DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

3. december 2009 *

I sag C-424/07,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 13. september 2007,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved G. Braun og A. Nijenhuis, som befuldmægtigede,

sagsøger,

mod

Forbundsrepublikken Tyskland ved M. Lumma, som befuldmægtiget, bistået af professeur C. Koenig og Rechtsanwalt S. Loetz,

sagsøgt,

har

* Processprog: tysk.

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af formanden for Tredje Afdeling, K. Lenaerts, som fungerende formand for Fjerde Afdeling, og dommerne R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, G. Arestis (refererende dommer), og T. von Danwitz,

generaladvokat: M. Poiares Maduro,
justitssekretær: fuldmægtig K. Sztranc-Sławiczek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 5. februar 2009,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 23. april 2009,

afsagt følgende

Dom

1 I stævningen har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet) (EFT L 108, s. 7), artikel 6 og 7, artikel 8, stk. 1 og 2, artikel 15, stk. 3, og artikel 16 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT L 108, s. 33) og artikel 17, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet) (EFT L 108, s. 51), idet den ikke har

vedtaget § 3, nr. 12b), og § 9a i lov om telekommunikation (Telekommunikationsgesetz) af 22. juni 2004 (BGBl. 2004 I, s. 1190, herefter »TKG«), indført ved lov om ændring af telekommunikationsretlige forskrifter (Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften) af 18. februar 2007 (BGBl. 2007 I, s. 106).

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

2 Adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, bestemmer:

»Forpligtelser, der pålægges i henhold til denne artikel, skal tage udgangspunkt i det konkrete problem, være forholdsmæssige og berettigede i lyset af de målsætninger, der er fastlagt i artikel 8 i rammedirektivet. Sådanne forpligtelser kan kun pålægges efter høring i overensstemmelse med artikel 6 og 7 i nævnte direktiv.«

3 I overensstemmelse med rammedirektivets betragtning 27 »er [det] vigtigt, at sådanne ex ante-forpligtelser kun pålægges, hvor der ikke er reel konkurrence, dvs. på markeder, hvor der er en eller flere virksomheder med en stærk markedsposition, og hvor midlerne i medlemsstatens eller Fællesskabets konkurrencelovgivning ikke er tilstrækkelige til at løse problemet. Derfor må Kommissionen under iagttagelse af principperne i konkurrenceretten opstille retningslinjer på EF-plan for, hvordan de nationale tilsynsmyndigheder skal vurdere, om der er reel konkurrence på et givet marked, og om der er tale om en stærk markedsposition. De nationale tilsynsmyndigheder bør analysere, om der er reel konkurrence for så vidt angår et bestemt produkt eller tjenestemarked i et nærmere bestemt geografisk område, som kan være enten hele den pågældende medlemsstat, en del heraf eller tilgrænsende dele af områder i flere

medlemsstater set under ét. En analyse af, om der foreligger reel konkurrence, bør også omfatte en analyse af, om markedet er et potentielt konkurrencemarked, og om den eventuelle mangel på konkurrence altså er varig. Disse retningslinjer skal også behandle spørgsmålet om nye, fremspirende markeder, hvor den faktiske markedsleder sandsynligvis har en betydelig markedsandel, men ikke bør pålægges urimelige forpligtelser. Kommissionen bør regelmæssigt tage retningslinjerne op til revision for at sikre, at de til stadighed er hensigtsmæssige på et marked i hastig udvikling. De nationale tilsynsmyndigheder må samarbejde med hinanden, hvor det pågældende marked viser sig at være transnationalt«.

4 Det fremgår af rammedirektivets betragtning 11, at »[i] overensstemmelse med princippet om adskillelse af regulerings- og driftsopgaver bør medlemsstaterne, for at sikre de nationale tilsynsmyndigheders uvildige afgørelser, garantere disses uafhængighed. […]«.

5 Rammedirektivets artikel 1, stk. 1, fastsætter:

»Dette direktiv fastlægger harmoniserede rammer for regulering af elektroniske kommunikationstjenester, elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og tjenester. Det fastsætter de nationale tilsynsmyndigheders opgaver og opstiller en række procedurer, der skal sikre, at rammebestemmelserne anvendes ensartet i hele EF.«

6 Samme direktivs artikel 3, stk. 2 og 3, fastsætter:

»2. Medlemsstaterne garanterer de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed, idet de sikrer, at de er retligt adskilt fra og funktionelt uafhængige af alle organisationer, der udbyder elektroniske kommunikationsnet, elektronisk kommunikationsudstyr eller elektroniske kommunikationstjenester. Medlemsstater, som bevarer ejerskab til eller kontrol over virksomheder, der stiller elektroniske kommunikationsnet og/eller -tjenester til rådighed, sikrer, at der er reel strukturel adskillelse mellem myndighedernes tilsynsfunktion og aktiviteter, der er knyttet til ejerskab eller kontrol.

3. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder udøver deres beføjelser upartisk og transparent.«

7 Rammedirektivets artikel 6 bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer med undtagelse af spørgsmål, der er omfattet af artikel 7, stk. 6, artikel 20 eller 21, at de nationale tilsynsmyndigheder, når de i medfør af dette direktiv eller af særdirektiverne agter at træffe foranstaltninger med væsentlige virkninger for det relevante marked, giver de interesserede parter lejlighed til inden for en rimelig frist at fremsætte bemærkninger til udkastet til foranstaltninger. De nationale tilsynsmyndigheder offentliggør deres nationale høringsprocedurer. Medlemsstaterne sikrer, at der etableres et enkelt informationssted, hvor der er adgang til alle igangværende høringer. Resultaterne af høringsproceduren skal gøres offentligt tilgængelige af de pågældende nationale tilsynsmyndigheder, medmindre de er fortrolige i henhold til fællesskabsretten og den nationale lovgivning om fortrolig behandling af forretningsoplysninger.«

8 Samme direktivs artikel 7 bestemmer:

»1. De nationale tilsynsmyndigheder tager under udførelsen af deres opgaver i medfør af dette direktiv og særdirektiverne størst muligt hensyn til målene i artikel 8, herunder i det omfang de vedrører det indre markeds funktion.

2. De nationale tilsynsmyndigheder bidrager til udviklingen af det indre marked ved at samarbejde indbyrdes og med Kommissionen på en transparent måde for at sikre en ensartet anvendelse af dette direktiv og særdirektiverne i alle medlemsstaterne. De bestræber sig med henblik herpå navnlig for at være enige om, hvilke typer af instrumenter og midler der er de bedst egnede til at håndtere bestemte typer af situationer på markedet.

3. Ud over den i artikel 6 omhandlede høring skal en national tilsynsmyndighed, der agter at træffe en foranstaltning, som

a) er omfattet af artikel 15 eller 16 i dette direktiv, artikel 5 eller 8 i direktiv 2002/19/EF (adgangsdirektivet) og artikel 16 i direktiv 2002/22/EF (forsyningspligtdirektivet) og

b) vil få indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne,

samtidig og under iagttagelse af artikel 5, stk. 3, stille udkastet til foranstaltning samt begrundelsen herfor til rådighed for Kommissionen og de nationale tilsynsmyndigheder i andre medlemsstater og underrette Kommissionen og de andre nationale tilsynsmyndigheder herom. De nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen kan kun fremsætte bemærkninger til den pågældende nationale tilsynsmyndighed inden for

en måned eller inden for den i artikel 6 omhandlede frist, hvis den er længere. Fristen på én måned kan ikke forlænges.

