FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO

fremsat den 23. april 2009 [1]

1. Telekommunikationssektoren er reguleret ved Fællesskabets rammebestemmelser med henblik på at opfylde flere mål, navnlig at sikre konkurrencen. En særlig institutionel ordning er blevet oprettet, hvorved det er blevet overladt nationale tilsynsmyndigheder at opfylde disse mål, og de har fået beføjelse til at intervenere, når dette er nødvendigt, ved at pålægge udbydere af teletjenester, der har en stærk markedsposition, forpligtelser.

2. Denne sag omhandler nærmere bestemt medlemsstaternes skønsmargen ved gennemførelsen af Fællesskabets nævnte rammebestemmelser: for det første deres frihed til at begrænse anvendelsen af bestemmelserne til situationer, hvor følsomme markeder berøres, navnlig nye markeder, og for det andet deres frihed til at styre de nationale tilsynsmyndigheders intervention med hensyn til særlige formål med reguleringen, såsom at fremme investering og innovation.

1 — Originalsprog: engelsk.

I — Faktiske og retlige omstændigheder

3. Blandt Fællesskabets rammebestemmelser, der finder anvendelse på telekommunikationssektoren, er følgende relevant for den foreliggende sag: rammedirektivet [2], adgangsdirektivet [3] og forsyningspligtdirektivet [4].

4. Den relevante tyske lovgivning er loven om telekommunikation (herefter »TKG«) [5]. TKG gennemfører i det væsentligste Fællesskabets rammebestemmelser, men har været genstand for to ændringer vedrørende nye markeder, hvilket udgør grundlaget for denne sag [6].

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT L 108, s. 33).

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7.3.2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet) (EFT L 108, s. 7).

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7.3.2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet) (EFT L 108, s. 1).

5 — »Telekommunikationsgesetz« af 22.6.2004, BGBl. I, s. 1190.

6 — »Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften« af 18.2.2007, BGBl. I, s. 106.

5. Disse ændringer af TKG undtager nye markeder fra regulering, medmindre reguleringen er nødvendig for konkurrencen på lang sigt. Det angives også heri, at de tyske tilsynsmyndigheder [7], når de vurderer, om regulering er nødvendig, skal tage særligt hensyn til målet om at fremme investering i infrastruktur og innovation.

6. I forbindelse med redegørelsen for baggrunden for denne sag vil jeg opdele omtalen af de relevante bestemmelser i Fællesskabets rammebestemmelser i formålene hermed (A) og de processuelle spørgsmål: gennemsigtighedsreglerne, samarbejdsordningen mellem de nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen, afgrænsningen af markedet og markedsanalyse (B). Dernæst vil jeg beskrive TKG mere detaljeret (C). Endelig vil jeg kort henvise til nogle forhold vedrørende den administrative procedure (D).

A — *Formålet med Fællesskabets rammebestemmelser*

7. Rammedirektivets artikel 7, stk. 1, bestemmer, at de nationale tilsynsmyndigheder under udførelsen af deres opgaver i medfør af Fællesskabets rammebestemmelser tager »størst muligt hensyn« til målene i artikel 8.

8. Rammedirektivets artikel 8, stk. 1, bestemmer, at medlemsstaterne »skal sikre«, at de nationale tilsynsmyndigheder træffer alle rimelige foranstaltninger med henblik på opfyldelse af disse mål.

9. Rammedirektivets artikel 8, stk. 2, opregner derefter et første sæt mål, der vedrører sikringen af konkurrencen:

»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

7 — »Bundesnetzagentur«.

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 8, stk. 3 og 4, opregner endnu to sæt mål vedrørende henholdsvis yderligere fremme af det indre marked og beskyttelsen af fællesskabsborgernes interesser.

11. Adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, og forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2, henviser til rammedirektivets mål. Disse mål berettiger de i disse artikler nævnte forpligtelser, som kan pålægges virksomheder med en stærk markedsposition [8].

12. Rammedirektivets artikel 15, stk. 2, pålægger Kommissionen at vedtage retningslinjer for markedsanalyser og vurdering af stærk markedsposition, »der er i overensstemmelse med konkurrencerettens principper« (herefter »Kommissionens retningslinjer«) [9].

