FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 28. juni 2007 [1]

I — Indledning

1. Den 27. februar 2007 fremsatte jeg forslag til afgørelse i sagen Telefónica 02 Czech Republic [2], hvori Obvodní Soud (byretten) i Prag 3 havde forelagt visse spørgsmål vedrørende telekommunikation i Den Europæiske Union. Bag kulisserne i denne sag spøgte overgangsordningen i henhold til det såkaldte »nye regelsæt« [3], som blev vedtaget den 7. marts 2002 og offentliggjort den 24. april 2002 [4]. Jeg afholdt mig dog fra at trække den frem på scenen, da en undersøgelse heraf ikke var nødvendig for, at der kunne træffes afgørelse i hovedsagen.

2. Bundesverwaltungsgericht (den øverste forvaltningsdomstol) i Tyskland har nu i medfør af artikel 234 EF sat scenen til en undersøgelse med den nævnte overgangsordning i en hovedrolle med henblik på en afklaring af omfanget af den pligt, som rammedirektivets artikel 27, stk. 1, og forsyningspligtdirektivets artikel 16, stk. 1, litra a), pålægger medlemsstaterne til foreløbig at bibeholde de forpligtelser, som visse operatører er pålagt i henhold til den tidligere ordning.

3. Bundesverwaltungsgericht er i tvivl om, hvorvidt en sådan bibeholdelse omfatter forpligtelser, som følger direkte af loven, eller derimod kun forpligtelser, der følger af en individuel retsakt. Bundesverwaltungsgericht ønsker således oplyst, om kravet om bibeholdelse omfatter regler om forudgående godkendelse af takster for taletelefonitjenester til slutbrugere, der præsteres af en virksomhed med en markedsdominerende stilling (første spørgsmål).

4. Selv om den forelæggende ret fastslår, at rammedirektivets artikel 27 og forsyningspligtdirektivets artikel 16 ikke foreskriver, at lovbestemte forpligtelser bibeholdes, ønsker

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Der er afsagt dom i sagen den 14.6.2007 (sag C-64/06, Sml. I, s. 4887).

3 — Dette regelsæt omfatter fire direktiver vedtaget af Europa-Parlamentet og Rådet, nemlig direktiv 2002/19/EF om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet), direktiv 2002/20/EF om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet), direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) og direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet).

4 — EFT L 108, s. 7, 21, 33 og 51.

den under alle omstændigheder oplyst, om sådanne forpligtelser i medfør af disse bestemmelser *kan* bibeholdes, fordi bestemmelserne ikke foreskriver en fuldstændig harmonisering, men overlader medlemsstaterne en tilstrækkelig skønsmargin (andet spørgsmål).

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

5. Fællesskabets intervention i telekommunikationssektoren er sket i to faser, hvor den første startede i begyndelsen af 1990'erne med bestræbelser på at gøre markederne mere fleksible og harmonisere de nationale lovgivninger, og den anden, som blev indledt, efter at betingelserne for en effektiv konkurrence var skabt [5], udmøntede sig i det nævnte »nye regelsæt« [6].

6. Mellem disse to faser blev Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/10/EF af 26. februar 1998 om ONP-vilkår for taletelefonitjenesten og om udbud af forsyningspligtydelser på teleområdet under konkurrenceforhold [7] vedtaget. Dette direktivs artikel 17 bestemte under overskriften »Takstprincipper«, at de nationale tilsynsmyndigheder skulle sikre, at virksomheder med en stærk markedsposition fastsatte omkostningsægte takster (stk. 1 og 2) [8], som var uafhængige af det formål, abonnenten anvender nettet til, medmindre anvendelsesformålet krævede andre tjenester eller faciliteter, og i så fald skulle taksterne fastsættes særskilt (stk. 3 og 4). Takstændringer måtte først gennemføres efter udløbet af en passende offentlig bekendtgørelsesfrist (stk. 5). Endelig kunne medlemsstaterne dispensere fra disse krav i et givet geografisk område, hvis der i det pågældende område var en reel konkurrence (stk. 6).

7. Det »nye regelsæt« for telekommunikation bevarer — for at »sikre sammenhængen med eksisterende ordninger og undgå huller i lovgivningen« (betragtning 12 til adgangsdirektivet) — de forpligtelser, der følger af de tidligere bestemmelser, indtil en revurdering er foretaget.

5 — Udbuddet af teletjenester og -infrastruktur i Fællesskabet blev fuldstændigt liberaliseret pr. 1.1.1998 med overgangsperioder for visse medlemsstater.

6 — Jeg har redegjort for denne udvikling i mit forslag til afgørelse i sagen Nuova società di telecomunicazioni (dom af 18.7.2006, sag C-339/04, Sml. I, s. 6917), punkt 3-6, og i sagen Telefónica 02 Czech Republic, punkt 4-7.

7 — EFT L 101, s. 24.

8 — Der henvises i artikel 17, stk. 2, til de harmoniserede takstprincipper, som er opstillet i punkt 4 i bilag II til Rådets direktiv 90/387/EØF af 28.6.1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net ONP (Open Network Provision — tilrådighedsstillelse af åbne net) (EFT L 192, s. 1).