4. Hvis den i stk. 3 omhandlede foranstaltning sigter på:

a) afgrænsning af et relevant marked, som afviger fra dem, der er nævnt i den i artikel 15, stk. 1, omhandlede henstilling, eller

b) en afgørelse om, hvorvidt en virksomhed enten alene eller i fællesskab med andre anses for at have en stærk markedsposition, jf. artikel 16, stk. 3 og 4 eller 5,

og vil få indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne, samt hvis Kommissionen har meddelt den nationale tilsynsmyndighed, at den betragter udkastet til foranstaltning som en hindring for det indre marked eller nærer alvorlig tvivl om dets forenelighed med fællesskabsretten og mere specifikt med målene i artikel 8, kan foranstaltningen først vedtages efter en yderligere frist på to måneder. Denne frist kan ikke forlænges. Inden for denne periode kan Kommissionen efter proceduren i artikel 22, stk. 2, træffe en afgørelse med krav om, at den nationale tilsynsmyndighed trækker udkastet tilbage. En sådan afgørelse skal ledsages af en detaljeret og objektiv begrundelse fra Kommissionen om, hvorfor udkastet til foranstaltning ikke bør vedtages, sammen med konkrete forslag til ændring af udkastet til foranstaltning.

5. Den pågældende nationale tilsynsmyndighed tager i videst mulig udstrækning hensyn til bemærkningerne fra andre nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen, og kan, når bortses fra de i stk. 4 omhandlede tilfælde, vedtage det således ændrede udkast til foranstaltning og skal i så fald fremsende det til Kommissionen.

[…]«

9 Under overskriften »Politiske mål og tilsynsprincipper« fastsætter rammedirektivets artikel 8, stk. 1 og 2, følgende:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder under udførelsen af de i dette direktiv og særdirektiverne omhandlede tilsynsopgaver træffer alle rimelige foranstaltninger med henblik på opfyldelse af målene i stk. 2, 3 og 4. Foranstaltningerne skal stå i et rimeligt forhold til disse mål.

Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder under udførelsen af de i dette direktiv og særdirektiverne omhandlede tilsynsopgaver, særlig sådanne, som har til formål at sikre en reel konkurrence, tager videst muligt hensyn til, at reguleringen helst skal være teknologineutral.

[…]

2. De nationale tilsynsmyndigheder fremmer konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet, elektroniske kommunikationstjenester og dertil hørende faciliteter og tjenester ved bl.a. at:

a) sikre, at brugerne, herunder handicappede brugere, får maksimalt udbytte for så vidt angår valgmuligheder, pris og kvalitet

b) sikre, at der i den elektroniske kommunikationssektor hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning

c) tilskynde til effektiv investering i infrastruktur og støtte innovation, samt

d) tilskynde til en effektiv udnyttelse og sikre en effektiv forvaltning af radiofrekvenser og nummerressourcer.«

10 Rammedirektivets artikel 15 vedrører proceduren for afgrænsning af markedet. Stk. 3 fastsætter:

»De nationale tilsynsmyndigheder afgrænser under nøje hensyntagen til henstillingen og retningslinjerne de relevante markeder tilpasset de nationale forhold, navnlig relevante geografiske markeder på deres område, og det i overensstemmelse med konkurrencerettens principper. De nationale tilsynsmyndigheder følger procedurerne i artikel 6 og 7, inden de udpeger markeder, der afviger fra de i henstillingen nævnte.«

11 Samme direktivs artikel 16, der vedrører proceduren for markedsanalyse, bestemmer:

»1. Hurtigst muligt efter at henstillingen er vedtaget eller eventuelt ajourført, analyserer de nationale tilsynsmyndigheder de relevante markeder under nøje

iagttagelse af retningslinjerne. Medlemsstaterne sikrer, at denne analyse, hvor det er hensigtsmæssigt, foretages i samarbejde med de nationale konkurrencemyndigheder.

2. Når en national tilsynsmyndighed i henhold til artikel 16, 17, 18 eller 19 i direktiv 2002/22/EF (forsyningspligtdirektivet) eller artikel 7 eller 8 i direktiv 2002/19/EF (adgangsdirektivet) om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter skal afgøre, om forpligtelser for virksomheder skal opretholdes, indføres, ændres eller ophæves, træffer den på grundlag af deres markedsanalyse som anført i stk. 1 i denne artikel afgørelse om, hvorvidt der reelt er konkurrence på et relevant marked.

3. Konkluderer en national tilsynsmyndighed, at der er reel konkurrence på markedet, må den ikke indføre eller opretholde nogen af de i stk. 2 omhandlede specifikke forpligtelser. Hvis der i forvejen findes sektorspecifikke forpligtelser, skal den ophæve sådanne forpligtelser for virksomheder på det relevante marked. Parter, der berøres af en sådan ophævelse af forpligtelser, skal underrettes herom i passende tid i forvejen.

4. Når en national tilsynsmyndighed fastslår, at der ikke er reel konkurrence på et relevant marked, udpeger den virksomheder med en stærk markedsposition på det pågældende marked i overensstemmelse med artikel 14 og pålægger sådanne virksomheder passende specifikke forpligtelser som anført i stk. 2 i denne artikel eller opretholder eller ændrer sådanne forpligtelser, hvis de findes i forvejen.

5. For så vidt angår de transnationale markeder, der udpeges i den i artikel 15, stk. 4, omhandlede beslutning, gennemfører de pågældende nationale tilsynsmyndigheder fælles markedsanalyser under nøje hensyntagen til retningslinjerne og træffer en koordineret afgørelse om, hvorvidt de i stk. 2 omhandlede sektorspecifikke forpligtelser skal pålægges, opretholdes, ændres eller ophæves.

6. Foranstaltninger, der træffes i henhold til stk. 3, 4 og 5, behandles efter procedurerne i artikel 6 og 7.«

12 Forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2, fastsætter:

»De forpligtelser, der pålægges i medfør af stk. 1, skal tage udgangspunkt i det konstaterede problems art og være forholdsmæssige og begrundede under hensyn til de i artikel 8 i direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet) omhandlede målsætninger. De pålagte forpligtelser kan omfatte krav om, at de udpegede virksomheder ikke forlanger urimeligt høje priser, bremser markedsadgang eller begrænser konkurrencen ved at tage underpriser, favorisere bestemte slutbrugere urimeligt eller foretage urimelig bundtning af tjenester. De nationale tilsynsmyndigheder kan over for sådanne virksomheder lægge et passende loft over detailpriserne eller træffe foranstaltninger til at kontrollere bestemte takster, gøre disse omkostningsbaserede eller basere dem på priserne på sammenlignelige markeder for at beskytte slutbrugernes interesser og fremme reel konkurrence.«

13 Ifølge betragtning 15 til Kommissionens henstilling af 11. februar 2003 om relevante produkt- og tjenestemarkeder inden for den elektroniske kommunikationssektor, som er underlagt forhåndsregulering i overensstemmelse med direktiv 2002/21 (EUT L 114, s. 45, herefter »Kommissionens henstilling)«, bør nye og fremspirende markeder, hvor virksomheder kan have en stærk markedsstilling på grund af et »forspring på markedet«, principielt ikke gøres til genstand for forhåndsregulering.

