RETTENS KENDELSE (Femte Afdeling)

12. december 2007 *

I sag T-109/06,

Vodafone España, SA, Madrid (Spanien),

Vodafone Group plc, Newbury, Berkshire (Det Forenede Kongerige),

ved J. Flynn, QC, og solicitors E. McKnight og K. Fountoukakos-Kyriakakos,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Shotter og K. Mojzesowicz, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

støttet af:

Kongeriget Spanien ved abogado del Estado M. Muñoz Pérez,

intervenient,

angående en påstand om annullation af den afgørelse i henhold til artikel 7, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EUT L 108, s. 33), som hævdes at være indeholdt i Kommissionens skrivelse af 30. januar 2006 til Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, samt dommerne E. Martins Ribeiro og K. Jürimäe,

justitssekretær: E. Coulon,

afsagt følgende

Kendelse

Retsforskrifter

1. *Direktiv 2002/21/EF*

1 Den 7. marts 2002 vedtog Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EUT L 108, s. 33). Ifølge direktivets artikel 1, stk. 1, »fastlægger [direktivet] harmoniserede rammer for regulering af elektroniske kommunikationstjenester, elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og tjenester […], fastsætter de nationale tilsynsmyndigheders opgaver og opstiller en række procedurer, der skal sikre, at rammebestemmelserne anvendes ensartet i hele EF«.

2 I artikel 4 i direktiv 2002/21 bestemmes det med følgende ordlyd, at der skal sikres adgang til at påklage de nationale tilsynsmyndigheders afgørelser:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at der på nationalt plan findes effektive mekanismer, ved hjælp af hvilke enhver bruger eller en virksomhed, der udbyder elektroniske

kommunikationsnet og/eller -tjenester, og som berøres af en national tilsynsmyndigheds afgørelse, kan påklage denne til en klageinstans, som er uafhængig af de involverede parter. Denne instans, som kan være en domstol, skal have den nødvendige ekspertise til rådighed, som gør det muligt for den at udføre sine funktioner. Medlemsstaterne sikrer, at der tages behørigt hensyn til sagens omstændigheder, og at der forefindes en effektiv klagemekanisme. Klagesagen har ikke opsættende virkning for den afgørelse, som den nationale tilsynsmyndighed har truffet, medmindre klageinstansen træffer anden afgørelse herom.

2. Når den i stk. 1 omhandlede klageinstans ikke har domstolskarakter, begrundes dens afgørelser altid skriftligt. I sådanne tilfælde kan dens afgørelser desuden indbringes for en ret i en medlemsstat, jf. traktatens artikel 234.«

3 Ifølge artikel 5, stk. 2, i direktiv 2002/21 skal »[m]edlemsstaterne [sikre], at de nationale tilsynsmyndigheder, efter begrundet anmodning fra Kommissionen, forelægger den de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udføre sine traktatfæstede opgaver«.

4 I artikel 6 i direktiv 2002/21, der bærer overskriften »Høring og transparens«, bestemmes det:

»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 […]«

5 I artikel 7 i direktiv 2002/21, der bærer overskriften »Konsolidering af det indre marked for elektronisk kommunikation«, hedder det:

»1. De nationale tilsynsmyndigheder tager under udførelsen af deres opgaver i medfør af dette direktiv […] 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 […] 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 […] og

b) vil få indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne,

[…] 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. […] 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.

6. Hvor en national tilsynsmyndighed under ekstraordinære omstændigheder mener, at der er et påtrængende behov for en hurtig indsats for at sikre konkurrencen og beskytte brugernes interesser, kan den som en fravigelse af proceduren i artikel 3 og 4 med det samme vedtage forholdsmæssige foranstaltninger af midlertidig karakter. Den fremsender straks de vedtagne foranstaltninger til Kommissionen og de andre nationale tilsynsmyndigheder med en udførlig begrundelse. En beslutning truffet af den nationale tilsynsmyndighed om at gøre sådanne foranstaltninger permanente eller forlænge deres gyldighedsperiode er omfattet af stk. 3 og 4.«

6 I henhold til artikel 8, stk. 2, litra b), i direktiv 2002/21 »fremmer [de nationale tilsynsmyndigheder] konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet, elektroniske kommunikationstjenester og dertil hørende faciliteter og tjenester ved bl.a. at […] sikre, at der i den elektroniske kommunikationssektor hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning«.

7 Det tilføjes i artikel 8, stk. 3, litra d), i direktiv 2002/21, at »[d]e nationale tilsynsmyndigheder bidrager til udviklingen af det indre marked ved bl.a. at […] samarbejde indbyrdes og med Kommissionen på en transparent måde for at sikre udviklingen af en ensartet reguleringspraksis og en ensartet anvendelse af dette direktiv«.

8 I artikel 14 i direktiv 2002/21 defineres begrebet »virksomhed med en stærk markedsposition«. Det bestemmes således i artikel 14, stk. 2, i direktiv 2002/21, at »[e]n virksomhed anses for at have en stærk markedsposition, hvis den enten alene eller i fællesskab med andre indtager, hvad der svarer til en dominerende stilling,

dvs. en økonomisk styrkeposition, der giver den magt til i betragtelig grad at kunne handle uafhængigt af konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugerne«. Det tilføjes i bestemmelsen, at de nationale tilsynsmyndigheder »ved vurderingen af, om to eller flere virksomheder indtager en kollektivt dominerende stilling på markedet [handler] i overensstemmelse med fællesskabsretten og […] i størst muligt omfang [tager] hensyn til de af Kommissionen i henhold til artikel 15 offentliggjorte »retningslinjer for markedsanalyser og vurdering af stærk markedsposition««.

9 Artikel 15 i direktiv 2002/21 vedrører proceduren for afgrænsning af markeder. Ifølge artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/21 »vedtager Kommissionen en henstilling om relevante produkt- og tjenestemarkeder (herefter »henstillingen«)«. Det hedder endvidere: »I henstillingen udpeges de produkt- og tjenestemarkeder i den elektroniske kommunikationssektor […], hvor forholdene kan være af en sådan art, at det vil være berettiget at indføre regulerende forpligtelser […] Kommissionen afgrænser markederne under anvendelse af principperne i konkurrenceretten.« I artikel 15, stk. 2, i direktiv 2002/21 bestemmes det: »Kommissionen offentliggør senest på datoen for dette direktivs ikrafttræden retningslinjer for markedsanalyser og vurdering af stærk markedsposition (herefter »retningslinjerne«), der er i overensstemmelse med konkurrencerettens principper.« Ifølge artikel 15, stk. 3, i direktiv 2002/21 »afgrænser [de nationale tilsynsmyndigheder] 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« og »følger procedurerne i artikel 6 og 7, inden de udpeger markeder, der afviger fra de i henstillingen nævnte«.

10 Direktivets artikel 16, der bærer overskriften »Markedsanalyseprocedure«, har følgende ordlyd:

»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.

[…]

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 […] 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 […] sektorspecifikke forpligtelser skal pålægges, opretholdes, ændres eller ophæves.

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

2. *Henstilling 2003/561/EF*

11 I Kommissionens henstilling 2003/561/EF af 23. juli 2003 om anmeldelser, tidsfrister og høringer i henhold til artikel 7 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv

2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EUT L 190, s. 13) angives det i punkt 6, litra f), at den nationale tilsynsmyndigheds anmeldelser af et udkast til foranstaltning i givet fald bør omfatte »resultaterne af den forudgående offentlige høring, som den nationale tilsynsmyndighed har gennemført«.