13. I betragtning 27 til rammedirektivet er det anført, at Kommissionens retningslinjer skal behandle spørgsmålet om anvendelsen af de retlige forpligtelser på nye markeder:

»[Kommissionens retningslinjer] skal også behandle spørgsmålet om nye, fremspirende markeder, hvor den faktiske markedsleder

8 — Nogle af disse forpligtelser bør opregnes med henblik på forståelsen af den økonomiske indvirkning, de kan have på genstanden herfor: Adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, henviser til forpligtelser, bl.a. at give adgang til og tillade brug af specifikke netfaciliteter og at udøve priskontrol samt udarbejde omkostningsregnskaber. Forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2, omfatter forpligtelser, som kan indebære et loft over detailpriser og kontrol af bestemte takster eller gøre disse omkostningsbaserede eller basere dem på priserne på sammenlignelige markeder.

9 — 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).

sandsynligvis har en betydelig markedsandel, men ikke bør pålægges urimelige forpligtelser.«

14. Punkt 32 i Kommissionens retningslinjer nævner de nye markeder ved at gentage betragtning 27 til rammedirektivet, og følgende begrundelse tilføjes:

»Det skyldes, at for tidlig forhåndsregulering kan have en urimelig indvirkning på udviklingen i konkurrenceforholdene på nye og fremspirende markeder. Samtidig bør den førende organisation dog ikke have mulighed for markedsafskærmning på sådan et fremspirende marked. Uden at det foregriber hensigtsmæssigheden af konkurrencemyndighedernes indgriben i enkelttilfælde, bør de nationale tilsynsmyndigheder sikre, at de fuldt ud kan begrunde alle former for tidlig forhåndsregulering på et fremspirende marked, især fordi de stadig har mulighed for at gribe ind på et senere tidspunkt i forbindelse med den jævnlige gennemgang af de relevante markeder.«

15. Rammedirektivets artikel 15, stk. 1, pålægger også Kommissionen at vedtage en henstilling »under anvendelse af principperne i konkurrenceretten«, hvori de markeder udpeges, hvor det vil være berettiget at indføre forpligtelser som omhandlet i adgangsdirektivet og forsyningspligtdirektivet (herefter »henstillingen fra Kommissionen«) [10].

16. I betragtning 15 til henstillingen fra Kommissionen er følgende anført vedrørende anvendelsen af de retlige forpligtelser for nye markeder:

»[N]ye og fremspirende markeder, hvor der kan foreligge markedsstyrke på grund af »first-mover«-fordele, skal principielt ikke være genstand for forhåndsregulering.«

B — *Gennemsigtighedsordningen, samarbejdsordningen, afgrænsning af markedet og markedsanalyse*

17. Rammedirektivets artikel 6 indfører en ordning med gennemsigtighed for de interesserede parter. Nationale tilsynsmyndigheder skal som hovedregel give de interesserede parter lejlighed til at fremsætte bemærkninger til udkastet til foranstaltninger, offentliggøre de nationale høringsprocedurer og gøre

10 — Kommissionens henstilling om relevante produkt- og tjenestemarkeder inden for den elektroniske kommunikationssektor, som er underlagt forhåndsregulering i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EUT 2003 L 114, s. 45).

resultaterne af høringsproceduren offentligt tilgængelige.

18. Rammedirektivets artikel 7, stk. 2, indfører en samarbejdsordning mellem de nationale tilsynsmyndigheder indbyrdes og mellem de nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen med henblik på at sikre »en ensartet anvendelse« af rammebestemmelserne.

19. Rammedirektivets artikel 7, stk. 3 og 5, fastsætter formen for dette samarbejde. Når en national tilsynsmyndighed agter at træffe en foranstaltning, som bl.a. er omfattet af rammedirektivets artikel 15 eller 16, og som også vil få indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne, må den underrette de andre nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen herom. Udkastet til foranstaltningen samt begrundelsen herfor stilles til rådighed for de øvrige nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen, så disse kan fremsætte deres bemærkninger. Den nationale tilsynsmyndighed skal tage hensyn til disse bemærkninger og skal, hvis den vedtager udkastet til foranstaltningen, fremsende det til Kommissionen.