8. Med henblik herpå bestemmes det generelt i rammedirektivets artikel 27, stk. 1, at medlemsstaterne skal bibeholde »alle i artikel 7 i [adgangsdirektivet][9] og i artikel 16 i [forsyningspligtdirektivet] omhandlede forpligtelser i henhold til national lov, indtil der af en national tilsynsmyndighed træffes afgørelse om disse forpligtelser som foreskrevet i dette direktivs artikel 16«.

9. I artikel 16, stk. 1, i forsyningspligtdirektivet bestemmes det konkret, at medlemsstaterne skal opretholde alle forpligtelser vedrørende

»a) detailtakster for udbud af adgang til og anvendelse af det offentlige telefonnet, jf. artikel 17 i [...] direktiv 98/10/EF

[...]

indtil disse forpligtelser er blevet revurderet, og der er truffet afgørelse herom i henhold til proceduren i stk. 3«.

10. I artikel 16, stk. 3, henvises der til proceduren i artikel 16 i rammedirektivet, hvorefter de nationale tilsynsmyndigheder i samarbejde med de nationale konkurrencemyndigheder skal analysere de relevante markeder (stk. 1) med henblik på at afgøre, på hvilke markeder der er reel konkurrence, og på hvilke der ikke er det, således at tilsynsmyndigheden kan ophæve eksisterende forpligtelser for dominerende virksomheder på de førstnævnte markeder og opretholde eller ændre sådanne forpligtelser på de sidstnævnte markeder (stk. 2-4).

B — *De tyske bestemmelser*

11. I § 25, stk. 1, i Telekommunikationsgesetz (lov om telekommunikation, herefter »TKG«) af 25. juli 1996[10] var det under henvisning til samme lovs § 24 og §§ 27-31 fastsat, at de takster, som dominerende virksomheder ønskede at opkræve hos slutbrugerne for telefonitjenester, samt de øvrige vilkår i henhold til almindelige aftalebetingelser skulle godkendes administrativt. I henhold til § 24, stk. 1, skulle taksterne være relateret til omkostningerne vedrørende ydelsen.

9 — Denne artikel omhandler forpligtelser i forbindelse med adgang og samtrafik for virksomheder, der udbyder offentlige kommunikationsnet og/eller tjenester.

10 — BGBl I, s. 1120.

12. Ifølge § 150, stk. 1, i TKG af 22. juni 2004 [11] er afgørelser om forpligtelser, der påhviler dominerende virksomheder i henhold til TKG fra 1996, fortsat gældende, indtil de erstattes af nye afgørelser i henhold til anden del i TKG fra 2004, som indeholder bestemmelser om, hvordan markeder afgrænses og analyseres.

III — De faktiske omstændigheder og hovedsagen

13. Deutsche Telekom AG er et teleselskab, som driver virksomhed i Tyskland, hvor det via et fast net udbyder taletelefonitjenester.

14. Den 8. juni 2004 traf Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (den tyske tilsynsmyndighed for telekommunikation og post) [12] afgørelse om, at Deutsche Telekoms takster og hertil knyttede vilkår i henhold til almindelige aftalebetingelser skulle godkendes i henhold til § 25, stk. 1, i TKG fra 1996.

15. Efter at TKG fra 2004 var trådt i kraft, anlagde Deutsche Telekom sag under påberåbelse af lovens § 150, stk. 1, idet virksomheden påstod, at de forpligtelser, der var pålagt den ved afgørelsen af 8. juni 2004, ikke længere er gyldige.

16. Verwaltungsgericht Köln (forvaltningsdomstolen i Köln) gav ved dom af 15. september 2005 Deutsche Telekom medhold med den begrundelse, at overgangsbestemmelsen i § 150, stk. 1, i TKG fra 2004 alene omfatter forpligtelser, hvis fuldbyrdelse ikke kræver yderligere gennemførelsesakter, og som uden videre kan fuldbyrdes, hvilket ikke er tilfældet for forpligtelsen i henhold til § 25, stk. 1, i TKG fra 1996.

17. Den sagsøgte myndighed har anlagt revisionsappel ved Bundesverwaltungsgericht, hvorunder myndigheden har gjort gældende, at de tidligere pålagte forpligtelser er gældende, indtil der i henhold til TKG fra 2004 er truffet afgørelse om, hvorvidt der skal indhentes godkendelse af kundetakster.

IV — De præjudicielle spørgsmål

18. Den forelæggende ret finder, at Deutsche Telekoms påstand ikke har støtte i tysk ret [13],

11 — BGBl I, s. 1190.

12 — Nu Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (forbundsorgan for elektricitets-, gas-, telekommunikations-, post- og jernbanenet).