12 Punkt 12 i henstilling 2003/561 bestemmer:

»Når Kommissionen fremsætter bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 […], vil den give den pågældende nationale tilsynsmyndighed meddelelse herom elektronisk og offentliggøre bemærkningerne på sit websted.«

13 I punkt 14 i henstilling 2003/561 bestemmes det:

»Når Kommissionen i henhold til artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21 […] finder, at en planlagt foranstaltning vil udgøre en hindring for det indre marked, eller nærer alvorlig tvivl om, hvorvidt den er forenelig med EU-retten, og især målene i artikel 8 i direktiv 2002/21 […] eller efterfølgende

a) trækker sine ovenfor anførte indvendinger tilbage eller

b) ved beslutning pålægger en national tilsynsmyndighed at trække den planlagte foranstaltning tilbage

vil den underrette den pågældende nationale tilsynsmyndighed derom elektronisk og offentliggøre en meddelelse derom på sit websted.«

14 I punkt 16 i henstilling 2003/561 hedder det: »En national tilsynsmyndighed kan på et hvilket som helst tidspunkt beslutte at trække det anmeldte udkast til foranstaltning tilbage, og i så fald slettes den anmeldte foranstaltning af [Kommissionens] register.«

15 Det bestemmes i punkt 17 i henstilling 2003/561, at »[n]år en national tilsynsmyndighed, der har modtaget bemærkninger fra Kommissionen eller en anden national tilsynsmyndighed i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 […], vedtager den planlagte foranstaltning, skal den på Kommissionens anmodning give Kommissionen og andre nationale tilsynsmyndigheder meddelelse om, hvordan den har taget mest muligt hensyn til de fremsatte bemærkninger«.

Tvistens baggrund

16 Selskaberne Vodafone España og Vodafone Group (herefter under ét »Vodafone«) driver et offentligt mobilkommunikationsnet i Spanien, hvor de leverer mobilkommunikationstjenester. To andre mobilnetoperatører udøver virksomhed på det spanske marked, nemlig selskaberne Telefónica og Amena. Selskabet Xfera er blevet meddelt en licens til anvendelse af spektret og har fået tilladelse til at indtræde på markedet som den fjerde mobilnetoperatør.

17 Den 10. august 2004 udsendte Comisíon del Mercado de las Telecomunicaciones (den spanske kommission for telekommunikationsmarkedet, herefter »CMT«) meddelelse om en indledende høring om detailtjenester vedrørende adgang til og opkald fra mobilt apparatur med henblik på at indhente bemærkninger fra de virksomheder, der var repræsenteret på markedet.

18 Den 7. juli 2005 besluttede CMT at indlede en procedure med henblik på at definere og analysere markedet for adgang og opkaldsoprindelse på offentlige mobiltelekommunikationsnet, udpege operatører med en stærk markedsposition og pålægge specifikke forpligtelser. CMT besluttede ligeledes at give meddelelse om den offentlige høring og at anmode den spanske konkurrencemyndighed om en rapport. Beslutningen blev offentliggjort i *Boletín Oficial del Estado* den 9. august 2005. Den nationale høring fandt sted i perioden fra den 9. august til den 9. september 2005.

19 Den 16. september 2005 tilsendte den spanske konkurrencemyndighed CMT sin rapport om proceduren for definition og analyse af markedet for levering af adgang og opkaldsoprindelse på offentlige mobiltelekommunikationsnet.

20 Den 23. september 2005 indgav Vodafone sine bemærkninger til CMT.

21 Den 6. oktober 2005 meddelte CMT, at fristen for at vedtage og anmelde en beslutning var blevet forlænget med tre måneder på grund af procedurens komplicerede karakter.

22 Den 28. november 2005 afholdt CMT og Kommissionen et »føranmeldelsesmøde«, hvorunder CMT fremlagde sine foreløbige konklusioner. Kommissionen reagerede ved at stille en første række spørgsmål.

23 I perioden fra den 13. til den 23. december 2005 indgav Vodafone foreløbige bemærkninger til Kommissionen.

24 Den 30. december 2005 registrerede Kommissionen under nr. ES/2005/0330 anmeldelsen af CMT's udkast til foranstaltning, hvorefter CMT agtede for det første at fastslå, at Vodafone og to andre selskaber, nemlig Telefónica og Amena, i fællesskab indtog en stærk markedsposition, svarende til en dominerende stilling som omhandlet i Fællesskabets konkurrenceret, på engrosmarkedet for levering af adgang og opkaldsoprindelse på mobiltelekommunikationsnet i Spanien, og for det andet at pålægge Vodafone, Telefónica og Amena at efterkomme rimelige anmodninger om adgang til deres net og at tilbyde rimelige vilkår for levering af adgangstjenester.

25 Den 5. januar 2006 offentliggjorde Kommissionen CMT's udkast til foranstaltning.

26 Den 10. januar 2006 tilsendte Kommissionen CMT en begæring om oplysninger i henhold til artikel 5, stk. 2, i direktiv 2002/21. Kommissionen modtog CMT's svar den 13. januar 2006 og supplerende oplysninger den 18. januar 2006.

27 Den 13. januar 2006 tilsendte Vodafone Kommissionen en kopi af de bemærkninger, selskabet havde indgivet til CMT som led i den nationale høring.

28 Den 16. januar 2006 afholdt Vodafone et møde med tjenestemænd fra Kommissionen om udkast til foranstaltning ES/2005/0330 og gav dem supplerende oplysninger. Desuden tilsendte Vodafone Kommissionen bemærkninger i en telefax af 17. januar 2006 og i en e-mail af 24. januar 2006.

29 Den 26. januar 2006 anmodede Vodafone på grundlag af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT L 145, s. 43) om aktindsigt i Kommissionens dokumenter vedrørende udkastet til foranstaltning ES/2005/0330.

30 Ved skrivelse af 30. januar 2006 tilsendte Kommissionen i henhold artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 CMT bemærkninger til udkastet til foranstaltning ES/2005/0330 (herefter »skrivelsen af 30. januar 2006« eller »den anfægtede retsakt«).

31 Kommissionens bemærkninger drejede sig om CMT's fastslåelse af, at der forelå en kollektiv dominerende stilling. Den første bemærkning vedrørte konkurrencevilkårene på detailmarkedet. Efter at have bemærket, at CMT's analyse af dynamikken på detailmarkedet byggede på den samlede udvikling af de gennemsnitlige indtægter pr. minut, opfordrede Kommissionen CMT til i en fremtidig markedsanalyse at overvåge udviklingen i detailpriserne for de enkelte markedssegmenter og/eller de enkelte forbrugerprofiler. Endvidere bemærkede Kommissionen, at detailmarkedet syntes at udvise en række strukturelle træk, der forekom at give operatørerne tilstrækkelig tilskyndelse til kollektivt at nægte operatører af virtuelle mobilnet adgang.

32 I den anden bemærkning vedrørende fokuspunktet noterede Kommissionen sig, at CMT havde fastslået, at der var et fokuspunkt, som var transparent, og som bestod i at nægte at give tredjeparter adgang til engrosmarkedet. Selv om CMT ikke havde defineret et fokuspunkt på detailmarkedet — det var ikke uomgængeligt nødvendigt — fandt Kommissionen det i betragtning af den indbyrdes tilpasning af de tre netoperatørers forretningsstrategier sandsynligt, at den mindste afvigelse hen imod en mere aggressiv priskonkurrence let ville kunne konstateres.

33 Den tredje bemærkning drejede sig om gengældelsesmekanismen. Kommissionen anførte for så vidt angår engrosmarkedet, at mekanismen kunne iværksættes, men at der kunne have været fremlagt en mere omfattende dokumentation med hensyn til, om denne mekanisme kunne være mere umiddelbar, og om den udgjorde et tilstrækkeligt stærkt incitament til at kalde den afvigende virksomhed til orden. For detailmarkedets vedkommende fandt Kommissionen, at der som helhed fandtes troværdige gengældelsesmekanismer.