20. Rammedirektivets artikel 15 og 16 omhandler markedsafgrænsning og markedsanalyse, som er omfattet af samarbejdet.

21. Rammedirektivets artikel 15, stk. 3, regulerer de nationale tilsynsmyndigheders afgrænsning af markedet.

»De nationale tilsynsmyndigheder afgrænser under nøje hensyntagen til [henstillingen fra Kommissionen] og [Kommissionens retningslinjer] de relevante markeder tilpasset de nationale forhold, navnlig relevante geografiske markeder på deres område, og det i overensstemmelse med konkurrencerettens principper. […]«

22. Rammedirektivets artikel 16, stk. 1 og 2, bestemmer, at de nationale tilsynsmyndigheder skal analysere disse markeder under nøje iagttagelse af Kommissionens retningslinjer (og, hvor det er hensigtsmæssigt, i samarbejde med nationale tilsynsmyndigheder). Når en national tilsynsmyndighed skal træffe en afgørelse om forpligtelser i henhold til adgangsdirektivet eller forsyningspligtdirektivet, skal den fastlægge, hvorvidt der reelt er konkurrence på markedet.

23. Rammedirektivets artikel 16, stk. 3 og 4, omfatter den situation, hvor den nationale tilsynsmyndighed konkluderer, hvorvidt der reelt er konkurrence på markedet. Antages det, at der reelt er konkurrence på markedet, må den nationale tilsynsmyndighed ikke indføre eller opretholde forpligtelserne i henhold til artikel 16, stk. 2, eller ophæve eksisterende forpligtelser. Er dette ikke tilfældet, udpeger den nationale tilsynsmyndighed virksomheder med en stærk markedsposition og pålægger, opretholder eller ændrer sådanne forpligtelser.

24. Rammedirektivets artikel 7, stk. 4, giver Kommissionen en vetoret ved visse foranstaltninger fra nationale tilsynsmyndigheder. Disse foranstaltninger skal enten indeholde en afgrænsning af et relevant marked, som afviger fra dem, der er nævnt i henstillingen fra Kommissionen, eller en afgørelse om, hvorvidt en virksomhed anses for at have en stærk markedsposition, i henhold til bl.a. artikel 16, stk. 3 og 4. Sådanne foranstaltninger skal endvidere have en indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne. Kommissionen skal anføre, at udkastet til foranstaltningen vil udgøre en hindring for det indre marked, eller at den nærer alvorlig tvivl om dets forenelighed med fællesskabsretten og mere specifikt med målene i artikel 8. I et sådant tilfælde bliver udkastet til foranstaltningen først udskudt, og Kommissionen kan kræve, at den nationale tilsynsmyndighed trækker foranstaltningen tilbage, hvis den ikke kan vedtages sammen med særlige ændringsforslag.

25. Artikel 7, stk. 6, indfører en procedure om en hurtig indsats, der under ekstraordinære omstændigheder skal anvendes på den ovenfor beskrevne samarbejdsordning.

C — *TKG*

26. § 2 i TKG opregner de mål, som i det væsentlige omfatter de formål med reguleringen, som er anført i rammedirektivets artikel 8.

27. § 9, stk. 1 og 2, i TKG fastsætter, at reguleringen finder anvendelse på de markeder, som opfylder de i § 10 nævnte betingelser, og med hensyn til hvilke en markedsanalyse, der er udført i henhold til § 11, viser, at der ikke er reel konkurrence. Den tyske tilsynsmyndighed pålægger virksomheder med en stærk markedsposition på disse markeder bindende forpligtelser.

28. § 10, stk. 2, i TKG beskriver de markedsvilkår, der giver anledning til regulering (høje adgangsbarrierer, en hindring for en effektiv konkurrence på lang sigt og utilstrækkelige konkurrenceretlige midler). Den tyske tilsynsmyndighed skal afgrænse disse markeder under hensyntagen til henstillingen fra Kommissionen.

29. § 11, stk. 1, i TKG omhandler bedømmelsen af den effektive konkurrence (der foreligger ikke effektiv konkurrence, hvis en eller flere virksomheder har en stærk markedsposition). Den tyske tilsynsmyndighed skal foretage denne markedsanalyse under hensyntagen til Kommissionens retningslinjer.

30. § 12 i TKG indfører en procedure, som i det væsentlige gengiver gennemsigtighedsordningen og samarbejdsordningen i ramme-

direktivets artikel 6 og 7. § 10, stk. 3, og § 11, stk. 3, i TKG fastsætter, at den tyske tilsynsmyndighed efter denne procedure skal fremlægge resultaterne af sin afgræsning af markedet og af markedsanalysen for Kommissionen, såfremt der er tale om handel mellem medlemsstater.