13 — Efter de gængse fortolkningskriterier (ordlydsfortolkning, systematisk fortolkning og fra formålsfortolkning) er den forpligtelse til godkendelse i henhold til § 25, stk. 1, i TKG fra 1996, der konstateres i afgørelsen af 8.6.2004, omfattet af overgangsbestemmelsen i § 150, stk. 1, i TKG fra 2004.

men nærer tvivl om, hvorvidt den kan finde støtte i fællesskabsretten, og den har derfor udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 27, stk. 1, i [rammedirektivet] og artikel 16, stk. 1, litra a), i [forsyningspligtdirektivet] fortolkes således, at et lovbestemt krav i henhold til tidligere national ret om godkendelse af takster for taletelefonitjenester, der præsteres af en virksomhed med en markedsdominerende stilling, samt følgelig også en forvaltningsakt, hvori denne forpligtelse fastslås, foreløbig skal bibeholdes?

Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende:

2) Er fællesskabsretten til hinder for en så omfattende bibeholdelse?«

V — Retsforhandlingerne ved Domstolen

19. Forelæggelseskendelsen blev indgivet til Domstolens Justitskontor den 15. juni 2006. Der er indgivet skriftlige indlæg af den tyske, den belgiske, den italienske og den litauiske regering, parterne i hovedsagen og Kommissionen. Under retsmødet den 7. juni 2007 blev der givet møde af parterne i hovedsagen og Kommissionen.

VI — Gennemgang af de præjudicielle spørgsmål

A — *Det første præjudicielle spørgsmål*

20. Endnu en gang spiller tiden en væsentlig rolle i en sag, som verserer for Domstolen [14]. Hovedgenstanden for forelæggelsen omfatter i virkeligheden to problemer. Det ene er spørgsmålet, om det er forpligtelser af enhver art, som i henhold til den tidligere ordning påhviler en markedsdominerende virksomhed, der fortsat er gældende, indtil der er

14 — »At alt i dette liv skulle vare evigt og i samme tilstand, er en forfængelig tanke. [...] Kun menneskelivet går mod sin afslutning på lettere fjed end tiden [...]« (Miguel de Cervantes Saavedra, *Den sindrige ridder Don Quixote de la Mancha*, oversat fra spansk af Rigmor Kappel Schmidt, bind II, kapitel LIII, forlaget Centrum, 1999, s. 456).

truffet en individuel afgørelse herom, eller om den foreløbige gyldighed ikke omfatter forpligtelser, som følger af en lovbestemmelse, og som derfor har en generel og abstrakt karakter. Svaret på dette spørgsmål afhænger af, hvordan man fortolker artikel 27, stk. 1, i rammedirektivet, og artikel 16, stk. 1, litra a), i forsyningspligtdirektivet.

21. Det andet problem vedrører § 25, stk. 1, i TKG fra 1996 og går på, om kravet om godkendelse af de takster, som en virksomhed med en dominerende stilling på markedet for taletelefoni opkræver af sine kunder, udgør en forpligtelse, som i henhold til de nævnte bestemmelser i rammedirektivet og forsyningspligtdirektivet — som også ligger til grund for § 150, stk. 1, i TKG fra 2004 — skal bibeholdes under den nye ordning.

22. Før vi går videre, skal jeg for at afgrænse diskussionen i denne præjudicielle sag afvise det nye synspunkt, som Deutsche Telekom gav udtryk for under retsmødet, nemlig at der ikke bør fokuseres på formen af den retsakt (generel bestemmelse eller individuel retsakt), hvorved forpligtelserne pålægges de dominerende virksomheder, men på dens materielle indhold. Deutsche Telekom mener i denne forbindelse, at den tyske lovgiver med kravet om godkendelse af taletelefonitakster er gået videre, end formålet med fællesskabsbestemmelsen tilsiger. Virksomheden fjerner sig med denne opfattelse fra emnet, således som det er formuleret i det præjudicielle spørgsmål, og ser bort fra rækkevidden af artikel 17 i direktiv 98/10, som overlader det til de nationale tilsynsmyndigheder at sikre, at virksomheder, som har en stærk markedsposition, fastsætter taksterne på grundlag af omkostningerne, uden at der herved indføres et krav om efterfølgende kontrol eller et forbud mod forudgående kontrol. På dette punkt har de statslige organer valgfrihed.

23. Jeg skal, ligeledes i forlængelse af den mundtlige forhandling, tilføje et par supplerende bemærkninger: Det ser ikke ud til, at analysen af de tyske markeder har trukket unødvendigt ud, den forelæggende ret — som skal fastlægge hovedsagens faktiske omstændigheder — har ikke taget denne mulighed i betragtning, og der er taget højde for en sådan situation i selve fællesskabsbestemmelserne (rammedirektivets artikel 7, stk. 6).

1. Nødvendige indledende bemærkninger

24. Jeg skal indledningsvis fremhæve tre forhold, som ikke er omtvistede i sagen: Deutsche Telekom indtager en privilegeret stilling på det nationale marked, virksomhedens påstand finder ikke støtte i hverken almindelige eller forfatningsretlige tyske bestemmelser, og TKG fra 2004 er vedtaget med henblik på at gennemføre Det Europæiske Fællesskabs »nye regelsæt« for telekommunikation.