34 I en fjerde bemærkning opfordrede Kommissionen de spanske myndigheder til at finde en måde, hvorpå det kunne sikres, at det disponible spektrum blev udnyttet effektivt, i betragtning af at en licenshaver (Xfera) endnu ikke var indtrådt på markedet, skønt det pågældende selskab havde opnået sin licens i 2000. Hvis denne licenshaver skulle indtræde på markedet i 2006, ville det påhvile CMT nøje at overvåge virkningerne for opretholdelsen af den kollektive dominerende stilling. Kommissionen tilføjede, at eventuelle »konkrete beviser for udviklinger på detailmarkedet, som ikke har forbindelse med de regulerende foranstaltninger på det relevante marked, og som rejser tvivl om opretholdelsen af den kollektive dominerende stilling, [ville] kræve en ny analyse af det relevante marked«, og at Kommissionen i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 skulle underrettes om en sådan analyse.

35 Kommissionen bemærkede endvidere i skrivelsen af 30. januar 2006, at de supplerende oplysninger, CMT havde givet som svar på begæringen om oplysninger, havde haft afgørende betydning for dens vurdering af CMT's anmeldelse. Kommissionen anmodede derfor CMT om at basere sin endelige foranstaltning på de seneste tilgængelige oplysninger.

36 Endelig understregede Kommissionen i skrivelsen af 30. januar 2006, at CMT »[i] henhold til artikel 7, stk. 5 [i direktiv 2002/21] i videst mulig udstrækning [skulle] tage hensyn til bemærkningerne fra andre nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen«, og at CMT kunne »vedtage det endelige udkast til foranstaltning, der i så fald [skulle] fremsendes til Kommissionen«.

37 Den 31. januar 2006 offentliggjorde såvel Kommissionen som CMT en pressemeddelelse om skrivelsen af 30. januar 2006.

38 Den 2. februar 2006 vedtog CMT beslutningen om godkendelse af definitionen og analysen af markedet for levering af adgang og opkaldsoprindelse på offentlige mobiltelekommunikationsnet, udpegelse af operatører med en stærk markedsposition og pålæggelse af specifikke forpligtelser. I beslutningens artikel 4 bemærkede CMT, at CMT i overensstemmelse med artikel 7, stk. 2, i direktiv 2002/21 »i så vid udstrækning som muligt [ville] tage hensyn til Kommissionens og andre nationale tilsynsmyndigheders bemærkninger, og at CMT [kunne] vedtage den endelige foranstaltning, som CMT i så fald [skulle] underrette Kommissionen om«. I den sidste artikel i CMT's beslutning hed det, at der »inden for en måned regnet fra dagen efter anmeldelsestidspunktet [kunne] indgives en begæring til [CMT] om en fornyet undersøgelse«, og at »en begæring om retslig prøvelse [kunne] indgives direkte til den spanske højesterets afdeling for retslig prøvelse inden for en frist på to måneder regnet fra dagen efter anmeldelsestidspunktet«.

39 Den 7. april 2006 anlagde Vodafone sag ved Tribunal Supremo (den spanske højesteret) til prøvelse af CMT's beslutning.

40 Den 11. maj 2006 tilsendte Kommissionen Vodafone en afgørelse, hvori den bekræftede, at den ikke ville give aktindsigt i dokumenterne i henhold til forordning nr. 1049/2001, idet den om nogle af de dokumenter, der var tale om, anførte, at de »[udgjorde] en del af Kommissionens interne overvejelser om, hvordan den [pågældende] sag [skulle] behandles, og direkte [vedrørte] Kommissionens beslutningsprocedure«.

Retsforhandlinger og parternes påstande

41 Vodafone anlagde den foreliggende sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 12. april 2006.

42 Ved et særskilt dokument, der ligeledes blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. april 2006, fremsatte Vodafone på grundlag af artikel 76a i Rettens procesreglement begæring om, at der blev truffet afgørelse efter en hasteprocedure; begæringen blev afslået ved afgørelse af 16. maj 2006.

43 Ved et dokument, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. juni 2006, nedlagde Kommissionen en afvisningspåstand i henhold til artikel 114, stk. 1, i procesreglementet.

44 Ved et dokument, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. juni 2006, fremsatte Kongeriget Spanien begæring om at måtte intervenere til støtte for Kommissionens påstande.

45 Ved kendelse afsagt den 6. september 2006 af formanden for Rettens Femte Afdeling blev interventionsbegæringen taget til følge.

46 Vodafone har i stævningen nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens afgørelse i skrivelsen af 30. januar 2006 annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale Vodafones omkostninger i forbindelse med den foreliggende sag.

47 Kommissionen har i formalitetsindsigelsen nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises som åbenbart uantagelig til pådømmelse.

— Vodafone tilpligtes at betale sagens omkostninger.

48 Kongeriget Spanien har i sit interventionsindlæg nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises.

— Vodafone tilpligtes at betale sagens omkostninger.

49 Vodafone har i sine bemærkninger til formalitetsindsigelsen nedlagt følgende påstande:

— Afvisningspåstanden tages ikke til følge.

— Det bestemmes, at sagen fremmes til realitetsbehandling.

— Kommissionen tilpligtes at betale de omkostninger, dens afvisningspåstand har givet anledning til.

Retlige bemærkninger

50 Ifølge artikel 114, stk. 1, i procesreglementet kan Retten, hvis en part ønsker det, tage stilling til, om sagen bør afvises, uden at indlede behandlingen af sagens realitet. Ifølge samme artikels stk. 3 fortsættes behandlingen mundtligt, medmindre Retten bestemmer andet. I det foreliggende tilfælde finder Retten, at den råder over tilstrækkelige oplysninger i sagens akter, og at det ikke er fornødent at indlede den mundtlige forhandling.

51 Først skal det undersøges, om den akt, som er anfægtet i den foreliggende sag, nemlig en skrivelse udfærdiget på grundlag af artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, udgør en retsakt, der kan prøves i henhold til artikel 230 EF, og derpå skal det undersøges, om Vodafone har søgsmålskompetence som omhandlet i artikel 230, stk. 4, EF.

1. *Den anfægtede retsakts karakter*

Parternes argumenter

52 Kommissionen og Kongeriget Spanien har gjort gældende, at den anfægtede retsakt ikke udgør en retsakt, der kan prøves i henhold til artikel 230 EF.

53 Vodafone har peget på, at afgørelsen af, om en akt har bindende retsvirkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling, kræver en undersøgelse af aktens indhold, idet akternes eller beslutningernes form principielt er uden betydning for adgangen til at anfægte disse under et annullationssøgsmål (Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9, og Rettens dom af 15.12.2005, sag T-33/01, Infront WM mod Kommissionen, Sml. II, s. 5897, præmis 89).

54 For det første har Vodafone gjort gældende, at det fremgår af indholdet og den sammenhæng, hvori den anfægtede retsakt blev vedtaget, at den udgør en afgørelse om godkendelse, hvorved Kommissionen accepterer CMT's udkast til foranstaltning og beslutter ikke at indlede anden fase af proceduren i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21. Vodafone har i den forbindelse anført, at direktivets artikel 7, stk. 3 og 4, kun giver Kommissionen to muligheder, efter at den har undersøgt et udkast til foranstaltning, som er blevet anmeldt til den: Enten pålægger Kommissionen den pågældende nationale tilsynsmyndighed ikke at vedtage udkastet til foranstaltning inden for yderligere to måneder, eller den fastsætter ikke et moratorium og gør det derved muligt for den nationale tilsynsmyndighed at vedtage udkastet til foranstaltning. Kommissionen kan dog i tilfælde, hvor den beslutter ikke at fastsætte et moratorium, beslutte at fremsætte bemærkninger over for den nationale tilsynsmyndighed, og sådanne bemærkninger kan dreje sig om en lang række forskellige punkter af varierende betydning. At Kommissionen kan fremsætte en lang række bemærkninger af forskellig art, ændrer dog ikke ved, at den står over for et valg mellem i det væsentlige to muligheder: Enten skal den pålægge den nationale tilsynsmyndighed ikke at vedtage udkastet til foranstaltning inden for yderligere to måneder eller undlade at gøre dette, idet den dermed tillader tilsynsmyndigheden straks at skride til vedtagelse af udkastet til foranstaltning.