31. Som nævnt var TKG genstand for to ændringer vedrørende nye markeder. Det fremgår, at den relevante tyske udbyder af teletjenester (Deutsche Telekom) forud for vedtagelsen af disse ændringer havde drevet lobbyvirksomhed til fordel for, at det bredbåndsnetværk, selskabet påtænkte at oprette, skulle undtages fra regulering (navnlig lovpligtig adgang til regulerede priser).

32. Det kan udledes af parternes indlæg, både de skriftlige og de under retsmødet afgivne, at der i Forbundsrepublikken Tyskland havde fundet en samfundsdebat sted vedrørende de nye markeders såkaldte »lovferie«. I denne debat stillede deltagere spørgsmålstegn ved foreneligheden af en direkte undtagelse med fællesskabsretten. Det fremgår ikke med sikkerhed af parternes indlæg, om et bestemt synspunkt var fremherskende og havde afgørende indflydelse på ændringerne af TKG.

33. § 3, stk. 12b, var den første ændring af TKG, og den definerer nye markeder:

»Et »nyt marked« er et marked for tjenesteydelser eller varer, som adskiller sig væsentligt fra de aktuelt tilgængelige tjenesteydelser eller varer på grund af deres effektivitet, type, tilgængelighed for et stort antal brugere (massemarkedskapacitet), pris eller kvalitet efter en veloplyst købers synspunkt, og som ikke blot erstatter andre varer.«

34. § 9a udgjorde den anden ændring af TKG, og den indfører en regel for en lovmæssig undtagelse for nye markeder i stk. 1 og en undtagelse til denne regel i stk. 2:

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

2. Når bestemte faktorer giver anledning til at konkludere, at udviklingen af et bæredygtigt, konkurrencedygtigt marked på området for tjenesteydelser eller telekommunikationsnetværk, i mangel af regulering ville blive hindret på lang sigt, kan den [tyske tilsynsmyndighed], i medfør af en undtagelse til 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.

Den tyske tilsynsmyndighed vil med henblik på bedømmelsen af behovet for regulering og ved at pålægge særlige foranstaltninger navnlig tage hensyn til målet om at fremme effektiv investering i infrastrukturer og om at støtte innovation.«

35. Disse ændringer trådte i kraft den 18. februar 2007.

D — *Den administrative procedure*

36. Den 20. december 2006 besluttede Kommissionen, på baggrund af kontakter med Forbundsrepublikken Tyskland vedrørende tilføjelserne til TKG, men inden disse tilføjelser trådte i kraft, at indlede denne traktatbrudssag.

37. Den 26. februar 2007 fremsendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Forbundsrepublikken Tyskland med spørgsmål om foreneligheden af tilføjelserne til TKG med Fællesskabets rammebestemmelser. Samme dag udsendte Kommissionen en pressemeddelelse, hvori den gav udtryk for sin »hensigt om, hurtigst muligt at indbringe sagen for De Europæiske Fællesskabers Domstol«.

38. Da Kommissionen ikke fandt Forbundsrepublikken Tysklands besvarelse af åbningsskrivelsen og den efterfølgende begrundede udtalelse tilfredsstillende, anlagde den sag i henhold til artikel 226 EF.

II — Formaliteten

39. Forbundsrepublikken Tyskland er i tvivl om, hvorvidt sagen kan antages til realitetsbehandling. Dens første indsigelse er baseret på det forhold, at Kommissionen besluttede at indlede traktatbrudsproceduren, inden tilføjelserne til TKG trådte i kraft.

40. Dette forhold skal der dog ikke tages hensyn til. Forbundsrepublikken Tyskland modtog Kommissionens åbningsskrivelse, efter at tilføjelserne til TKG trådte i kraft. Derfor fik Forbundsrepublikken Tyskland, i overensstemmelse med artikel 226 EF, mulighed for at fremsætte bemærkninger til

en tilsidesættelse, som angiveligt allerede fandt sted [11].

41. For det andet har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte Forbundsrepublikkens ret til forsvar, da den i en pressemeddelelse, der blev udsendt samme dag som fremsendelsen af åbningsskrivelsen, gav udtryk for, at den havde til hensigt at anlægge sag for Domstolen hurtigst muligt.

42. Kommissionens ubesindighed er beklagelig, navnlig i lyset af dens pligt til loyalt samarbejde med medlemsstaterne [12]. Dette er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at konkludere, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang tog Forbundsrepublikken Tysklands efterfølgende bemærkninger som svar på åbningsskrivelsen og den begrundede udtalelse i betragtning. Derfor kan sagen antages til realitetsbehandling.

