra direktivet i henhold til artikel 8, ikke efter fællesskabsretten har pligt til at betale erstatning til ordregiveren for den skade, som denne måtte have lidt som følge af den således begåede fejl.

Sagens omkostninger

- 47 De udgifter, der er afholdt af den tyske, den franske og den italienske regering og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, ved kendelse af 28. juli 1993, for ret:

- 1) En medlemsstat kan ikke ved gennemførelsen af Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation fastlægge, hvilke teletjenester der falder uden for direktivets anvendelsesområde i henhold til artikel 8, stk. 1, idet denne beføjelse tilkommer ordregiverne selv.
- 2) Afgørelsen af, om betingelsen i artikel 8, stk. 1, i direktiv 90/531 om, at »andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste i samme geografiske område og på vilkår, som i det væsentlige er identiske«, er opfyldt, skal træffes efter en retlig og faktisk bedømmelse, idet der bl.a. skal tages hensyn til alle de pågældende tjenesters særlige kendetegn, eventuelle substituerende tjenester, prisvilkårene, ordregiverens dominerende stilling på markedet og eventuelle lovbestemte begrænsninger.

- 3) En medlemsstat, der ved gennemførelsen af direktiv 90/531 i national ret selv har fastlagt, hvilke tjenester fra en ordregiver der er undtaget fra direktivet i henhold til artikel 8, har ikke efter fællesskabsretten pligt til at betale erstatning til ordregiveren for den skade, som denne måtte have lidt som følge af den således begåede fejl.

Rodríguez Iglesias

Kakouris

Edward

Puissochet

Mancini

Schockweiler

Moitinho de Almeida

Gulmann

Murray

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 26. marts 1996.

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær

Præsident