55 Vodafone har påpeget, at Kommissionens rolle består i at påse, at direktiv 2002/21 gennemføres på en ensartet måde. Dette mål kan kun opfyldes, hvis det påhviler Kommissionen at undersøge hver enkelt anmeldelse og træffe en afgørelse i hver enkelt sag. Under alle omstændigheder har Kommissionen selv medgivet, at den tager stilling i hvert enkelt tilfælde. Inden for fristen på en måned efter anmeldelsen enten godkender Kommissionen udkastet til foranstaltning eller beslutter at indlede anden fase af proceduren.

56 I det foreliggende tilfælde vurderede Kommissionen udkast til foranstaltning ES/2005/0330 med henblik på at fastslå, om der forelå alvorlig tvivl om udkastets forenelighed med fællesskabsretten, og efter at have besluttet, at dette ikke var tilfældet, godkendte den udkastet til foranstaltning. Kommissionen har ikke kun beskrevet sin rolle på denne måde i den anfægtede retsakt, men også i den pressemeddelelse af 31. januar 2006 (IP/06/97), som ledsagede retsakten, og i den begæring til CMT om supplerende oplysninger, der fulgte op på anmeldelsen. Kommissionen har i mange andre udtalelser, hvori den har beskrevet proceduren i artikel 7 i direktiv 2002/21, bl.a. på sit websted, betegnet alle skrivelser i henhold til direktivets artikel 7, stk. 3, som »afgørelser«. Endvidere har Vodafone henvist til Kommissionens beslutning af 11. maj 2006, hvori den afslog at give aktindsigt i dokumenterne vedrørende udkast til foranstaltning ES/2005/0330, og hvori der adskillige gange henvistes til Kommissionens »afgørelse« og til »beslutningsprocessen«. Desuden har Vodafone anført, at det fremgår af Kommissionens meddelelse af 6. februar 2006 til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget om markedsanalyser i henhold til EU's rammebestemmelser — Konsolidering af det indre marked for elektronisk kommunikation (KOM(2006) 28 endelig, s. 5 og 10), at Kommissionen, der tager stilling til hver enkelt anmeldt foranstaltning, kontrollerer, om den nationale tilsynsmyndigheds vurderinger er i overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceret, og om de er tilstrækkeligt underbyggede med bevismidler. At proceduren i henhold til artikel 7, i direktiv 2002/21 er bindende, og at Kommissionen spiller en central rolle ved vurderingen af og kontrollen med de konklusioner, som er draget af en anmeldende national tilsynsmyndighed, fremgår ligeledes af henstilling 2003/561 og Kommissionens memorandum 06/59 af 7. februar 2006, »Electronic communications: the Article 7 procedure and the role of the Commission — Frequently Asked Questions«.

57 Vodafone har under henvisning til dommen i sagen Infront WM mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor, gjort gældende, at den beskrivelse, Kommissionen selv giver af sin rolle og af proceduren, udgør et tungtvejende bevis for, at en retsakt har bindende retsvirkninger, og at den kan anfægtes i henhold til artikel 230 EF (dommen i sagen Infront WM mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 106 og 107). Endvidere er det for at sikre en korrekt og ensartet anvendelse af fællesskabsretten, der tilsigtes med direktiv 2002/21, nødvendigt at anse den retsakt, som er anfægtet i den foreliggende sag, for at have bindende virkninger i lighed med

den afgørelse, der var blevet truffet i den sag, som førte til dommen i sagen Infront WM mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor. Det er nemlig kun, hvis Kommissionen er forpligtet til at vurdere hvert enkelt udkast til foranstaltning, der anmeldes til den, og at beslutte, om den pågældende foranstaltning må »bortfiltreres« som uforenelig med direktiv 2002/21 eller Fællesskabets konkurrenceret, at proceduren i artikel 7 kan bidrage effektivt til en korrekt og ensartet anvendelse af direktiv 2002/21.

58 Med hensyn til argumentet om, at skrivelsen af 30. januar 2006 ikke har nogen konklusion, har Vodafone anført, at det er indholdet af en retsakt, og ikke dens form, som er afgørende for, om retsakten har retsvirkninger (dommen i sagen Infront WM mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 110). I den forbindelse har Retten tidligere fundet, at retsakter uden en formel konklusion kan gøres til genstand for domstolsprøvelse (Rettens dom af 24.3.1994, sag T-3/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 121, præmis 44 ff.).

59 Vodafone finder under alle omstændigheder, at den del af den anfægtede retsakt, hvori Kommissionen gengiver artikel 7, stk. 5, i direktiv 2002/21, udgør en konklusion, hvorved Kommissionen ved at udtale, at CMT kan vedtage det endelige udkast til foranstaltning, og ved således at beslutte ikke at indlede anden fase af proceduren, fjernede den eneste tilbageværende hindring for, at CMT kunne vedtage udkast til foranstaltning ES/2005/0330. Ved i den anfægtede retsakts konklusion at gengive artikel 7, stk. 5, i direktiv 2002/21, men uden sætningen »når bortses fra de i stk. 4 omhandlede tilfælde«, som er en integrerende del af denne bestemmelse, afgjorde Kommissionen klart, at udkastet til foranstaltning ikke var omfattet af anvendelsesområdet for artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21, eftersom den ikke nærede alvorlig tvivl om foranstaltningens forenelighed med fællesskabsretten og havde besluttet ikke at indlede anden fase af proceduren.

60 I sine bemærkninger til Kongeriget Spaniens interventionsindlæg har Vodafone gjort gældende, at Kommissionen i rammebestemmelserne tillægges en afgørende rolle med hensyn til at sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsretten. Dette mål gennemføres ved hjælp af bestemmelsen i artikel 7 i direktiv 2002/21, hvorefter hvert

udkast til foranstaltning skal forelægges for Kommissionen, som skal vurdere foranstaltningen og træffe afgørelse om den inden for rammerne af en retligt bindende ordning. At en skrivelse i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 har retligt bindende karakter, fremgår desuden af en pressemeddelelse af 20. oktober 2006 (IP/06/1439) og af en tale, det for informationssamfundet ansvarlige medlem af Kommissionen holdt den 16. november 2006. De formuleringer, Kommissionen anvendte i de nævnte dokumenter, er i fuld overensstemmelse med Vodafones beskrivelse af den forpligtelse, der påhviler Kommissionen, til at vurdere hver enkelt anmeldelse, derpå i givet fald beslutte, om der skal foretages en nøjere undersøgelse, og endelig »nedlægge veto mod« foranstaltninger, som er uforenelige med fællesskabsretten. Proceduren i artikel 7 i direktiv 2002/21 udgør ikke en ordning for erfaringsudveksling eller dialog mellem de kompetente myndigheder, men en retligt bindende godkendelsesprocedure. Vodafone har i den forbindelse henvist til affattelsen af artikel 7, stk. 5, i direktiv 2002/21, hvorefter den pågældende nationale tilsynsmyndighed i videst mulig udstrækning tager hensyn til Kommissionens bemærkninger, og punkt 17 i henstilling 2003/561, hvorefter en national tilsynsmyndighed skal give Kommissionen meddelelse om, hvordan den har taget mest muligt hensyn til de bemærkninger, Kommissionen har fremsat i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21.

61 For det andet har Vodafone gjort gældende, at den anfægtede retsakt ved at fjerne den sidste hindring for at vedtage udkast til foranstaltning ES/2005/0330 og ved at afslutte undersøgelsen af udkastet på fællesskabsplan ikke alene ændrede CMT's retsstilling, idet den gjorde det muligt for CMT lovligt at vedtage udkastet og pålagde CMT en retlig forpligtelse til i videst mulig udstrækning at tage hensyn til de punkter, Kommissionen havde rejst i sine bemærkninger, men også Vodafones retsstilling, idet den fratog selskabet de processuelle rettigheder, det ville have nydt godt af, hvis Kommissionen havde indledt anden fase af proceduren.