III — Retlig bedømmelse

43. Forbundsrepublikken Tyskland har med ændringerne af TKG begrænset anvendelsen af regulering for så vidt angår nye markeder. § 3, stk. 12b, i TKG definerer et nyt marked. Dernæst er disse markeder i henhold til § 9a, stk. 1, i TKG principielt undtaget fra regulering. Regulering skal i henhold til § 9a, stk. 2, i TKG kun anvendes, såfremt konkurrence på langt sigt i modsat fald ville blive hindret. Den tyske tilsynsmyndighed skal, når den tager stilling til behovet for regulering, tage særligt hensyn til tilskyndelsen til investering og innovation, navnlig når den pålægger virksomheder med en stærk markedsposition forpligtelser.

44. § 3, stk. 12b, i TKG er ifølge Kommissionen skyld i, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til flere bestemmelser i Fællesskabets rammebestemmelser, dvs. rammedirektivets artikel 6 og 7, artikel 8, stk. 1 og 2, artikel 15, stk. 3, og artikel 16 samt adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, og forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2.

45. Alle disse påståede tilsidesættelser kan opdeles i to sæt spørgsmål, hvor det første omhandler den materielle indvirkning af en begrænsning af reguleringen, og det andet omhandler de processuelle konsekvenser.

46. De materielle spørgsmål omhandler Forbundsrepublikken Tysklands skøns-

11 — Jf. dom af 15.2.2001, sag C-230/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 1169, præmis 32.

12 — Jf. generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i sag C-120/01, Kommissionen mod Irland, Sml. 2002 I, s. 6739, punkt 50.

margen, når den gennemfører Fællesskabets rammebestemmelser:

— Kan Forbundsrepublikken Tyskland indføre en regel om at undtage nye markeder fra regulering?

— Kan Forbundsrepublikken Tyskland begrænse den tyske tilsynsmyndigheds skøn ved at prioritere et særligt lovgivningsmæssigt mål vedrørende intervention i nye markeder?

47. De processuelle spørgsmål drejer sig om, i hvilket omfang ændringerne af TKG påvirker de processuelle aktiviteter, som leder til den tyske tilsynsmyndigheds beslutning om at intervenere eller ej, som omhandlet i Fællesskabets rammebestemmelser — gennemsigtighedsordningen, samarbejdsordningen mellem de nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen, afgrænsningen af markedet og markedsanalyse.

48. Det er imidlertid kun nødvendigt at behandle disse processuelle spørgsmål, hvis Domstolens besvarelse af de materielle spørgsmål først og fremmest indebærer en accept af, at Forbundsrepublikken Tyskland handlede lovligt inden for dens skønsmargen, da den gennemførte Fællesskabets rammebestemmelser. I modsat fald vil yderligere ulovligheder i forbindelse med disse processuelle spørgsmål ikke længere være relevante.

49. Jeg skal derfor starte min analyse med de materielle spørgsmål.

A — *Den angivelige tilsidesættelse som følge af indførelsen af en regel om at undtage nye markeder fra regulering*

50. § 9a, stk. 1, i TKG indfører en regel om at undtage nye markeder fra regulering, medmindre betingelserne i § 9a, stk. 2, i TKG er opfyldt. Denne regel er ifølge Kommissionen til gunst for den pågældende tyske udbyder af teletjenesters investeringer i et bredbåndsnetværk, idet den fjerner truslen om intervention ved regulering.

51. Domstolen har allerede fastslået, at intervention i privatejede anlæg nedsætter tilskyndelsen til først og fremmest at udvikle disse anlæg. Derfor er et pålæg om tvangsadgang til et anlæg (som et middel mod et retsstridigt

afslag på levering) kun passende, såfremt de strengeste krav er opfyldt [13]. Det er endvidere grunden til, at pålæggelse af en forpligtelse til at indtræde i forhandlinger med henblik på at give adgang ifølge fællesskabsreguleringen af telekommunikationssektoren skal være forholdsmæssig og virkelig nødvendig for konkurrenceforholdene [14].

52. Derfor må det fastslås, at de interventionsmuligheder, som denne regulering indebærer, væsentligt vil nedsætte tilskyndelsen til at investere i infrastruktur og innovation [15]. Det er således kun naturligt, at den pågældende udbyder af teletjenester ikke imødekommer regulering, og hvis Forbundsrepublikken Tyskland ønsker at fremme investering i telekommunikationsinfrastrukturen, bør den tage dette anliggende i betragtning. Det afhænger af et politisk valg: at begrænse regulering, og lide under de dertil knyttede virkninger af en stærk markedsposition, med henblik på at fremme investering i infrastruktur.