25. Det første forhold indebærer, at den omhandlede virksomhed befinder sig i en faktisk situation, som er omfattet af overgangsbestemmelserne i både fællesskabsretten og national ret, som begge finder anvendelse på virksomheder i Deutsche Telekoms kategori [15].

26. Det andet forhold understreger, at Bundesverwaltungsgerichts formulering af problemstillingen er korrekt. Retten ser via sin fortolkning af national ret klart hovedproblemet i tvisten, men nærer tvivl om, hvorvidt den løsning, den når frem til, er i overensstemmelse med fællesskabsretten, og den har derfor forelagt spørgsmålet for Domstolen.

27. Det tredje forhold er, at TKG fra 2004 gennemfører de direktiver, der blev vedtaget i 2002, og retningslinjerne for fortolkningen af rammedirektivets artikel 27 og forsyningspligtdirektivets artikel 16 kan derfor overføres til denne lovs § 150. Denne tanke kommer også til udtryk i selve forelæggelseskendelsen, hvor der i præmis 22-53 fremføres forskellige argumenter til støtte for, at Deutsche Telekoms påstand bør forkastes på grundlag af national ret, hvorefter der (i præmis 63-74) ved anvendelse af lignende kriterier, men dog med større forsigtighed antydes et tilsvarende resultat, når problemet belyses i forhold til fællesskabsretten. Bundesverwaltungsgericht giver således Domstolen et forslag til en løsning, som de parter, der har indgivet skriftlige indlæg for Domstolen, meget betegnende har tilsluttet sig.

28. I denne situation opnås den fulde værdi af den præjudicielle dialog, som langt fra blot er en forespørgsel, hvor en dommer nøjes med at spørge og afvente en anden dommers svar. Den præjudicielle procedure er tværtimod opbygget som en egentlig dialog, en samtale, hvor samtaleparterne fremfører deres synspunkter, men hvor den ene part — af institutionelle grunde og på grund af hensynet til en ensartet anvendelse af reglerne — har det sidste ord, men træffer sin afgørelse under hensyntagen til andres opfattelse. Bundesverwaltungsgericht anvender i forelæggelseskendelsen en hensigtsmæssig metode, som jeg — ligesom de øvrige deltagere i diskussionen har gjort — vil tage til mig og benytte i de følgende afsnit, således at jeg kan nå frem til en løsning, som alle, dog af indlysende grunde med undtagelse af Deutsche Telekom, kan acceptere.

2. Karakteren af de forpligtelser, som overgangsordningen omfatter

29. Uanset hvilken fortolkningsmetode man vælger (ordlydsfortolkning, systematisk fortolkning, historisk fortolkning eller formålsfortolkning), bliver resultatet det samme:

15 — I artikel 27, stk. 1, i rammedirektivet henvises der til artikel 16 i forsyningspligtdirektivet vedrørende detailtakster fastsat i overensstemmelse med artikel 17 i direktiv 98/10; i sidstnævnte bestemmelse opstilles en række betingelser, som organisationer med en stærk markedsposition skal overholde.

Artikel 27, stk. 1, i rammedirektivet og artikel 16, stk. 1, litra a), i forsyningspligtdirektivet henviser til forpligtelser i henhold til tidligere national ret, uanset om disse forpligtelser følger af en abstrakt og generel bestemmelse eller af en konkret og individuel forvaltningsakt.

a) Ordlyden af de bestemmelser, der skal fortolkes

30. Artikel 27, stk. 1, i rammedirektivet bestemmer uden nærmere enkeltheder, at »[m]edlemsstaterne bibeholder *alle* [...] *forpligtelser i henhold til national lov*«, som er omhandlet i artikel 7 i adgangsdirektivet og i artikel 16, stk. 1, i forsyningspligtdirektivet. I artikel 16, stk. 1, litra a), i sidstnævnte direktiv bestemmes det med en tilsvarende formulering, at forpligtelser vedrørende tale-telefonitakster foreløbig skal opretholdes [16]. Ingen af de to bestemmelser indeholder nogen form for nuancering, og når der ikke sondres i loven, skal der heller ikke sondres ved fortolkningen *(ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus)*. Det kan således lægges til grund, at fællesskabslovgiver, således som det fremgår af den valgte formulering, ønsker foreløbigt at opretholde de forpligtelser, som er pålagt i henhold til den tidligere ordning, uanset deres karakter.

31. Det er uden betydning for denne fortolkning, som er i overensstemmelse med ordlyden af bestemmelserne, at det straks efter heri bestemmes, at det påhviler den nationale tilsynsmyndighed at bringe den midlertidige situation til ophør ved at træffe afgørelse om de tidligere pålagte forpligtelser efter at have foretaget en markedsanalyse som omhandlet i rammedirektivets artikel 16. Deutsche Telekom har anført, at hvis disse myndigheder skal træffe afgørelse om opretholdelse af sådanne forpligtelser, må det antages, at de omtvistede bestemmelser forudsætter, at de er pålagt individuelt af dem selv, for de har ikke kompetence i forhold til afgørelser, som er truffet af organer med lovgivende eller regeludstedende beføjelser.