62 Vodafone har i den forbindelse hævdet, at den anfægtede retsakt enten svarer til den retsakt, Kommissionen vedtager på grundlag af artikel 6, stk. 1, litra a), i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 24, s. 1), når den finder, at den ikke har kompetence til at tage stilling til en fusion, eller til den retsakt, den vedtager på grundlag af denne forordnings artikel 9, når den henviser sagen til de nationale myndigheder. I kraft af at begge disse på grundlag af forordning nr. 139/2004 vedtagne retsakter afslutter

undersøgelsen på fællesskabsplan, påvirker de en sagsøgende tredjeparts retsstilling ved at fratage denne dels muligheden for at lade Kommissionen undersøge lovligheden af den pågældende fusion i henhold til den nævnte forordning, dels de processuelle rettigheder, sagsøgeren ville have nydt godt af under den administrative procedure for Kommissionen (Rettens dom af 4.3.1999, sag T-87/96, Assicurazioni Generali og Unicredito mod Kommissionen, Sml. II, s. 203, præmis 37-44, og af 3.4.2003, sag T-119/02, Royal Philips Electronics mod Kommissionen, Sml. II, s. 1433, præmis 282). Denne situation er sammenlignelig med den foreliggende sag, idet skrivelsen af 30. januar 2006 afsluttede Fællesskabets kontrol med den foreslåede foranstaltning ved at afslutte proceduren i artikel 7 i direktiv 2002/21 og ved at gøre det muligt at fortsætte den nationale procedure for vedtagelse af den foreslåede foranstaltning.

63 Vodafone har tilføjet, at det er en retsakts materielle virkning, fastslået på baggrund af den retlige ordning, den udspringer af, og ikke Kommissionens enekompetence, som er afgørende for, om en retsakt kan anfægtes i henhold til artikel 230 EF. Under alle omstændigheder har Kommissionen inden for rammerne af direktiv 2002/21 enekompetence til at afgøre, om den skal fastsætte et moratorium for vedtagelsen af en foranstaltning, som er blevet anmeldt af en national tilsynsmyndighed, ved at indlede anden fase af proceduren. Udøvelsen af en sådan kompetence må kunne prøves af Fællesskabets retsinstanser. Det er irrelevant, om Kommissionen er enekompetent for så vidt angår hele processen, der kan føre til vedtagelse af ex ante-regulerende foranstaltninger, eller om de nationale tilsynsmyndigheder ligeledes er kompetente for så vidt angår visse dele af processen.

64 Vodafone har ligeledes påberåbt sig den retspraksis vedrørende statsstøtte, hvorefter en beslutning truffet af Kommissionen i henhold til artikel 88, stk. 3, EF om ikke at indlede anden fase af proceduren og at godkende tildelingen af en ny statsstøtte, som en medlemsstat har anmeldt, har direkte virkninger ikke kun for medlemsstaten, men også for den påtænkte modtager af støtten og tredjeparter, som ønsker at indbringe klage over den. Sådanne tredjeparter fratages nemlig de processuelle rettigheder, de ville have nydt godt af, hvis de havde deltaget i en nøjere kommissionsundersøgelse af de påtænkte støtteforanstaltninger (Domstolens dom af 19.5.1993, sag C-198/91, Cook mod Kommissionen, Sml. I, s. 2487, præmis 23-26, og af 15.6.1993,

sag C-225/91, Matra mod Kommissionen, Sml. I, s. 3203, præmis 17-20; Rettens dom af 10.5.2006, forenede sager T-395/04, Air One mod Kommissionen, Sml. II, s. 1343, præmis 30 og 31).

65 Endvidere har Vodafone anført, at selskabets processuelle rettigheder følger direkte af fællesskabsrettens grundlæggende principper. Eksistensen af sådanne rettigheder er således ikke afhængig af, at der udtrykkeligt tillægges processuelle rettigheder i et instrument i den afledte fællesskabsret (Domstolens dom af 12.2.1992, forenede sager C-48/90 og C-66/90, Nederlandene m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 565, præmis 44-51). For så vidt angår statsstøtte har Domstolen således defineret, hvilke kategorier af parter der tillægges de processuelle rettigheder, som fastsættes i artikel 88, stk. 2, EF, og hvori disse rettigheder består, inden rettighederne blev fastlagt udtrykkeligt i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af [artikel 88 EF] (EFT L 83, s. 1) (Domstolens dom af 14.11.1984, sag 323/82, Intermills mod Kommissionen, Sml. s. 3809, præmis 16 og 17). Det er i den forbindelse fast retspraksis, at parter som Vodafone i procedurer med to faser på statsstøtteområdet har ret til at anfægte en kommissionsbeslutning, der afslutter procedurens første fase, med henblik på at sikre de processuelle rettigheder, parterne nyder godt af under dens anden fase (dommen i sagen Cook mod Kommissionen, nævnt i præmis 64 ovenfor, præmis 23, og i sagen Matra mod Kommissionen, nævnt i præmis 64 ovenfor, præmis 17, samt Domstolens dom af 13.12.2005, sag C-78/03 P, Kommissionen mod Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, Sml. I, s. 10737, præmis 35, dommen i sagen Air One mod Kommissionen, nævnt i præmis 64 ovenfor, præmis 31, og i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor, præmis 284).

66 Beskyttelsen af Vodafones processuelle rettigheder på det nationale plan indebærer derfor ikke, at Vodafone ikke kan gøre sådanne rettigheder gældende på fællesskabsplan. Proceduren for CMT og proceduren på fællesskabsplan i artikel 7 i direktiv 2002/21 er separate procedurer. Vodafones rettigheder i henhold til fællesskabsretten kan omfatte supplerende oplysninger, der ikke kan anfægtes inden for rammerne af de nationale klagemuligheder, fordi oplysningerne ikke var omfattet af proceduren for CMT. Vodafone har i den forbindelse anført, at selskabet aldrig har haft lejlighed til at udtale sig om de supplerende oplysninger, CMT meddelte Kommissionen i

skrivelsen af 24. januar 2006 fra CMT's formand og skrivelsen af 25. januar 2006, hvorved Kommissionens begæring om oplysninger blev besvaret. Kommissionen har selv anerkendt, at der også må indrømmes processuelle rettigheder på fællesskabsplan, selv om sådanne rettigheder eksisterer på nationalt plan.

67 Den omstændighed, at det bestemmes i artikel 4 i direktiv 2002/21, at der skal være ret til at indbringe klage på nationalt plan, er ifølge Vodafone irrelevant i relation til, om den foreliggende sag kan antages til realitetsbehandling. Kommissionens afgørende rolle i forbindelse med en korrekt og ensartet anvendelse af direktiv 2002/21, som består i at vurdere hver enkelt foranstaltning, der anmeldes til den, og at afgøre, om foranstaltningen er forenelig med fællesskabsretten, må kunne prøves af Fællesskabets retsinstanser, uanset hvilke muligheder der er for at påklage den nationale foranstaltning på nationalt plan. Vodafone har i den forbindelse anført, at selskabet har ret til at anlægge sag til prøvelse af Kommissionens beslutning om ikke at indlede anden fase af proceduren, idet den eneste mulighed, Kommissionen havde efter at være blevet stillet over for beviserne i CMT's anmeldelse, var at indlede anden fase af proceduren. Om Vodafone ligeledes har grund til at påklage den af CMT vedtagne foranstaltning på nationalt plan med f.eks.den begrundelse, at CMT har begået faktuelle fejlvurderinger, som ikke umiddelbart fremgår af anmeldelsen til Kommissionen, og som denne ikke har kunnet fastslå, er et helt andet spørgsmål. Endvidere har Vodafone bemærket, at den foreliggende sag rejser grundlæggende spørgsmål, som ikke kan løses inden for rammerne af en national klageprocedure. Vodafone har i den forbindelse anført, at den omstændighed, at skrivelsen af 30. januar 2006 er uforenelig med afgørelser, Kommissionen har truffet vedrørende andre medlemsstater, danner grundlag for to specifikke anbringender, der er fremsat under det foreliggende søgsmål. Da adgangen til prøvelse på henholdsvis nationalt og fællesskabsplan har forskellige formål, er der i dette tilfælde ikke fare for »forum shopping«. Under alle omstændigheder kan det forhold, at der måtte være retsmidler på nationalt plan, herunder eventuelt adgang til domstolsprøvelse, ikke udelukke, at der i henhold til artikel 230 EF kan anlægges søgsmål direkte ved EF's retsinstanser til prøvelse af lovligheden af en beslutning truffet af en EF-institution (dommen i sagen Air France mod Kommissionen, nævnt i præmis 58 ovenfor, præmis 69, i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor, præmis 290, og i sagen Infront WM mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 109).