53. Under normale omstændigheder ville Forbundsrepublikken Tyskland have kunnet foretage et sådant politisk valg, men ikke når der foreligger fællesskabsregulering af telekommunikationssektoren. Her er valget allerede truffet af fællesskabslovgiver ved at regulere denne sektor, med alle de muligheder for intervention, dette indebærer [16].

54. Telekommunikationssektoren omfatter utvivlsomt de nye markeder, som er defineret i § 3, stk. 12b, i TKG. Derfor kan Forbundsrepublikken Tyskland ikke omgøre fællesskabslovgivers afgørelse og kan ikke som hovedregel undtage disse nye markeder fra regulering.

55. Imidlertid har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at reglen om, at nye markeder ikke skal reguleres, allerede eksisterer i Fællesskabets rammebestemmelser.

56. Dette er ikke tilfældet. Betragtning 27 til rammedirektivet advarer blot imod at

13 — Navnlig udelukkelsen af enhver konkurrence, se dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner mod Mediaprint, Sml. I, s. 7791, præmis 41, og hvad angår tilskyndelseseffekten, forslag til afgørelse fra generaladvokat Jacobs til denne sag, punkt 57.

14 — Jf. dom af 13.11.2008, sag C-227/07, Kommissionen mod Polen, Sml. I, s. 8403, præmis 40-44, og generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i denne sag, punkt 38 og 39, hvorefter »[m]arkedsøkonomien [ikke] må […] begrænses uden grund«.

15 — Navnlig ved sammenligning af interventionsmulighederne efter de almindelige konkurrenceretlige bestemmelser.

16 — Dette betyder ikke, at reguleringen ikke tager hensyn til tilskyndelser til investering og innovation. Disse spørgsmål omhandles i Fællesskabets rammebestemmelser, rammedirektivets artikel 8, stk. 2, litra c), som drøftet nedenfor.

pålægge nye markeder »urimelige forpligtelser« [17]. Det er alene Kommissionen, først med Kommissionens retningslinjer, dernæst med henstillingen fra Kommissionen, som behandler dette nærmere. Det er korrekt, at det i henstillingen fra Kommissionen er anført, at nye markeder ikke bør være genstand for regulering. Jeg finder imidlertid, at Kommissionens retningslinjer indeholder en bedre og mere fuldstændig redegørelse for de relevante forhold.

57. I Kommissionens retningslinjer er det nævnt, at den udvikling, der har fundet sted i de nye markeder, kan blive forstyrret af regulering, men samtidig, at disse markeder ikke skal udelukkes fra begyndelsen af virksomheder, der har en stærk markedsposition. Dette indebærer en særlig pligt til omhu for de nationale tilsynsmyndigheder, når de intervenerer i disse markeder, navnlig i lyset af muligheden for at udskyde denne intervention til et tidspunkt, hvor konkurrencevilkårene er blevet stabile. Henstillingen fra Kommissionen og dens henvisning til den markedsposition, der erhverves på grund af »first-mover«-fordele, skal således fortolkes i dette lys.

58. Det er derfor klart for så vidt angår undtagelsen for nye markeder fra regulering, at fællesskabslovgiver ikke havde til hensigt at tage skridtet fra blot en forsigtig henstilling til en bindende retsregel.

17 — Om den fortolkningsmæssige værdi af betragtninger, se mit forslag til afgørelse af 17.12.2008, sag C-250/07, Kommissionen mod Grækenland, der endnu verserer for Domstolen, punkt 15.

59. Som følge heraf kan Forbundsrepublikken Tyskland ikke indføre en regel om, at nye markeder undtages fra regulering, som i § 9a, stk. 1, i TKG.

B — *Den angivelige tilsidesættelse som følge af begrænsningen af den tyske tilsynsmyndigheds skøn ved at prioritere et bestemt lovgivningsmæssigt mål*

60. Forbundsrepublikken Tyskland har ikke desto mindre gjort gældende, at den ikke har indført en general undtagelse fra regulering. Forbundsrepublikken har anført, at § 9a i TKG skal fortolkes i lyset af stk. 2, som fastlægger de betingelser, der skal opfyldes, for at reguleringen finder anvendelse. Stk. 1 fastsætter blot konsekvenserne af, at disse betingelser ikke er opfyldt. I denne henseende har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at den vejleder eller som, den har anført, foretager en »forudgående strukturering« af de tyske tilsynsmyndigheders intervention på nye markeder.