32. Det synspunkt, som sagsøgeren i hovedsagen giver udtryk for, bygger på en fejlagtig forudsætning, idet de nationale tilsynsmyndigheder herved tildeles en rolle, som de ikke har i henhold til hverken rammedirektivet eller forsyningspligtdirektivet. Ifølge affattelsen af disse direktivers artikel 27, stk. 1, henholdsvis artikel 16, stk. 1 og 3, fortrænger disse myndigheder således ikke lovgiver, men gennemfører loyalt lovgivers beslutninger efter en nøje beskrevet procedure (jf. punkt 10 ovenfor), som — alt efter resultatet — fører til opretholdelse, ændring eller endelig ophævelse af forpligtelser i henhold til en ordning, som med ikrafttrædelsen af det »nye regelsæt« ikke længere er gældende.

33. Formålet med denne procedure, som omfatter en markedsanalyse, er at ophæve

16 — *Toutes les obligations* eller *l'ensemble des obligations* i den franske udgave af de respektive direktiver, *all obligations* i den engelske udgave, *alle Verpflichtungen* i den tyske udgave og *tutti gli obblighi* i den italienske udgave.

forpligtelser, som tidligere er pålagt dominerende virksomheder, på markeder med stærk konkurrence og opretholde eller ændre dem på andre markeder, og der er således tale om en foranstaltning, som berører sådanne forpligtelser, uafhængigt af om de følger af en lovbestemmelse eller en individuel forvaltningsakt. En forpligtelse, som direkte følger af lovbestemmelsen, kan — i overensstemmelse med lovgivers retningslinjer — erstattes af en anden, individuelt pålagt forpligtelse. Den tyske regering har med rette anført (punkt 14 i regeringens skriftlige indlæg), at intet er til hinder for, at lovgiver betinger en lovs fortsatte virkning af en beslutning fra en udøvende myndighed, såfremt — kan jeg her tilføje — forfatningsmæssige forbehold ikke forhindrer dette.

34. De nationale tilsynsmyndigheder efterlever med andre ord rammedirektivet og forsyningspligtdirektivet, når de på grundlag af objektive oplysninger, som er fremkommet under en bestemt procedure, bringer en overgangssituation til ophør, som skal erstattes af den situation, som følger af den nugældende ordning, idet de relevante forpligtelser enten opretholdes, om end med et andet præg, ændres eller simpelthen ophæves. Det er indlysende, at tilsynsmyndighederne ikke trænger ind på et område, hvor de ikke har kompetence, men handler på opfordring af indehaveren af kompetencen på området.

b) Systematisk gennemgang

35. Ønsket om at undgå huller i lovgivningen ved at indarbejde forpligtelser i henhold til den tidligere ordning i den nye, med forbehold af en snarlig revurdering af disse forpligtelser, ligger til grund for det »nye regelsæt«. Dette kommer bl.a. til udtryk i betragtning 12 til og artikel 7 i adgangsdirektivet, som hviler på den samme grundtanke som artikel 27 i rammedirektivet og artikel 16 i forsyningspligtdirektivet, for så vidt som de bestemmer, at visse forpligtelser i henhold til de tidligere direktiver foreløbig skal bibeholdes.

36. De henviser navnlig til artikel 4, 6, 7, 8, 11, 12 og 14 i direktiv 97/33/EF [17], til artikel 16 i direktiv 98/10 og til artikel 7 og 8 i direktiv 92/44/EØF [18]. Nogle af disse bestemmelser, som f.eks. artikel 4 i direktiv 97/33, skaber umiddelbart forpligtelser for virksomhederne, mens det i andre, som f.eks. artikel 6, 7, 8, 11, 12 og 14 i direktiv 97/33, artikel 7 og 8 i direktiv 92/44 og artikel 16 i direktiv 98/10, overlades til medlemsstaterne at pålægge forpligtelserne. Inden for sidstnævnte gruppe henvises der i flere af bestemmelserne uspecifikt til statslige myndigheder (artikel 6, 7 og 8 i det første direktiv og artikel 7 og 8 i det andet) [19], mens de nationale tilsynsmyndigheder udtrykkeligt nævnes i andre (artikel 11, 12 og 14 i direktiv 97/33 og artikel 16 i direktiv 98/10).

17 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 30.6.1997 om samtrafik på teleområdet med henblik på at sikre forsyningspligtydelser og interoperabilitet ved anvendelse af ONP-principperne (EFT L 199, s. 32).

18 — Rådets direktiv af 5.6.1992 om etablering af ONP-vilkår for faste kredsløb (EFT L 165, s. 27).

19 — Heri anvendes formuleringerne »[m]edlemsstaterne sikrer« og »[m]edlemsstaterne kræver«.

37. Disse foranstaltninger synes således at sigte mod individuelle akter, men omfatter også generelle krav, idet forpligtelserne kan være pålagt på den ene eller den anden måde, alt efter kompetencefordelingen inden for de enkelte forfatningsretlige systemer.