68 Endelig kan den omstændighed, at Kommissionen ikke råder over lige så omfattende undersøgelsesbeføjelser som dem, den råder over i henhold til forordning nr. 139/2004, ifølge Vodafone ikke være en faktor, som er relevant i relation til, om den foreliggende sag kan antages til realitetsbehandling. Vodafone har i den forbindelse peget på, at Kommissionen i medfør af artikel 5 i direktiv 2002/21 har beføjelse til at kræve, at de nationale tilsynsmyndigheder »forelægger den de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udføre sine traktatfæstede opgaver« (herunder oplysninger, der betragtes som fortrolige), og at Kommissionen har udøvet denne beføjelse i den foreliggende sag. Kommissionens undersøgelsesbeføjelser er kun begrænsede i den udstrækning, Kommissionen ikke har pligt, eller ret, til at foretage en fuldstændig og indgående undersøgelse af alle de omstændigheder, der danner grundlag for den nationale tilsynsmyndigheds udkast til foranstaltning. Kommissionens rolle er forskellig fra den nationale tilsynsmyndigheds rolle og den rolle, der er tillagt den nationale klageinstans, som er oprettet i henhold til artikel 4 i direktiv 2002/21. Kommissionen skal imidlertid inden for rammerne af de oplysninger, som er stillet til rådighed for den (herunder oplysninger, den udbeder sig i henhold til artikel 5 i direktiv 2002/21), undersøge, om et udkast til foranstaltning vil skabe en hindring for det indre marked, afgøre, om den nærer alvorlig tvivl om udkastets forenelighed med fællesskabsretten, og i tilfælde, hvor den efter en nøjere undersøgelse finder, at et udkast til foranstaltning er uforeneligt med fællesskabsretten, nedlægge forbud mod det pågældende udkast til foranstaltning. For at løse denne opgave skal Kommissionen udøve en retligt passende kontrol, som tager hensyn til den nationale tilsynsmyndigheds skønsbeføjelse, men som forhindrer, at der vedtages udkast til foranstaltninger, der er uforenelige med fællesskabsretten.

Rettens bemærkninger

69 Ifølge fast retspraksis foreligger der retsakter eller beslutninger, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i medfør af artikel 230 EF, når foranstaltningerne har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling. Akternes eller beslutningernes form er principielt uden betydning for adgangen til at anfægte dem i form af et annullationssøgsmål (dommen i sagen IBM mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 9, og Rettens dom af 17.2.2000, sag T-241/97, Stork Amsterdam mod Kommissionen, Sml. II, s. 309, præmis 49). Ved afgørelsen af, om en anfægtet retsakt har sådanne virkninger, skal vægten imidlertid lægges på dens indhold (Domstolens dom af 22.6.2000, sag C-147/96, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 4723, præmis 27).

70 På baggrund af de ovennævnte principper skal det for at bestemme den anfægtede retsakts retlige karakter og fastslå, om den skaber retsvirkninger, derfor både undersøges, hvilket indhold den har, og i hvilken sammenhæng den er udstedt (jf. i denne retning Domstolens kendelse af 13.6.1991, sag C-50/90, Sunzest mod Kommissionen, Sml. I, s. 2917, præmis 13).

Den sammenhæng, hvori den anfægtede retsakt er udstedt

— De opgaver, de nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen er tillagt i henhold til direktiv 2002/21

71 Den retlige sammenhæng, hvori den anfægtede retsakt er udstedt, udgøres af direktiv 2002/21. Ifølge artikel 1, stk. 1, i direktiv 2002/21 »fastlægger [direktivet] harmoniserede rammer for regulering af elektroniske kommunikationstjenester, elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og tjenester […] fastsætter de nationale tilsynsmyndigheders opgaver og opstiller en række procedurer, der skal sikre, at rammebestemmelserne anvendes ensartet i hele EF«.

72 Fællesskabslovgiver har villet tildele de nationale tilsynsmyndigheder en central rolle i opfyldelsen af målene med direktiv 2002/21, heriblandt fremme af konkurrencen inden for elektronisk kommunikation, således som det angives i direktivets artikel 8, stk. 2.

73 Hvad dette angår henvises indledningsvis til en række formelle elementer, bl.a. at der som juridisk instrument anvendes et direktiv, der kun er rettet til medlemsstaterne. Også opbygningen af direktivet, som indeholder fem kapitler, der bærer

overskrifterne »Anvendelsesområde, mål og definitioner« (kapitel 1: artikel 1 og 2), »Nationale tilsynsmyndigheder« (kapitel 2: artikel 3-7), »De nationale tilsynsmyndigheders opgaver« (kapitel 3: artikel 8-13), »Generelle bestemmelser« (kapitel 4: artikel 14-25) og »Afsluttende bestemmelser« (kapitel 5: artikel 26-30), viser, at de nationale tilsynsmyndigheder spiller en central rolle.

74 Hvad endvidere angår de eksakte beføjelser, der tillægges de nationale tilsynsmyndigheder i direktiv 2002/21, skal disse myndigheder bl.a. afgrænse markederne for elektronisk kommunikation på deres område på grundlag af principperne i konkurrenceretten (artikel 15, stk. 3, i direktiv 2002/21), udpege operatører med en stærk position på disse markeder (artikel 14 i direktiv 2002/21) og fastsætte de regulerende forpligtelser, som i givet fald skal pålægges de pågældende operatører (artikel 16, stk. 4, i direktiv 2002/21).

75 De nationale tilsynsmyndigheder bistås af Kommissionen, når de udøver de beføjelser, hvortil der er henvist i den foregående præmis. Det bestemmes således i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/21, at »[Kommissionen vedtager] en henstilling om relevante produkt- og tjenestemarkeder«, og at der »[i] henstillingen udpeges de produkt- og tjenestemarkeder i den elektroniske kommunikationssektor […], hvor forholdene kan være af en sådan art, at det vil være berettiget at indføre regulerende forpligtelser«. Det tilføjes i artikel 15, stk. 2, i direktiv 2002/21, at »Kommissionen [offentliggør] retningslinjer for markedsanalyser og vurdering af stærk markedsposition […], der er i overensstemmelse med konkurrencerettens principper«.

76 Ifølge artikel 14, stk. 2, andet afsnit, artikel 15, stk. 3, og artikel 16, stk. 1, i direktiv 2002/21 tager de nationale tilsynsmyndigheder »i størst muligt omfang hensyn til« Kommissionens henstilling og retningslinjer.

77 Ifølge direktiv 2002/21 skal Kommissionen deltage mere direkte, ligesom de øvrige nationale tilsynsmyndigheder skal inddrages, når en national tilsynsmyndighed agter at »[udpege] markeder, der afviger fra de i [Kommissionens henstilling] nævnte« (artikel 15, stk. 3). Dette gælder også, når den pågældende nationale tilsynsmyndighed — eller de pågældende nationale tilsynsmyndigheder, hvis der er tale om et transnationalt marked — agter at pålægge virksomheder med en stærk markedsposition passende specifikke regulerende forpligtelser på et marked, hvor der ikke er reel konkurrence, eller at opretholde eller ændre sådanne forpligtelser (artikel 16, stk. 4-6). Kommissionens og de øvrige nationale tilsynsmyndigheders deltagelse i proceduren for konsolidering af det indre marked for elektronisk kommunikation beskrives i artikel 7 i direktiv 2002/21; den har ifølge betragtning 15 til direktivet til formål at »sikre, at afgørelser på nationalt plan ikke får negative følger for det indre marked eller for andre af traktatens målsætninger«. Der er tale om en procedure, som har til formål at sikre en ensartet anvendelse af rammebestemmelserne.