14 Følgende fremgår af punkt 1 i Kommissionens henstilling:

»Det henstilles, at de nationale tilsynsmyndigheder analyserer de produkt- og tjenestemarkeder, der er anført i bilaget, når de afgrænser relevante markeder i overensstemmelse med artikel 15, stk. 3, i [rammedirektivet].«

15 Punkt 1 i Kommissionens retningslinjer for markedsanalyse og beregning af stærk markedsposition i henhold til EU-rammebestemmelserne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT 2002 C 165, s. 6, herefter »retningslinjerne«) anfører følgende:

»I disse retningslinjer fastsættes de principper, de nationale tilsynsmyndigheder skal bruge ved deres analyse af markeder og reel konkurrence i henhold til de nye rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.«

16 Af punkt 6 i retningslinjerne fremgår det, at:

»[d]isse retningslinjer er tænkt som en vejledning for de nationale tilsynsmyndigheder ved udøvelsen af deres nye ansvar i forbindelse med markedsafgrænsning og vurderinger af stærk markedsposition. […]«

17 Af punkt 32 i retningslinjerne fremgår følgende:

»For så vidt angår fremspirende markeder bemærkes det i rammedirektivets betragtning 27, at nye, fremspirende markeder, hvor den førende organisation på markedet sandsynligvis har en betydelig markedsandel, ikke bør pålægges urimelig forhåndsregulering. Det skyldes, at for tidlig forhåndsregulering kan have en urimelig indvirkning på udviklingen i konkurrenceforholdene på nye og fremspirende markeder. […]«

Nationale bestemmelser

18 § 2, stk. 2, i TKG, der har overskriften »Regulering og formål«, bestemmer:

»Formålet med reguleringen er:

1. beskyttelse af brugernes, især forbrugernes interesser, på området for telekommunikation og beskyttelse af telekommunikationshemmeligheden

2. sikring af en ligeværdig konkurrence og fremme af varigt konkurrenceorienterede markeder for telekommunikation på området for telekommunikationstjenester og -net og for tilknyttede tjenester i såvel landområder som byområder

3. fremme af effektive infrastrukturinvesteringer og støtte af innovation

4. fremme af udviklingen af Den Europæiske Unions indre marked

5. sikring af en fuldstændig dækkende grundforsyning med telekommunikationstjenester (forsyningspligtydelser) til overkommelige priser

6. fremme af telekommunikationstjenester hos offentlige myndigheder

7. sikring af en effektiv og driftssikker udnyttelse af frekvenser, også under hensyntagen til radiospredningens interesser

8. sikring af en effektiv udnyttelse af nummerressourcer

9. beskyttelse af den offentlige sikkerheds interesser.«

19 I § 3, nr. 12b), i TKG fastsættes med overskriften »Definitioner«:

»Et »nyt marked« er et marked for tjenesteydelser og varer, som ikke kun adskiller sig ubetydeligt fra de hidtil tilgængelige tjenesteydelser og varer med hensyn til ydeevne, rækkevidde samt tilgængelighed for større brugerkredse (massemarkedskapacitet), pris eller kvalitet ud fra en veloplyst købers synspunkt, og som ikke blot erstatter disse. […]«

20 Følgende fremgår af § 9a i TKG med overskriften »Nye markeder«:

»1. Bortset fra de i stk. 2 nævnte tilfælde er nye markeder i princippet ikke genstand for regulering som omhandlet i del 2.

2. Når omstændighederne begrunder den antagelse, at udviklingen af et varigt konkurrenceorienteret marked på området for telekommunikationstjenester eller -net, i mangel af regulering ville blive hindret på lang sigt, kan Bundesnetzagentur [den tyske tilsynsmyndighed] ved fravigelse af denne bestemmelses stk. 1 gøre et nyt marked til genstand for regulering som omhandlet i del 2, i overensstemmelse med §§ 9, 10, 11 og 12. Bundesnetzagentur vil med henblik på bedømmelsen af behovet for regulering og ved at pålægge særlige foranstaltninger navnlig tage hensyn til målet om at fremme effektiv infrastrukturerinvesteringer og at støtte innovationer.«

Den administrative procedure

21 På baggrund af kontakter mellem Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland vedrørende førstnævntes forbehold over for foreneligheden af de nye bestemmelser i TKG med Fællesskabets rammebestemmelser vedrørende elektronisk kommunikation har Kommissionen ved skrivelse af 26. februar 2007 indledt en traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 226 EF, hvorved Forbundsrepublikken Tyskland fik en frist på 15 dage til at fremsætte bemærkninger. Efter anmodning fra denne medlemsstat blev fristen forlænget med yderligere 15 dage.

22 Ved skrivelse af 28. marts 2007 oplyste Forbundsrepublikken Tyskland, at de nye bestemmelser i TKG er i fuld overensstemmelse med fællesskabsretten.

23 Kommissionen fremsatte den 3. maj 2007 en begrundet udtalelse med opfordring til den pågældende medlemsstat om at træffe de nødvendige foranstaltninger til inden en måned efter modtagelsen af skrivelsen at efterkomme udtalelsen. Ved skrivelse af 4. juni 2007 forsvarede Forbundsrepublikken Tyskland sin stilling, og den 5. juni 2007 fremlagde den for Kommissionen en administrativ vejledning fra Bundesnetzagentur, med titlen »Principper for Bundesnetzagenturs fortolkning af § 9a i TKG«.

24 På den baggrund har Kommissionen besluttet at anlægge nærværende sag.

Om søgsmålet

Formaliteten

Parternes argumenter

25 Forbundsrepublikken Tyskland har nedlagt påstand om, at sagen afvises, idet Forbundsrepublikken gør gældende, at Kommissionen hverken har indledt eller gennemført den administrative procedure korrekt eller respekteret Forbundsrepublikkens ret til forsvar.

26 Kommissionen har for det første den 20. december 2006 besluttet at indlede traktatbrudsproceduren, da der endnu ikke eksisterede en national lov, der kunne begrunde, at der forelå det påståede traktatbrud, idet den pågældende lov først den 23. februar 2007 blev offentliggjort i *Bundesgesetzblatt*. For det andet fremgår det af Kommissionens adfærd, herunder især af dens pressemeddelelser, at den havde besluttet at forkaste de af Forbundsrepublikken Tyskland anførte argumenter uden nærmere undersøgelse og at indbringe sagen for Domstolen hurtigst muligt. En sådan holdning har angiveligt hindret den pågældende medlemsstat i at forsvare sig effektivt under den forudgående procedure.

27 Denne medlemsstat har endvidere nedlagt påstand om afvisning af sagen, i det omfang Kommissionen — med henblik på at konstatere en tilsidesættelse af de relevante direktivbestemmelser — burde have anvendt proceduren i rammedirektivets artikel 7, der tilsigter at koordinere de nationale tilsynsmyndigheders beslutninger over for Kommissionen. Denne artikel fastsætter en selvstændig procedure, der har samme formål som en traktatbrudsprocedure, og som skal sikre en korrekt og ensartet anvendelse af de fælles retsforskrifter i alle medlemsstaterne med henblik på gennemførelsen af det indre marked for kommunikationsnet og -tjenester.