38. Dette bekræftes, hvis man i stedet for at fokusere på bestemmelser uden for direktiverne ser på bestemmelserne i selve disse og navnlig i forsyningspligtdirektivet, som indeholder den mest specifikke af de to bestemmelser, som den præjudicielle forelæggelse vedrører, nemlig artikel 16, som der henvises til i artikel 27 i rammedirektivet. Faktum er, at det i betragtning 28 til forsyningspligtdirektivet anbefales fortsat at anvende »gældende bestemmelser« om minimumssættet af faste kredsløbstjenester, indtil de nationale tilsynsmyndigheder har foretaget den relevante markedsanalyse og på grundlag heraf taget stilling til, om de fortsat er nødvendige. Som anført af den tyske regering henstilles det desuden i bilag VII til samme direktiv at bibeholde de i direktiv 92/44 fastsatte vilkår for udbud af et minimumssæt af faste kredsløb, som ubestridt har en abstrakt og generel karakter, indtil det konstateres, at der er reel konkurrence på markedet.

39. For at runde af, og idet jeg fokuserer undersøgelsen på artikel 16 i forsyningspligtdirektivet, kan det endelig konstateres, at medlemsstaterne foreløbig skal opretholde både lovbestemte forpligtelser og forpligtelser, som følger af en gennemførelsesakt. Artikel 16, stk. 1, litra c), henviser til forpligtelser vedrørende faste kredsløb pålagt i henhold til artikel 3, 4, 6, 7, 8 og 10 i direktiv 92/44, som utvivlsomt har normativ karakter. Som eksempler kan nævnes artikel 8, som pålægger medlemsstaterne at sikre, at deres nationale myndighedsorgan fastlægger egnede og gennemsigtige procedurer til kontrol af, om virksomhederne overholder forpligtelserne vedrørende adgang til og brug af faste kredsløb, og artikel 6, hvorefter det skal fremgå af de nationale bestemmelser, hvilke hensyn til almenhedens interesse (»væsentlige krav«) [20] der begrunder restriktioner for brugen af faste kredsløb.

c) Det historiske kriterium

40. Den tyske regering har henvist til tilblivelseshistorien bag det »nye regelsæt«, som blev vedtaget i 2002, og fremlagt nogle oplysninger, som er nyttige i forbindelse med bedømmelsen.

20 — Dette begreb defineres i artikel 2, nr. 6, i direktiv 90/387 som »ikke-økonomiske hensyn til almenhedens interesse, der kan foranledige en medlemsstat til at begrænse adgangen til det offentlige telenet eller de offentlige teletjenester. Nettets driftssikkerhed og integritet, samt i begrundede tilfælde driftskompatibilitet mellem tjenester og databeskyttelse, udgør sådanne hensyn. Databeskyttelsen kan omfatte beskyttelse af personlige oplysninger, fortroligheden af informationer, der er transmitteret eller oplagret, samt beskyttelse af privatlivet«.

41. Det er rigtigt, at forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester af 12. juli 2000 [21] ikke indeholdt bestemmelser vedrørende det tidsmæssige aspekt, i henhold til hvilke bestående situationer efter de hidtidige regler ville kunne opretholdes under den nye ordning. Det Økonomiske og Sociale Udvalg foreslog imidlertid i sin udtalelse om Kommissionens forslag [22] en overgangsordning, som ville indebære, at den »[da]-gældende lovgivning« skulle anvendes, indtil den første markedsanalyse var gennemført (punkt 4.4). Dette forklarer bestemmelsen i rammedirektivets artikel 27, stk. 1, som pålægger medlemsstaterne at bibeholde forpligtelser i henhold til »national lov«, indtil en national tilsynsmyndighed har truffet afgørelse om disse forpligtelser som foreskrevet i samme direktivs artikel 16, dvs. efter at den nævnte markedsanalyse er foretaget. Med denne forhistorie er det ubestrideligt, at artikel 27 omfatter enhver type forpligtelser, hvad enten de følger direkte af en lovbestemmelse eller er pålagt ved en forvaltningsakt.

42. Disse overvejelser letter forståelsen af forarbejderne til forsyningspligtdirektivet, som er mindre klare på dette punkt. I Kommissionens forslag, som blev vedtaget den 12. juli 2000 [23], var det i artikel 16, stk. 1, bestemt, at medlemsstaterne skulle opretholde »gældende« forpligtelser vedrørende detailtakster, som var fastlagt i artikel 17 i direktiv 98/10, indtil der var truffet en afgørelse herom på grundlag af markedsanalyser. Ordet »gældende« er ikke med i den endelige affattelse af bestemmelsen, og selv om det ikke er afgørende, så viser anvendelsen af det hensigten med teksten, for betegnelsen »gældende« forbindes normalt med noget af normativ karakter, som f.eks. love, forskrifter, vedtægter og retssædvane. Man kunne hævde, at udeladelsen af dette ord i den endelige tekst er udtryk for, at det har været hensigten kun at lade individuelt pålagte forpligtelser være omfattet, men tvivlen ryddes af vejen ved et blik på artikel 17 i direktiv 98/10, som indeholder en procedure for fastsættelse af forpligtelser og begrænsninger, som skal pålægges dominerende virksomheder (anvendelse af omkostningsægte takster, fastsættelse af disse takster uafhængigt af anvendelsesformålet, overholdelse af en offentlig bekendtgørelsesfrist for ikrafttrædelse af takstændringer).

d) Formålsfortolkning

43. Det »nye regelsæt« for telekommunikation afspejler et ønske om at tilgodese

21 — KOM(2000) 393 endelig (EFT C 365 E, s. 198).