61. Kernen i denne »forudgående strukturering« er angivelsen i § 9a, stk. 2, i TKG af målet om at fremme investering og innovation [18].

18 — En anden betingelse i § 9a, stk. 2, i TKG, som tiltrak sig Kommissionens opmærksomhed, var hindringen, i tilfælde af manglende regulering, af udviklingen af et bæredygtigt, konkurrencedygtigt marked. Denne betingelse skal imidlertid opfyldes i forbindelse med enhver regulering i henhold til § 10, stk. 2, i TKG (strukturelle hindringer af en effektiv konkurrence på lang sigt), som i det væsentlige gengiver niende betragtning til henstillingen fra Kommissionen, og er formentlig forenelig med en forholdsmæssig og korrekt anvendelse af regulering (jf. henvisningerne i fodnote 14 ovenfor).

Dette mål svarer til rammedirektivets artikel 8, stk. 2, litra c). De øvrige mål i rammedirektivets artikel 8 finder stadig anvendelse i medfør af stk. 2, i TKG. Målene med Fællesskabets rammebestemmelser kan Forbundsrepublikken Tyskland afveje på forskellige måder, og dens lovgiver »instruerede« den tyske tilsynsmyndighed i, hvordan den skulle foretage denne afvejning ved at prioritere et bestemt mål [19].

62. Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at sådanne instrukser falder inden for den skønsmargen, der foreligger ved gennemførelsen af Fællesskabets rammebestemmelser [20]. Spørgsmålet er derfor, hvem Fællesskabets rammebestemmelser udpeger til at afveje de forskellige mål: den nationale lovgiver, når den gennemfører rammebestemmelserne, eller de nationale tilsynsmyndigheder, når de foretager deres særlige bedømmelse?

63. Det skal understreges, at besvarelsen er uafhængig af det særlige mål, der forfølges. Det kan være, at Forbundsrepublikken Tyskland har ret, og at der i forbindelse med nye markeder skal rettes særlig opmærksomhed på tilskyndelser til infrastruktur og innovation. Imidlertid har det forskellige konsekvenser, alt efter om man udpeger den nationale lovgiver eller de nationale tilsynsmyndigheder til at foretage en sådan afvejning. Grundlaget for, at de nationale tilsynsmyndigheder er blevet oprettet og har fået tildelt særlige beføjelser i medfør af Fællesskabets rammebestemmelser, er, at det forventes, at de er isoleret fra visse interesser og udelukkende træffer deres afgørelser på grundlag af de i rammebestemmelserne angivne kriterier.

64. Jeg er således af den opfattelse, at afvejningen af rammebestemmelsernes mål skal foretages af de nationale tilsynsmyndigheder. Rammedirektivets artikel 8 udpeger udtrykkeligt de nationale tilsynsmyndigheder og ikke den nationale lovgiver til at forfølge disse mål samt afvejningen heraf.

65. Dette indebærer en institutionel ordning, hvor den nationale lovgivers opgaver er begrænset til at sikre, at de nationale tilsynsmyndigheder iværksætter alle de nødvendige foranstaltninger med henblik på at forfølge disse mål, hvilket Domstolen har udtalt ved flere lejligheder [21]. Selv medlemsstaternes selvstændighed for så vidt angår tilrettelæggelsen og struktureringen af de nationale tilsynsmyndigheder er undergivet forfølgelsen af disse mål [22].

19 — Forbundsrepublikken Tyskland fremlagde en mere nuanceret argumentation under retsmødet: § 9a, stk. 2, i TKG er nødvendig for at gøre det muligt retligt at efterprøve den tyske tilsynsmyndigheds skønsudøvelse. En retlig efterprøvelse, der er begrænset til et mål, svarer imidlertid til en instruks om at prioritere denne i forhold til de andre.

20 — Dette vedrører bindende instrukser. Det bemærkes, at § 10, stk. 2, og § 11, stk. 1, i TKG allerede henviser til henstillingen fra Kommissionen og til Kommissionens retningslinjer, således at deres ikke-bindende henstillinger kan finde anvendelse på nye markeder.