28 Kommissionen har heroverfor for det første anført, at den har tilsendt Forbundsrepublikken Tyskland åbningsskrivelsen efter offentliggørelsen af den omtvistede lov i *Bundesgesetzblatt*. Kommissionen gør endvidere gældende, at den ikke har pligt til at afvente afslutningen af alle formaliteter fastsat i national ret, før den beslutter at indlede en traktatbrudsprocedure.

29 Endvidere anfører den, at den har gennemgået Forbundsrepublikken Tysklands argumenter under den forudgående procedure, men at den ikke har kunnet tiltræde dem. Under alle omstændigheder påberåbte den pågældende medlemsstat sig ikke heri et formalitetsspørgsmål, men bestred, at spørgsmålet var velbegrundet.

30 Kommissionen gør endelig gældende, at Domstolen allerede har fastslået, at Kommissionens generelle kompetence i henhold til artikel 226 EF ikke kan fraviges ved en særlig procedure fastlagt i et direktiv.

Domstolens bemærkninger

31 For det første bemærkes, at de nye bestemmelser i TKG blev offentliggjort i *Bundesgesetzblatt* den 23. februar 2007 og trådte i kraft dagen efter offentliggørelsen. Selv om Kommissionen den 20. december 2006 pålagde det ansvarlige kommissionsmedlem at indlede en traktatbrudsprocedure mod Forbundsrepublikken Tyskland, forholder sig dog ikke desto mindre således, at denne procedure først blev indledt mod den nævnte medlemsstat ved fremsendelsen af åbningsskrivelsen den 26. februar 2007 efter offentliggørelsen og ikrafttrædelsen af de pågældende bestemmelser. Det anførte traktatbrud kan derfor tidsmæssigt placeres forud for fremsendelsen af åbningsskrivelsen.

32 For det andet gør Forbundsrepublikken Tyskland gældende, at det fremgår af Kommissionens adfærd, at den havde besluttet at forkaste Forbundsrepublikkens argumenter uden en nærmere undersøgelse.

33 Hertil bemærkes indledningsvis, at det ikke fremgår af Kommissionens pressemeddelelse af 26. februar 2007, som Forbundsrepublikken Tyskland har henvist til, at Kommissionen skulle have tilsidesat den pågældende medlemsstats ret til forsvar. Den omstændighed, at Kommissionen i meddelelsen har informeret om påbegyndelsen af en fremskyndet procedure over for nævnte medlemsstat, indebærer ikke, at Kommissionen skulle have haft til hensigt at tilsidesætte den argumentation, som medlemsstaten måtte fremsætte under den forudgående procedure.

34 Det kan endvidere konstateres, dels at Forbundsrepublikken Tyskland under den forudgående procedure har kunnet gøre sine synspunkter gældende, dels at Kommissionen faktisk har taget hensyn til denne medlemsstats holdning. Det bemærkes, at Forbundsrepublikken Tyskland i åbningsskrivelsen af 26. februar 2007 blev opfordret til at afgive bemærkninger inden for en frist på 15 dage, som blev forlænget til en måned efter medlemsstatens anmodning. Den afgav sine bemærkninger til åbningsskrivelsen den 28. marts 2007. Det fremgår af den begrundede udtalelse, især af punkt 4 med overskriften »Tysklands bemærkninger og Kommissionens svar«, at Kommissionen behørigt har taget hensyn til medlemsstatens bemærkninger i svaret på åbningsskrivelsen.

35 På den baggrund må klagepunktet om tilsidesættelse af retten til forsvar forkastes. I det omfang Kommissionen skulle have foretaget en urigtig analyse af Forbundsrepublikken Tysklands svar på åbningsskrivelsen, bemærkes, at selv om et sådant anbringende er velfunderet, begrunder det ikke sagens afvisning, men udgør et forhold, som det i givet fald påhviler Domstolen at tage i betragtning ved vurderingen af sagens realitet (dom af 14.6.2007, sag C-148/05, Kommissionen mod Irland, præmis 39).

36 Hvad for det tredje angår anbringendet om, at Kommissionen burde have anvendt proceduren i rammedirektivets artikel 7 med henblik på at konstatere en tilsidesættelse af bestemmelserne i de i sagen omtvistede direktivbestemmelser, skal det understreges, at særlige procedurer indeholdt i et direktiv ikke kan tilsidesætte eller erstatte Kommissionens kompetence i henhold til artikel 226 EF (jf. bl.a. dom af 24.1.1995, sag C-359/93, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 157, præmis 13).

37 Det fremgår af ovenstående betragtninger, at sagen bør antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

38 Kommissionen har til støtte for sit søgsmål gjort to anbringender gældende. For det første har Forbundsrepublikken Tyskland i strid med rammedirektivets artikel 8, stk. 1 og 2, artikel 15 og 16, adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, og forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2, begrænset den nationale tilsynsmyndigheds skønsmæssige beføjelser ved i TKG's nye bestemmelser at definere begrebet »nye markeder«, at indføre et princip om ikke-regulering af disse markeder, at fastsætte strengere betingelser end dem, der gælder ifølge de fælles rammebestemmelser, når disse markeder undtagelsesvis kan reguleres, samt ved at give prioritet til et særskilt fastsat formål i forbindelse med analysen af disse markeder. Det andet anbringende vedrører manglende iagttagelse af procedurerne for høring og koordinering som fastsat i rammedirektivets artikel 6 og 7.

39 Forbundsrepublikken Tyskland har bestridt, at det påståede traktatbrud foreligger.

Anbringendet om begrænsning af den nationale tilsynsmyndigheds skønsmæssige beføjelser

Parternes argumenter

40 Kommissionen har gjort gældende, at de nye regler, der blev indført ved § 3, nr. 12b) og § 9a i TKG, begrænser den nationale tilsynsmyndigheds skønsmæssige beføjelse. Disse bestemmelser omgår procedurerne for afgrænsning og analyse af markedet samt for fastsættelse af afhjælpende foranstaltninger, der er indført ved de fælles rammebestemmelser om elektronisk kommunikation.

41 Med vedtagelsen af § 3, nr. 12b), og § 9a i TKG har den tyske lovgiver defineret begrebet nye markeder, formuleret princippet om ikke-regulering af disse markeder, på forhånd fastsat de betingelser, som den nationale tilsynsmyndighed har beføjelser til undtagelsesvis at fastsætte for markederne, og stillet krav om, at denne lægger særlig vægt på et særskilt fastsat formål. De nævnte bestemmelser i TKG er i strid med Fællesskabets rammebestemmelser, der vedrører omfanget af de nationale tilsynsmyndigheders beføjelser, herunder adgangsdirektivets artikel 8, rammedirektivets artikel 8, 15 og 16 og forsyningspligtdirektivets artikel 17.

42 Kommissionen gør for det første gældende, at § 3, nr. 12b), i TKG, der definerer begrebet nye markeder, begrænser den tyske tilsynsmyndigheds skønsmæssige beføjelse som fastsat i rammedirektivets artikel 15, stk. 3. I medfør af den bestemmelse afgrænser de nationale tilsynsmyndigheder de relevante markeder tilpasset de nationale forhold, navnlig relevante geografiske markeder på deres område, og det i overensstemmelse med konkurrencerettens principper.