22 — EFT 2001 C 123, s. 56.

23 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, KOM(2000) 392 endelig (EFT C 365 E, s. 238).

retssikkerheden og den gnidningsløse kontinuitet mellem fortid og fremtid. Dette kommer til udtryk i forsyningspligtdirektivets artikel 16, adgangsdirektivets artikel 7 og rammedirektivets artikel 27, som under henvisning til de to førstnævnte bestemmelser og placeret efter bestemmelserne i artikel 26 om ophævelse af det tidligere gældende regelsæt, forlænger de forpligtelser, som er fastsat i henhold til den tidligere ordning, indtil forholdene på markederne er undersøgt. Denne foranstaltning skyldes, at den nye ordnings fulde funktion kræver udarbejdelse af komplicerede procedurer med koordineret deltagelse af forskellige aktører, og der er derfor behov for en vis tid for at sikre ordningens stabilitet [24].

44. Denne begrundelse fremgår ikke udtrykkeligt af rammedirektivet og forsyningspligtdirektivet, som dette præjudicielle spørgsmål vedrører, men kommer eksplicit til udtryk i adgangsdirektivet, hvor der i betragtning 12, som en foregribelse af artikel 7, henvises til nødvendigheden af at undgå huller i lovgivningen. Som jeg allerede har nævnt, kræver dette hensyn, at eksisterende forpligtelser bibeholdes, uanset oprindelse. Hvis konvergensen mellem tele-, medie- og IT-sektoren forudsætter et fælles regelsæt, således som det anerkendes i betragtning 5 til rammedirektivet, ville det være ulogisk, hvis overgangsbestemmelserne for adgang og samtrafik (artikel 7 i adgangsdirektivet) havde en anden rækkevidde end overgangsbestemmelserne for takster [artikel 16, stk. 1, litra a), i forsyningspligtdirektivet]. Dette forklarer, at rammedirektivets artikel 27, stk. 1, med bestemmelsen om bibeholdelse af allerede pålagte forpligtelser i henhold til national lov både omfatter de forpligtelser, der nævnes i adgangsdirektivets artikel 7, og de forpligtelser, der nævnes i forsyningspligtdirektivets artikel 16.

45. Det er endvidere med rette, at den tyske regering har anført, at hvis man ønsker at bane vejen for en gnidningsløs gennemførelse af det »nye regelsæt«, bør man i overensstemmelse med effektivitetsprincippet bibeholde alle tidligere foranstaltninger uden forskel.

46. Uanset hvilken fortolkningsmetode der vælges, omfatter artikel 27, stk. 1, i rammedirektivet og artikel 16, stk. 1, litra a), i

24 — I rammedirektivets artikel 16, som der henvises til i samme direktivs artikel 27, i forsyningspligtdirektivets artikel 16 og i adgangsdirektivets artikel 7, skitseres en procedure, der, eventuelt i samarbejde med de nationale konkurrencemyndigheder (artikel 16, stk. 1), gennemføres efter de retningslinjer, som Kommissionen opstiller i henhold til rammedirektivets artikel 15, stk. 2, og under overholdelse af de regler, som den pågældende nationale myndighed offentliggør med henblik på at sikre hørings- og transparenskriterierne (rammedirektivets artikel 6), i samarbejde med den nævnte institution og de relevante myndigheder i de andre medlemsstater (rammedirektivets artikel 7, stk. 3-5). På grund af denne kompleksitet fastslog jeg i mit forslag til afgørelse i sagen Telefónica 02 Czech Republic, at de nævnte bestemmelser ikke opfylder betingelserne for at have direkte virkning (punkt 45).

forsyningspligtdirektivet kort sagt samtlige de forpligtelser, som virksomhederne er pålagt i henhold til den tidligere ordning, uanset oprindelse, eller med andre ord uafhængigt af, hvilket instrument den enkelte medlemsstat vælger med henblik på at gennemføre de fællesskabsretlige harmoniseringsforanstaltninger [25]. Deutsche Telekoms synspunkt ville føre til, at virksomheder, som befinder sig i den samme faktiske situation, ville være underlagt forskellige ordninger, alt efter i hvilken medlemsstat de driver virksomhed, hvilket ville være i strid med telekommunikationsdirektiverne og med grundlaget for fællesskabsretten i almindelighed.