— Forløbet af proceduren i artikel 7 i direktiv 2002/21

78 Det bestemmes i artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, at »en national tilsynsmyndighed, der agter at træffe en foranstaltning«, som er omfattet af bl.a. artikel 15 eller 16 i direktiv 2002/21, og som »vil få indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne«, »[u]d over den i artikel 6 omhandlede høring af de interesserede parter« skal »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«. Til denne anmeldelsespligt, der påhviler den pågældende nationale tilsynsmyndighed, svarer Kommissionens forpligtelse til at undersøge det anmeldte udkast til foranstaltning for at »sikre, at afgørelser på nationalt plan ikke får negative følger for det indre marked eller for andre af traktatens målsætninger« (betragtning 15 til direktiv 2002/21).

79 I det foreliggende tilfælde er udkast til foranstaltning ES/2005/0330, som er blevet anmeldt til Kommissionen og de øvrige nationale tilsynsmyndigheder, omfattet af

artikel 16, stk. 4, i direktiv 2002/21. Den foreslåede foranstaltning har nemlig til formål at udpege virksomheder med en stærk markedsposition og at pålægge specifikke regulerende forpligtelser.

80 Det er vigtigt at bemærke, at ifølge artikel 7 i direktiv 2002/21 findes der to mulige former for reaktion fra Kommissionens side på anmeldelsen af et udkast til foranstaltning, der er omfattet af direktivets artikel 16, stk. 4.

81 Den første mulighed, der er fastsat i artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, er, at Kommissionen ikke betragter udkastet til foranstaltning som en hindring for det indre marked eller ikke nærer alvorlig tvivl om dets forenelighed med fællesskabsretten og mere specifikt med målene i artikel 8. I så fald kan Kommissionen »kun fremsætte bemærkninger til den pågældende nationale tilsynsmyndighed inden for en måned«, hvis, som i det foreliggende tilfælde, den høring af de interesserede parter, der foreskrives i artikel 6 i direktiv 2002/21, allerede er gennemført, når udkastet til foranstaltning anmeldes. Kommissionen har under den foreliggende sag oplyst, at den ud fra hensyn til gennemsigtigheden har taget stilling til hver enkelt anmeldelse ved at fremsætte bemærkninger eller ved at fremsende en skrivelse, hvori den har anført, at den ikke havde nogen bemærkninger at fremsætte (KOM(2006) 28 endelig, s. 3).

82 Den anden mulighed, hvortil der henvises i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21, er, at Kommissionen derimod finder, at udkastet til foranstaltning »vil få indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne« eller nærer »alvorlig tvivl om dets forenelighed med fællesskabsretten og mere specifikt med målene i artikel 8«. I så fald tilsender den, ligeledes inden for en frist på en måned, den pågældende nationale tilsynsmyndighed en skrivelse, hvori den udtrykker alvorlig tvivl som omhandlet i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21, og ifølge denne bestemmelse »kan foranstaltningen først vedtages efter en yderligere frist på to måneder«. Under denne anden

fase af proceduren foretager Kommissionen en nøjere undersøgelse af den pågældende foranstaltning. Skønt det ikke er udtrykkeligt fastsat i nogen bestemmelse, har Kommissionen anført, at den under anden fase opfordrede de interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger.

83 Det fremgår af artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21, at Kommissionen inden for denne yderligere frist på to måneder »[kan] 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«. Kommissionen kan også nå frem til, at foranstaltningen alligevel ikke giver anledning til problemer vedrørende foreneligheden med fællesskabsretten. I så fald trækker den indvendingerne tilbage i overensstemmelse med punkt 14 i henstilling 2003/561. At anden fase af proceduren indledes, fører således ikke nødvendigvis til en afgørelse, hvori Kommissionen nedlægger veto.

84 Det skal bemærkes, at de øvrige nationale tilsynsmyndigheders rolle efter anmeldelsen af et udkast til foranstaltning, i modsætning til Kommissionens, er begrænset til en mulighed for at fremsætte bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21. De øvrige nationale tilsynsmyndigheder har således ikke kompetence til at kræve, at den anmeldende nationale tilsynsmyndighed trækker sit udkast til foranstaltning tilbage.

— Den retlige karakter af en skrivelse i henhold til artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21

85 Den retsakt, som er anfægtet i det foreliggende tilfælde, er skriftlige bemærkninger fra Kommissionen på grundlag af artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21.

86 Efter Vodafones opfattelse har den anfægtede retsakt bindende retsvirkninger, der berører selskabets interesser som omhandlet i den i præmis 69 ovenfor nævnte retspraksis.

87 For det første har Vodafone gjort gældende, at Kommissionen ved at vedtage den anfægtede retsakt godkendte udkast til foranstaltning ES/2005/0330 og besluttede ikke at fastsætte det yderligere moratorium på to måneder, som er omhandlet i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21, og ikke at indlede den anden fase af proceduren, som også er omhandlet i denne bestemmelse, og at Kommissionen derved fratog selskabet dets processuelle rettigheder.

88 Det bemærkes i den forbindelse, at de nationale tilsynsmyndigheder i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2002/21 pålægges bl.a. at fremme konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet, elektroniske kommunikationstjenester og dertil hørende faciliteter og tjenester. Udkast til foranstaltning ES/2005/0330, som er omfattet af artikel 16, stk. 4, i direktiv 2002/21, har til formål at gennemføre dette mål ved at pålægge de tre operatører af offentlige mobiltelekommunikationsnet, som driver virksomhed i Spanien, og som ifølge CMT i fællesskab indtager en stærk position på markedet, specifikke regulerende forpligtelser.

89 Som led i den procedure, der fører til den nationale tilsynsmyndigheds vedtagelse af en endelig foranstaltning i henhold til artikel 16, stk. 4, i direktiv 2002/21, anmelder den pågældende nationale tilsynsmyndighed ifølge artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 sit udkast til foranstaltning til Kommissionen og de øvrige nationale tilsynsmyndigheder, »så disse får mulighed for at kommentere dem« (betragtning 15 til direktiv 2002/21). Proceduren i artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 udgør således en hørings- og samarbejdsprocedure mellem på den ene side den anmeldende nationale tilsynsmyndighed og på den anden de øvrige nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen.

90 Ganske vist skal Kommissionens og de øvrige nationale tilsynsmyndigheders medvirken i proceduren i artikel 7 i direktiv 2002/21 »sikre, at rammebestemmelserne anvendes ensartet i hele EF«, således som det angives i direktivets artikel 1, stk. 1.

91 Dette indebærer imidlertid ikke, at de bemærkninger, Kommissionen fremsætter i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, har bindende retsvirkninger.

92 Selv om det for det første forholder sig således, at Kommissionen i direktiv 2002/21 tillægges en væsentlig rolle i de procedurer, der skal sikre, at rammebestemmelserne anvendes ensartet i hele EF, står det dog fast, at de nationale tilsynsmyndigheder ifølge artikel 7, stk. 2, og artikel 8, stk. 3, litra d), i direktiv 2002/21 sikrer, at rammebestemmelserne anvendes ensartet, ved at samarbejde indbyrdes og med Kommissionen på en transparent måde. De nationale tilsynsmyndigheder har således også et centralt ansvar for at sikre en ensartet anvendelse af rammebestemmelserne i Fællesskabet på grundlag af et samarbejde med Kommissionen og de øvrige nationale tilsynsmyndigheder.