43 Kommissionen har endvidere anført, at § 9a, stk. 1 i TKG i strid med proceduren for afgrænsning og analyse af markedet, som fastsat i de fælles rammebestemmelser, bestemmer, at de nye markeder i princippet ikke er omfattet af ordningen i TKG, del 2.

44 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at når § 9a, stk. 2, i TKG fastsætter, at et nyt marked undtagelsesvis kan underkastes regulering, er de med henblik herpå fastsatte betingelser strengere end betingelserne i rammedirektivets artikel 16. Denne artikel opstiller alene et kriterium om en manglende reel konkurrence på det relevante marked, og ikke, som i ovennævnte bestemmelse i TKG, om en hindring på lang sigt for udviklingen af et varigt konkurrenceorienteret marked.

45 Endelig finder Kommissionen, at § 9a, stk. 2, i TKG er i strid med rammedirektivets artikel 8, stk. 1 og 2. Den nationale bestemmelse fremhæver specifikt et bestemt af de fastsatte formål, nemlig at fremme effektiv investering i infrastrukturer og at støtte innovation. Rammedirektivets artikel 8, stk. 2, fastsætter imidlertid ingen prioritering af disse formål, og det fremgår klart af adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, og forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2, at de nationale tilsynsmyndigheder pålægger afhjælpende foranstaltninger, der er forholdsmæssige og berettigede i lyset af de formål, der er fastlagt i rammedirektivets artikel 8, uden at de nævnte formål tillægges en særlig prioritet.

46 Forbundsrepublikken Tyskland finder, at § 3, nr. 12b), og § 9a i TKG er i overensstemmelse med de fælles rammebestemmelser om elektronisk kommunikation.

47 Denne medlemsstat har gjort gældende, at disse rammebestemmelsers direktiver tilsigter harmonisering af medlemsstaternes lovgivninger og således overlader et tilstrækkeligt råderum til disse med henblik på at præcisere de i direktiverne anvendte abstrakte begreber og sikre den effektive virkning af direktivernes målsætninger. Kommissionens anbringender er baseret såvel på en vid fortolkning af rammebestemmelserne vedrørende telekommunikation som på en ukorrekt vurdering af virkningerne af TKG's bestemmelser.

48 Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at § 3, nr. 12b), og § 9a i TKG udgør en forudgående strukturering af den nationale tilsynsmyndigheds skønsmæssige beføjelse med henblik på at opnå en højere grad af retssikkerhed i overensstemmelse med formålene i rammedirektivets artikel 4. Kommissionen har i denne forbindelse ikke

kunnet udpege hverken, hvilken bestemmelse i de fælles rammebestemmelsers direktiver om elektronisk kommunikation der fastsætter skønsmæssige beføjelser, eller i det mindste, hvilken bestemmelse i TKG der begrænser en sådan beføjelse. Anvendelsen af ordet »kan« i § 9a, stk. 2, i TKG indikerer, at den nationale tilsynsmyndighed bør gøre brug af sin skønsmæssige beføjelse for at undersøge behovet for regulering af et nyt marked. Kommissionen kræver således en ordret gennemførelse af nævnte direktivers bestemmelser, som hvis der var tale om en forordning med sigte på ensartethed, snarere end en harmonisering af medlemsstaternes regler.

49 Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at det fremgår af rammedirektivets betragtning 27, af retningslinjernes punkt 32 og af betragtning 15 til Kommissionens henstilling, at de nye markeder som hovedregel ikke bør underlægges forhåndsregulering. I denne henseende har § 9a i TKG ikke den virkning, at den indfører en ny procedure for en særskilt undersøgelse, men præciserer i forhold til nye markeder bestemmelserne vedrørende proceduren for generel markedsregulering fastsat i §§ 10 og 11 i TKG. Behovet for regulering af et marked bliver således undersøgt i alle tilfælde, men den nationale tilsynsmyndigheds mulighed for at træffe foranstaltninger i form af regulering udelukkes i medfør af § 9a, stk. 1, i TKG, når et sådant behov ikke konstateres.

50 Hvad angår definitionen af et relevant marked hævder Forbundsrepublikken Tyskland, at de fælles rammebestemmelser ikke er til hinder for en national regulering af definitionen af et marked. Forbundsrepublikken gør gældende, at § 3, nr. 12b), i TKG i øvrigt ikke indeholder en definition af markedet, men fastsætter abstrakte kriterier, der efter en afgrænsning af et marked muliggør en afgørelse af, hvorvidt der er tale om et nyt marked eller ej. § 3, nr. 12b), og § 9a i TKG gør det således muligt for den nationale tilsynsmyndighed i hvert enkelt tilfælde at afgrænse det relevante marked i overensstemmelse med konkurrencerettens principper og medfører ikke en uoverensstemmelse i forhold til den sædvanlige procedure for afgrænsning af et marked.

51 Forbundsrepublikken Tyskland har endvidere anført, at kriteriet for et varigt konkurrenceorienteret marked og kravet om en hindring på lang sigt på det

pågældende marked i § 9a, stk. 2, i TKG, ikke udgør mere restriktive betingelser end dem, der er fastsat i de fælles rammebestemmelsers direktiver, og ikke ændrer proceduren for afgrænsning og analyse i medfør af §§ 10 og 11 i TKG. Der er tale om betingelser, som er anerkendt i rammedirektivets betragtning 27 og i Kommissionens henstilling, der præciserer begrebet »reel konkurrence« inden for nye markeder.

52 Denne medlemsstat finder dermed, at den nationale lovgiver i kraft af sit råderum kan tillægge ét af de formål, der er fastsat i direktiverne inden for rammerne af de fælles rammebestemmelser for elektronisk kommunikation, særlig vægt. Anvendelsen af ordet »navnlig« i § 9a, stk. 2, andet punktum, i TKG, indikerer angiveligt desuden, at formålet nævnt deri ikke er det eneste, der skal tages i betragtning.

Domstolens bemærkninger

53 Indledningsvis bemærkes, at rammedirektivets artikel 1, stk. 1, skaber en harmoniseret ramme for regulering af elektroniske kommunikationstjenester, elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og tjenester. Dette direktiv fastsætter de nationale tilsynsmyndigheders opgaver og en række procedurer, der skal sikre en harmoniseret anvendelse af rammebestemmelserne inden for hele Fællesskabet.

54 Ifølge rammedirektivets artikel 3, stk. 2 og 3, og betragtning 11 hertil bør medlemsstaterne i overensstemmelse med princippet om adskillelse af reguleringsog driftsopgaver sikre de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed, så de kan udøve deres beføjelser upartisk og transparent.

55 Rammedirektivet pålægger de nationale tilsynsmyndigheder specifikke opgaver vedrørende regulering af markederne for elektronisk kommunikation. I henhold til rammedirektivets artikel 15, navnlig stk. 3, skal de nationale tilsynsmyndigheder i tæt samarbejde med Kommissionen afgrænse de relevante markeder inden for elektronisk kommunikation.

56 I henhold til rammedirektivets artikel 16 foretager de nationale tilsynsmyndigheder herefter en analyse af de afgrænsede markeder og vurderer, om der er en reel konkurrence inden for disse. Hvis der ikke er reel konkurrence på et marked, pålægger vedkommende nationale tilsynsmyndighed virksomhederne med en stærk position på det pågældende marked specifikke forpligtelser.