3. Kravet om administrativ godkendelse af takster

47. Det spørgsmål står herefter tilbage, om en bestemmelse som § 25, stk. 1, i TKG fra 1996, hvorefter de takster, som dominerende virksomheder ønsker at opkræve hos slutbrugerne for telefonitjenester, skal godkendes administrativt, er i overensstemmelse med artikel 27, stk. 1, i rammedirektivet og artikel 16, stk. 1, litra a), i forsyningspligtdirektivet.

25 — I dommen af 8.12.2005 i sagen Kommissionen mod Luxembourg (sag C-33/04, Sml. I, s. 10629), præmis 54-60, anlægges også en vid fortolkning af overgangsbestemmelserne.

48. Sidstnævnte bestemmelse foreskriver opretholdelse af forpligtelser, som følger af artikel 17 i direktiv 98/10, hvorefter de nationale tilsynsmyndigheder skal sikre, at organisationer med en stærk markedsposition overholder bestemmelserne i denne artikel (stk. 1) og navnlig princippet om omkostningsægthed (stk. 2).

49. I § 25 i TKG fra 1996 var der henvist til samme lovs § 24, som bestemte, at taksterne skulle være relateret til omkostningerne vedrørende ydelsen. På denne baggrund er der ingen grund til ikke at betragte den som en bestemmelse, der gennemfører artikel 17 i direktiv 98/10. I overensstemmelse med artikel 27, stk. 1, i rammedirektivet og artikel 16, stk. 1, litra a), i forsyningspligtdirektivet skal bestemmelsen således fortsat have virkning, indtil den relevante analyse af det tyske marked er gennemført, og graden af konkurrence fastslået, således at konsekvenserne heraf kan drages i form af enten opretholdelse, ændring eller ophævelse af de forpligtelser, som er pålagt de markedsdominerende virksomheder.

50. Kravet om, at de takster, som opkræves af en sådan virksomhed, der opfylder betingelserne i § 24 ff. i TKG fra 1996, godkendes af den kompetente myndighed, sikrer faktisk overholdelsen af artikel 17 i direktiv 98/10 (bestemmelsens stk. 1), navnlig for så vidt som taksterne skal være omkostningsrelaterede (stk. 2).

51. Kommissionen rammer plet med bemærkningen om, at hvis taksterne i overgangsperioden ikke var undergivet administrativ kontrol, ville det være vanskeligt at afgøre, om de er omkostningsægte, og den tilstræbte kontinuitet uden uønskede afbrydelser ville blive bragt i fare i perioden, indtil den nødvendige markedsanalyse er gennemført.

52. Forpligtelsen til godkendelse i § 25 i TKG fra 1996 følger således af artikel 17 i direktiv 98/10, og den skal derfor i overensstemmelse med artikel 27, stk. 1, i rammedirektivet og artikel 16, stk. 1, litra a), i forsyningspligtdirektivet foreløbig bibeholdes.

53. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål med, at de nævnte bestemmelser indebærer, at gyldigheden af en lovbestemmelse i henhold til tidligere national ret om pligt til administrativ godkendelse af detailtakster for taletelefonitjenester, som opkræves af en dominerende virksomhed, samt den forvaltningsakt, der gennemfører bestemmelsen, skal bibeholdes i en overgangsperiode.

B — *Det andet præjudicielle spørgsmål: et overflødigt spørgsmål*

54. Med sit andet og subsidiære spørgsmål ønsker den tyske ret oplyst, om fællesskabsretten, såfremt artikel 27, stk. 1, i rammedirektivet, og artikel 16, stk. 1, litra a), i forsyningspligtdirektivet ikke indebærer, at et lovbestemt krav som det omhandlede foreløbig skal bibeholdes, overlader medlemsstaterne en tilstrækkelig skønsmargin til alligevel at gøre dette.

55. Dette spørgsmål er allerede afklaret gennem besvarelsen af det første spørgsmål. Den »fællesskabsret«, der henvises til i spørgsmålet, kan kun være de direktiver, som udgør det »nye regelsæt« for telekommunikationssektoren. I overensstemmelse med disse direktivers generelle system, og således som det også følger af den systematiske og formålsbestemte fortolkningsmetode, jeg har anvendt i dette forslag til afgørelse, er det ikke blot en mulighed, men også et krav, at de tidligere foranstaltninger opretholdes, indtil markedssituationen er afklaret gennem en analyse. Når dette er tilfældet, skal de nationale tilsynsmyndigheder bidrage til gennemførelsen af den nugældende ordning ved enten at opretholde, ændre eller ophæve de tidligere pålagte forpligtelser.

VII — Forslag til afgørelse

56. I lyset af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Bundesverwaltungsgericht, således:

»Artikel 27, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) og artikel 16, stk. 1, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligt-direktivet) skal fortolkes således, at gyldigheden af en lovbestemmelse i henhold til tidligere national ret om pligt til administrativ godkendelse af detailtakster for taletelefonitjenester, som opkræves af en dominerende virksomhed, samt den forvaltningsakt, der gennemfører bestemmelsen, foreløbig skal bibeholdes, indtil den relevante markedsanalyse er gennemført.«