21 — Jf. dom af 31.1.2008, sag C-380/05, Centro Europa 7, Sml. I, s. 349, præmis 81, og dommen i sagen Kommissionen mod Polen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 63. I dom af 10.1.2008, sag C-387/06, Kommissionen mod Finland, præmis 23, fastslog Domstolen, at Kommissionen, for at godtgøre, at forfølgelsen af de lovmæssige mål i rammedirektivets artikel 8 er blevet tilsidesat, i detaljer skal redegøre for alle de beføjelser, der tilkommer den nationale tilsynsmyndighed. Domstolen godtog ligeledes, i sagen Kommissionen mod Polen, præmis 66, at den nationale tilsynsmyndighed havde fået »omfattende interventionsmuligheder« til at forfølge de mål, der var fastsat i rammedirektivets artikel 8.

22 — Jf. dom af 6.3.2008, sag C-82/07, Comision del Mercado de las Telecomunicaciones, Sml. I, s. 1265, præmis 24.

66. Dette forudsætter endvidere, at det er nationale tilsynsmyndigheder, der er bedst egnet til at afgøre, hvordan disse forskellige mål skal afvejes med henblik på at få det bedste resultat. Med andre ord ville en national lovgivers beslutning om at prioritere et særligt mål reelt påvirke den måde, hvorpå fællesskabslovgiver ønsker, at den særlige markedsbedømmelse skal udføres, nemlig af nationale tilsynsmyndigheder, som tager hensyn til forskellige mål fra sag til sag. Fraværet af en ordning, som fordeler prioriteten mellem målene i Fællesskabets rammebestemmelser, og den deraf følgende skønsbeføjelse til de nationale tilsynsmyndigheder var derfor et helt bevidst valg fra fællesskabslovgiver.

67. Følgelig kan Forbundsrepublikken Tyskland ikke begrænse den tyske tilsynsmyndigheds skøn i forbindelse med intervention på nye markeder ved at fastsætte betingelser som i § 9a, stk. 2, i TKG, som prioriterer et bestemt lovmæssigt mål [23].

68. Forbundsrepublikken Tyskland har derfor tilsidesat sine forpligtelser i henhold til de bestemmelser, der gengiver eller henviser til Fællesskabets rammebestemmelser: rammedirektivets artikel 7, stk. 1, og artikel 8, adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, og forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2 [24].

C — *De angivelige tilsidesættelser vedrørende gennemsigtighedsordningen, samarbejdsordningen, afgrænsningen af markedet og markedsanalysen*

69. Alle de øvrige bestemmelser, som Kommissionen har nævnt, vedrører de processuelle aktiviteter, der leder til den tyske tilsynsmyndigheds beslutning om, hvorvidt der skal interveneres eller ej, som anført i Fællesskabets rammebestemmelser: gennemsigtighedsordningen, samarbejdsordningen mellem de nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen, afgræsningen af markedet og markedsanalysen.

70. Da det allerede med hensyn til den tyske tilsynsmyndigheds intervention er fastslået, at ændringerne af TKG gik ud over Forbunds-

23 — Dommen i sagen Kommissionen mod Polen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 42-44, bekræfter også denne konklusion. I denne dom fandt Domstolen, at en afgørelse truffet af Republikken Polen om at favorisere adgang til netinfrastrukturer ved at ignorere de konkrete konkurrencevilkår, udgjorde en utilstrækkelig gennemførelse af adgangsdirektivet, og navnlig af forpligtelsen til at forfølge målene i rammedirektivets artikel 8.

24 — Der er endvidere bestemmelser i adgangsdirektivet og i forsyningspligtdirektivet, henholdsvis artikel 8, stk. 1, og artikel 17, stk. 1, som svarer til rammedirektivets artikel 8, stk. 1. Dette punkt har Kommissionen dog ikke fremført for Domstolen.

republikken Tysklands skønsmargen ved gennemførelsen af Fællesskabets rammebestemmelser, er det uden relevans, om sådanne ændringer tillige tilsidesætter Forbundsrepublikken Tysklands forpligtelser vedrørende de nævnte processuelle forhold.

IV — Forslag til afgørelse

71. På baggrund af alt det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen fastslår, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til rammedirektivets artikel 7, stk. 1, og artikel 8, adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, og forsyningspligtdirektivets artikel 17, stk. 2, idet den vedtog § 3, stk. 12b, og § 9a, der ændrede loven om telekommunikation.