57 Rammedirektivets artikel 15, stk. 3, præciserer, at de nationale tilsynsmyndigheder med henblik på afgrænsning af de relevante markeder tager særligt hensyn til Kommissionens henstilling og retningslinjerne.

58 Ifølge samme direktivs artikel 16, stk. 1, tager de nationale tilsynsmyndigheder ligeledes særligt hensyn til retningslinjerne, når de analyserer de relevante markeder med henblik på at afgøre, om disse bør underkastes forhåndsregulering.

59 De nationale tilsynsmyndigheder skal ved udførelsen af deres opgaver i henhold til rammedirektivets artikel 7, stk. 1, nøje iagttage målsætningerne i direktivets artikel 8. I henhold til samme direktivs artikel 8, stk. 1, skal medlemsstaterne sikre, at de nationale tilsynsmyndigheder træffer rimelige foranstaltninger med henblik på realiseringen af målsætningerne i artikel 8. Denne artikel præciserer i øvrigt, at foranstaltningerne truffet af de nationale tilsynsmyndigheder bør stå i et rimeligt forhold til målsætningerne.

60 Endvidere fastsætter adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, og forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2, at de nationale tilsynsmyndigheder, når de vedtager forhåndsregulering på grundlag af disse direktiver, bør iagttage målsætningerne i rammedirektivets artikel 8. Forhåndsreguleringen bør være berettiget og stå i et rimeligt forhold til de nævnte målsætninger.

61 De nationale tilsynsmyndigheder har ved udøvelsen af deres tilsynsopgaver en udvidet beføjelse til at vurdere behovet for regulering af et marked ud fra den konkrete situation og i hvert enkelt tilfælde (jf. i den retning Domstolens dom af 24.4.2008, sag C-55/06, Arcor, Sml. I, s. 2931, præmis 153-156).

62 Det er på baggrund af ovenstående bemærkninger, at Domstolen skal vurdere, om søgsmålet er velbegrundet.

63 Det skal for det første undersøges, om Forbundsrepublikken Tyskland som anført af Kommissionen har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til rammedirektivets artikel 16, idet den i § 9a i TKG har fastsat et princip om ikke-regulering af nye markeder.

64 Det bemærkes, at de nationale tilsynsmyndigheder i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 16 foretager en analyse af de relevante markeder som afgrænset i henhold til dette direktivs artikel 15, med henblik på at vurdere, om disse markeder bør underkastes en forhåndsregulering. Disse artikler vedrører generelt sektoren for elektronisk kommunikation og udelukker hverken nye markeder eller andre markeder fra deres anvendelsesområde.

65 Det bemærkes endvidere, at § 9a, stk. 1, i TKG præciserer, at de nye markeder, med forbehold af stk. 2, i princippet ikke underlægges regulering som fastsat i TKG, del 2. I henhold til § 9a, stk. 2, kan den nationale tilsynsmyndighed, når omstændighederne

begrunder den antagelse, at udviklingen af et varigt konkurrenceorienteret marked på området for telekommunikationstjenester eller -net i mangel af regulering ville blive hindret på lang sigt, ved fravigelse af denne bestemmelses stk. 1, gøre et nyt marked til genstand for regulering som omhandlet i TKG, del 2.

66 Ordlyden af § 9a, stk. 1 og 2, i TKG fastsætter udtrykkeligt, at nye markeder ikke bør reguleres, medmindre visse faktorer som f.eks. fravær af et varigt konkurrenceorienteret marked tyder på et behov for at regulere dem. Bestemmelsen indeholder således i stk. 1 en hovedregel og et princip om ikke-regulering af nye markeder og derefter i stk. 2 undtagelser til dette princip.

67 Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at princippet om ikke-regulering af nye markeder er fastsat i de fælles rammebestemmelser for elektronisk kommunikation. Medlemsstaten henviser i denne forbindelse til rammedirektivets betragtning 27, retningslinjernes punkt 32 og betragtning 15 til Kommissionens henstilling, ifølge hvilke de nye markeder som hovedregel ikke skal underkastes forhåndsregulering.

68 Et sådant argument kan dog ikke tiltrædes.

69 For det første præciserer rammedirektivets betragtning 27, at retningslinjerne skal behandle spørgsmålet om nye, fremspirende markeder, hvor den faktiske markedsleder sandsynligvis har en betydelig markedsandel, men ikke bør pålægges urimelige forpligtelser. I denne betragtning gås der ud fra, at regulering af nye markeder skal tage hensyn til disses særlige beskaffenhed. Som følge heraf må det konstateres, at en sådan bestemmelse ikke kan forstås som en fastsættelse af et princip om ikke-regulering af disse markeder.

70 Dernæst fremgår det af rammedirektivets betragtning 27 i overensstemmelse med retningslinjernes punkt 32, at nye, fremspirende markeder, hvor den førende organisation på markedet sandsynligvis har en betydelig markedsandel, ikke bør pålægges urimelig forhåndsregulering. Ifølge denne bestemmelse i retningslinjerne kan en for tidlig forhåndsregulering have en indvirkning på udviklingen i konkurrenceforholdene på nye og fremspirende markeder.

71 Nævnte bestemmelse begrænser sig således til at gentage indholdet af rammedirektivets betragtning 27 ved at forbyde pålæggelse af urimelige forudgående forpligtelser. Retningslinjerne fastsætter således heller ikke en hovedregel om ikke-regulering af nye markeder. Dette bekræftes i øvrigt af ordlyden af de sidste to punktummer i retningslinjernes punkt 32, der indikerer, at den førende organisation ikke bør have mulighed for markedsafskærmning på et fremspirende marked, og at de nationale tilsynsmyndigheder bør sikre, at de fuldt ud kan begrunde alle former for tidlig forhåndsregulering på et fremspirende marked.

72 Endelig fremgår det af betragtning 15 til Kommissionens henstilling, at nye og fremspirende markeder, hvor virksomheder kan have en stærk markedsstilling på grund af et forspring på markedet, principielt ikke bør gøres til genstand for forhåndsregulering. En sådan bestemmelse fastsætter ikke-regulering af nye markeder, under hensyntagen til forspring på markedet, når der eksisterer virksomheder med en stærk stilling på disse markeder. Følgelig fastsætter den nævnte bestemmelse, at de nationale tilsynsmyndigheder om nødvendigt i hvert enkelt tilfælde undersøger de krævede betingelser for at kunne træffe afgørelse om ikke-regulering af et nyt marked.

73 Det fremgår af det ovenstående, at selv om rammedirektivets betragtning 27, retningslinjernes punkt 32 og betragtning 15 til Kommissionens henstilling antyder, at de nationale tilsynsmyndigheder bør agere forsigtigt i forhold til nye markeder, står det alligevel fast, at disse bestemmelser ikke fastsætter et princip om ikke-regulering af disse markeder.

74 Det skal tilføjes, at rammedirektivet under alle omstændigheder, som det fremgår af denne doms præmis 53-61, pålægger de nationale tilsynsmyndigheder og ikke den nationale lovgiver at vurdere behovet for regulering af markederne.

75 I denne henseende bemærkes, at rammedirektivets artikel 15 og 16, der udtrykkeligt er rettet til de nationale tilsynsmyndigheder, udgør retsgrundlaget for Kommissionens retningslinjer og henstilling, og at disse to juridiske instrumenter vejleder de nationale tilsynsmyndigheder i forbindelse med afgrænsningen og analysen af de relevante markeder med henblik på afgørelsen af, om de bør underkastes forhåndsregulering.

76 Retningslinjernes punkt 1 beskriver de principper, som de nationale tilsynsmyndigheder skal lægge til grund ved deres analyse af markederne og den reelle konkurrence i medfør af de fælles rammebestemmelser for elektronisk kommunikation. Retningslinjernes punkt 6 indikerer på samme måde, at deres formål er at vejlede de nationale tilsynsmyndigheder i disses udøvelse af deres nye ansvar med henblik på afgrænsning af markeder og vurderingen af, om der foreligger en stærk markedsposition.

77 I henhold til punkt 1 i Kommissionens henstilling anbefales de nationale tilsynsmyndigheder at analysere markederne for varer og tjenesteydelser, der er nævnt i bilaget til Kommissionens henstilling, før de i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 15, stk. 3, foretager en afgrænsning af de relevante markeder.

78 Som følge heraf griber § 9a i TKG, der indeholder en hovedregel om at udelukke den nationale tilsynsmyndighed fra at foretage regulering af nye markeder, ind i de vide beføjelser, der er tildelt den i medfør af de fælles rammebestemmelser, og tilsynsmyndigheden forhindres derved i at foretage en regulering tilpasset hvert enkelt tilfælde. Som det fremgår af punkt 54 i generaladvokatens forslag til afgørelse, kan den tyske lovgiver imidlertid ikke ændre fællesskabslovgivers beslutning og kan ikke principielt undtage nye markeder fra regulering.

79 Det følger hermed, at § 9a, stk. 1, i TKG, idet den indfører et princip om ikke-regulering af nye markeder, ikke er i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 16.

80 For det andet finder Kommissionen, at Forbundsrepublikken Tyskland ved i § 3, nr. 12b), i TKG at definere begrebet nyt marked har begrænset den nationale tilsynsmyndigheds skønsbeføjelse og har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til rammedirektivets artikel 15, stk. 3.

81 Det bemærkes, at proceduren for afgrænsning af markedet fastsat i rammedirektivets artikel 15 i overensstemmelse med dette direktivs artikel 16 skal gøre det muligt for de nationale tilsynsmyndigheder at foretage en analyse af det relevante marked og i særdeleshed at undersøge, om visse af virksomhederne på det pågældende marked har en stærk markedsstilling. Afgrænsningen af markedet udgør derfor udgangspunktet for konkurrenceanalysen i henhold til rammedirektivets artikel 16.

82 Det bemærkes, at definitionen af begrebet nyt marked i § 3, nr. 12b), i TKG, der refererer til »et marked for tjenesteydelser og varer«, ikke udgør en »afgrænsning af et relevant marked« som omhandlet i rammedirektivets artikel 15, stk. 3, der kan gøres til genstand for konkurrenceanalysen i henhold til nævnte direktivs artikel 16. Det følger således, at § 3, nr. 12b), i TKG ikke kan anses for at begrænse den beføjelse til at afgrænse markedet, som de nationale tilsynsmyndigheder har i henhold til rammedirektivets artikel 15, stk. 3.

83 Det må derimod konstateres, at begrænsningen af den tyske tilsynsmyndigheds skønsmæssige beføjelse i henhold til § 9a, stk. 1, i TKG nødvendigvis berører den nationale tilsynsmyndigheds beføjelse til at afgrænse markedet. Hertil bemærkes, at Kommissionens henstilling i et bilag identificerer de markeder, der skal gøres til genstand for en undersøgelse i henhold til rammedirektivets artikel 15, stk. 3. Men henset til princippet om ikke-regulering af nye markeder i § 9a, stk. 1, i TKG skal den tyske tilsynsmyndighed ikke længere afgrænse de relevante markeder i overens-

stemmelse med rammedirektivets artikel 15, stk. 3, for så vidt som de markeder, der er identificeret i bilaget til Kommissionens henstilling, falder ind under definitionen i § 3, nr. 12b), i TKG.

84 På den baggrund er § 9a, stk. 1, i TKG heller ikke i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 15, stk. 3.

85 Kommissionen har for det tredje gjort gældende, at § 9a, stk. 2, i TKG i strid med rammedirektivets artikel 8 fastsætter en prioritering af de i denne bestemmelse fastsatte formål.

86 Ifølge § 9a, stk. 2, i TKG iagttager den nationale tilsynsmyndighed med henblik på at vurdere behovet for regulering og at pålægge foranstaltninger i særdeleshed formålet om at fremme effektive infrastrukturinvesteringer og at støtte innovation. De øvrige målsætninger, som den nationale tilsynsmyndighed skal tage i betragtning, er opregnet i § 2 i TKG.

87 Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at med de nye bestemmelser i TKG foretages der en forhåndsstrukturering af den nationale tilsynsmyndigheds intervenering på de nye markeder. Medlemsstaten finder, at den, henset til råderummet for gennemførelse af de fælles rammebestemmelser for elektronisk kommunikation, kan tillægge et enkelt af de i rammedirektivet anerkendte formål særlig opmærksomhed, når der eksisterer en tydelig sammenhæng mellem dette formål og en bestemt type marked, således som det fremgår af betragtningerne til Kommissionens henstilling.

88 Det bemærkes herved, at ifølge rammedirektivets artikel 8, stk. 2, fremmer de nationale tilsynsmyndigheder konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet, elektroniske kommunikationstjenester og dertil hørende faciliteter og tjenester, især ved at sikre, at brugerne får maksimalt udbytte for så vidt angår valgmuligheder, pris og kvalitet, ved at sikre, at der i den elektroniske kommunikationssektor hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning, ved at

tilskynde til effektiv investering i infrastruktur og støtte innovation, samt ved at tilskynde til en effektiv udnyttelse og forvaltning af radiofrekvenser og nummerressourcer.

89 I henhold til rammedirektivets artikel 8, stk. 1, skal medlemsstaterne sikre, at de nationale tilsynsmyndigheder under udførelsen af de i dette direktiv og særdirektiverne omhandlede tilsynsopgaver træffer alle rimelige foranstaltninger med henblik på realiseringen af målsætningerne i artikel 8.

90 Herudover fremgår det af adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, og forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2, at forpligtelser, der pålægges i henhold til de nævnte artikler, skal tage udgangspunkt i det konkrete problem, være forholdsmæssige og berettigede i lyset af de målsætninger, der er fastsat i rammedirektivets artikel 8.

91 Det fremgår af disse bestemmelser, at de nationale tilsynsmyndigheder er forpligtet til at fremme målsætningerne som fastsat i rammedirektivets artikel 8 under udførelsen af de i de fælles rammebestemmelser nævnte tilsynsopgaver. Som følge heraf tilkommer det, som generaladvokaten har anført i punkt 64 i forslaget til afgørelse, de nationale tilsynsmyndigheder og ikke de nationale lovgivere at foretage afvejningen af disse målsætninger i forbindelse med afgrænsningen og analysen af et relevant marked, som kan underkastes regulering.

92 Domstolen har i denne sammenhæng givet udtryk for, at rammedirektivets artikel 8 pålægger medlemsstaterne pligten til at sikre, at de nationale tilsynsmyndigheder træffer alle rimelige foranstaltninger med henblik på at fremme konkurrencen inden for

udbud af elektroniske kommunikationstjenester ved at sikre, at der i den elektroniske kommunikationssektor hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning og ved at fjerne tilbageværende hindringer for udbud af disse tjenester på europæisk plan (jf. dom af 31.1.2008, sag C-380/05, Centro Europa 7, Sml. I, s. 349, præmis 81, og af 13.11.2008, sag C-227/07, Kommissionen mod Polen, Sml. I, s. 8403, præmis 63).

93 En national bestemmelse såsom § 9a, stk. 2, i TKG, der i forbindelse med den nationale tilsynsmyndigheds analyse af behovet for regulering af et nyt marked prioriterer et enkelt af de i rammedirektivet fastsatte formål, foretager imidlertid en afvejning af de nævnte målsætninger, skønt en sådan afvejning dog tilkommer den nationale tilsynsmyndighed under udførelsen af dens pålagte tilsynsopgaver.

94 Det følger heraf, at § 9a, stk. 2, i TKG, der giver prioritet til et bestemt reguleringsmål, tilsidesætter adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, rammedirektivets artikel 8, stk. 1 og 2, og forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2, og begrænser den nationale tilsynsmyndigheds skønsbeføjelse på en måde, der ikke er forenelig med disse direktiver.

95 Hvad for det fjerde angår Kommissionens kritik om, at § 9a, stk. 2, i TKG fastsætter strengere betingelser end dem, der er fastsat ved rammedirektivet for analysen af markeder, bemærkes, at denne bestemmelse fastsætter, at når omstændighederne begrunder den antagelse, at udviklingen af et varigt konkurrenceorienteret marked på området for telekommunikationstjenester eller -net i mangel af regulering ville blive hindret på lang sigt, kan den nationale tilsynsmyndighed ved fravigelse af denne bestemmelses stk. 1 gøre et nyt marked til genstand for regulering som omhandlet i del 2 i TKG, i overensstemmelse med §§ 9-12 i TKG.

96 Det fremgår således af § 9a, stk. 2, i TKG, at den nationale tilsynsmyndighed skal analysere behovet for regulering af de nye markeder, når der foreligger en risiko for, at udviklingen af en varig konkurrence på disse markeder hindres på lang sigt.

97 Det bemærkes, at de nationale tilsynsmyndigheder i henhold til rammedirektivets artikel 16 skal vurdere, om der er reel konkurrence på de relevante markeder. Hvis der ikke er reel konkurrence på et marked, pålægger den pågældende nationale tilsynsmyndighed virksomhederne med en stærk position på dette marked forudgående forpligtelser.

98 De kriterier, som ifølge § 9a, stk. 2, i TKG skal være opfyldt, for at et nyt marked undtagelsesvis kan underkastes forhåndsregulering, herunder risikoen for en hindring på lang sigt for udviklingen af en varig konkurrence, er strengere end kriterierne i rammedirektivets artikel 16, der alene betinger forhåndsregulering af, at det konstateres, at der ikke er en reel konkurrence på det relevante marked.

99 Som følge heraf tilsidesætter § 9a, stk. 2, i TKG rammedirektivets artikel 16 og begrænser den nationale tilsynsmyndigheds skønsmæssige beføjelse, idet den fastsætter strengere betingelser end dem, der er fastsat ved rammedirektivet for analysen af, om relevante markeder bør underkastes regulering.

100 Det følger af ovenstående betragtninger, at klagepunktet om, at de nationale tilsynsmyndigheders skønsmæssige beføjelse begrænses, skal tiltrædes.

Klagepunktet om tilsidesættelse af procedurerne for høring og koordinering fastsat i rammedirektivets artikel 6 og 7

Parternes argumenter

101 Kommissionen har gjort gældende, at i henhold til § 9a i TKG skal den nationale tilsynsmyndighed følge procedurerne for høring og koordinering, alene hvis den vurderer, at en forhåndsregulering er nødvendig. Således vil den nationale tilsynsmyndighed kunne afgrænse og analysere et marked som omhandlet i rammedirektivets artikel 15, stk. 3, og herefter i overensstemmelse med dette direktivs artikel 16 træffe beslutning om ikke at regulere markedet, uden at procedurerne i de fælles rammebestemmelser overholdes.

102 En sådan begrænsning af høringsproceduren er imidlertid i strid med rammedirektivets artikel 6 og 7. Kommissionen har anført, at Forbundsrepublikken Tyskland ved at antage, at pligten til at følge de nævnte procedurer alene eksisterer, når der er konstateret en pligt til forhåndsregulering, har sammenblandet afgrænsningen af markedet med fastlæggelsen af, om der er tale om et marked, der kan gøres til genstand for regulering.

103 Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at den allerede har informeret Kommissionen om, at proceduren for høring og konsolidering med hensyn til nye

markeder ifølge Bundesnetzagenturs kriterier for fortolkning vil blive udført i overensstemmelse med kravene i direktiverne inden for rammerne af de fælles rammebestemmelser for elektronisk kommunikation.

104 Denne medlemsstat finder endvidere, at § 9a i TKG sikrer overholdelsen af procedurerne for høring og konsolidering. Dels finder denne bestemmelse anvendelse inden for rammerne af den normale procedure for afgrænsning og analyse af et marked, dels forudsætter bestemmelsens stk. 2 eksistensen af et marked, der er defineret inden for rammerne af proceduren for afgrænsning af et marked i overensstemmelse med § 10, stk. 2, i TKG, der nøje iagttager principperne i konkurrenceretten. I denne henseende har Forbundsrepublikken Tyskland fuldstændigt opfyldt sine forpligtelser vedrørende høring og konsolidering som fastsat i rammedirektivets artikel 6 og 7. Kommissionen har ikke godtgjort nogen overtrædelse af disse forpligtelser, og den anførte tilsidesættelse heraf bygger på rene formodninger.

Domstolens bemærkninger

105 Det bemærkes, at både artikel 15, stk. 3, og rammedirektivets artikel 16, stk. 6, hvad angår afgrænsningen og analysen af markedet henviser til procedurerne fastsat i nævnte direktivs artikel 6 og 7.

106 I denne henseende er det allerede fastslået, at princippet om ikke-regulering af nye markeder, fastsat i § 9a, stk. 1, i TKG, begrænser den nationale tilsynsmyndigheds skønsmæssige beføjelse, der udledes af rammedirektivets artikel 15, stk. 3, og artikel 16. Begrænsningen af de nationale tilsynsmyndigheders beføjelser til at foretage en afgrænsning og analyse af nye markeder medfører nødvendigvis under visse omstændigheder en tilsidesættelse af procedurerne fastsat i rammedirektivets artikel 6 og 7.

107 Som følge heraf bør Kommissionens andet anbringende tiltrædes.

108 Det følger af ovenstående betragtninger, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, rammedirektivets artikel 6 og 7, artikel 8, stk. 1 og 2, artikel 15, stk. 3, og artikel 16, samt forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2, idet den har vedtaget § 9a i TKG.

Sagens omkostninger

109 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger, og denne har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Fjerde Afdeling):

1) **Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet), artikel 6 og 7, artikel 8, stk. 1 og 2, artikel 15, stk. 3, og artikel 16 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) og artikel 17, stk. 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med**

elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet), idet den har vedtaget § 9a i lov om telekommunikation (Telekommunikationsgesetz) af 22. juni 2004.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.

Underskrifter