93 Desuden må det fastslås, at retsvirkningerne af en skrivelse i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 klart fremgår af denne bestemmelses stk. 5, hvori det hedder, at den anmeldende nationale tilsynsmyndighed »i videst mulig udstrækning [tager] hensyn til bemærkningerne fra andre nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen«. Denne formulering fremhæver, at en skrivelse fra Kommissionen i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 ikke er bindende. Det skal i denne sammenhæng understreges, at ifølge direktivets artikel 7, stk. 5, skal Kommissionens bemærkninger således ikke have forrang for de øvrige nationale tilsynsmyndigheders bemærkninger. Hvad dette angår bestemmes det i punkt 17 i henstilling 2003/561, at »[n]år en national tilsynsmyndighed, der har modtaget bemærkninger fra Kommissionen eller en anden national tilsynsmyndighed i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 […], vedtager den planlagte foranstaltning, skal den på Kommissionens anmodning give Kommissionen og andre nationale tilsynsmyndigheder meddelelse om, hvordan den har taget mest muligt hensyn til de fremsatte bemærkninger«. I tilfælde, hvor en national tilsynsmyndigheds og Kommissionens bemærkninger strider mod hinanden, overtræder den anmeldende nationale tilsynsmyndighed derfor ikke artikel 7, stk. 5, i direktiv 2002/21, hvis den, efter en omhyggelig undersøgelse af de forskellige bemærkninger, følger den anden nationale tilsynsmyndigheds opfattelse og ikke Kommissionens.

94 I øvrigt bemærkes, at hvis Kommissionen havde beføjelse til at godkende den nationale foranstaltning, der er anmeldt i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, således som Vodafone har gjort gældende, ville dette i så fald ikke være tilstrækkeligt til, at den nationale tilsynsmyndighed i videst mulig udstrækning tog hensyn til Kommissionens »afgørelse«, eftersom en sådan afgørelse ifølge artikel 249 EF er bindende i alle enkeltheder for den, den angiver at være rettet til.

95 For det andet bemærkes, at det forhold, at Kommissionen under de omstændigheder, hvortil der henvises i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21, kan indlede anden fase af proceduren, som kan føre til en afgørelse om at nedlægge veto, ikke i sig selv indebærer, at det er Kommissionens skriftlige bemærkninger i henhold til direktivets artikel 7, stk. 3, der giver den pågældende nationale tilsynsmyndighed ret til at vedtage den påtænkte nationale foranstaltning.

96 Det skal i den forbindelse fremhæves, at udkast til foranstaltning ES/2005/0330, som CMT anmeldte til Kommissionen og de øvrige nationale tilsynsmyndigheder i det foreliggende tilfælde, udgør en foranstaltning i henhold til artikel 16, stk. 4, i direktiv 2002/21. I denne bestemmelse bemyndiges den pågældende nationale tilsynsmyndighed direkte til at vedtage foranstaltningen, idet det i bestemmelsen hedder, at en national tilsynsmyndighed, der fastslår, at der ikke er reel konkurrence på et marked, »udpeger […] virksomheder med en stærk markedsposition på det pågældende marked« og »pålægger sådanne virksomheder passende specifikke forpligtelser«. Selv om Kommissionen under de omstændigheder, hvortil der henvises i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21, kan kræve, at den pågældende nationale tilsynsmyndighed trækker et anmeldt udkast til foranstaltning tilbage, når foranstaltningen udgør en hindring for det indre marked eller er uforenelig med fællesskabsretten og navnlig de politiske mål, de nationale tilsynsmyndigheder skal iagttage, kræver den nationale tilsynsmyndigheds udøvelse af de beføjelser, den direkte tillægges i artikel 16, stk. 4, i direktiv 2002/21, ikke nogen »godkendelse« fra Kommissionens side. Desuden fremgår det ikke af nogen bestemmelse i direktiv 2002/21, at det skal betragtes som en godkendelse af det anmeldte udkast til foranstaltning, der giver den nationale tilsynsmyndighed ret til at handle, at Kommissionen ikke indleder anden fase af proceduren.

97 For det tredje bemærkes, at Kommissionens skriftlige bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 i betragtning af den konsultative rolle, der tildeles Kommissionen og de øvrige nationale tilsynsmyndigheder i proceduren i denne bestemmelse udgør, en forberedende fællesskabsretsakt som led i en procedure, som fører til, at den pågældende nationale tilsynsmyndighed vedtager en national foranstaltning. Ifølge fast retspraksis kan forberedende retsakter udstedt af fællesskabsinstitutionerne ikke være genstand for et selvstændigt annullationssøgsmål (dommen i sagen Nederlandene mod Kommissionen, nævnt i præmis 69 ovenfor, præmis 35, og Rettens dom af 19.10.2006, sag T-311/04, Buendía Sierra mod Kommissionen, Sml. II, s. 4137, præmis 98).

98 En indgriben fra Kommissionens side i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 fører ganske vist ikke til vedtagelse af en endelig fællesskabsretsakt, der kan være genstand for et direkte annullationssøgsmål for Fællesskabets retsinstanser.

99 I modsætning til, hvad Vodafone har gjort gældende, kræver retten til en effektiv domstolsretsbeskyttelse dog ikke, at der anlægges sag ved Retten til prøvelse af skriftlige bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21.

100 Det bemærkes i den forbindelse, at medlemsstaterne ifølge artikel 4 i direktiv 2002/21 skal indføre en klagemekanisme, der gør det muligt at påklage afgørelser truffet af deres nationale tilsynsmyndighed for en uafhængig instans. Det angives, at når klageinstansen ikke har domstolskarakter, »kan dens afgørelser […] indbringes for en ret i en medlemsstat, jf. traktatens artikel 234«.

101 Der fastsættes således en fuldstændig domstolsbeskyttelsesordning i direktiv 2002/21.

102 Dels fastsættes der i tilfælde som det foreliggende, hvor Kommissionens rolle er begrænset til, at den høres som led i en procedure i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, der i princippet fører til, at den pågældende nationale tilsynsmyndighed vedtager en beslutning, en ret til at indbringe klage for den kompetente nationale retsinstans, som i henhold til artikel 234 EF kan forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af de pågældende fællesskabsbestemmelser. Det bemærkes i den forbindelse, at Vodafone har anlagt sag ved Tribunal Supremo til prøvelse af CMT's beslutning. Da præjudicielle forelæggelser i henhold til artikel 234 EF også kan vedrøre ikke-bindende fællesskabsretsakter (jf. i denne retning Domstolens dom af 13.12.1989, sag C-322/88, Grimaldi, Sml. s. 4407, præmis 8, og af 8.4.1992, sag C-94/91, Wagner, Sml. I, s. 2765, præmis 16 og 17), kan den pågældende nationale retsinstans ved en sådan forelæggelse bl.a. få efterprøvet, om Kommissionens skriftlige bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 bygger på en korrekt fortolkning af fællesskabsretten.

103 Dels fører proceduren, når Kommissionen gør brug af sin vetoret i henhold til artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21, ikke til en national beslutning, men til vedtagelse af en fællesskabsretsakt med bindende retsvirkninger, som kan indbringes for Retten.

104 For det andet har Vodafone forsøgt at påvise, at en skrivelse fra Kommissionen i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 er bindende, ved at fremhæve den vetoret, Kommissionen råder over i henhold til direktivets artikel 7, stk. 4, hvoraf det fremgår, at den er tillagt en beslutningsfunktion i forbindelse med artikel 7.

105 Hertil bemærkes, at Kommissionen ifølge artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21 kan »træffe en afgørelse med krav om, at den nationale tilsynsmyndighed trækker udkastet [til foranstaltning] tilbage«. Selv hvis en konkret udøvelse af vetoretten afføder bindende retsvirkninger, således at den pågældende nationale tilsynsmyndighed ikke længere har ret til at vedtage den påtænkte foranstaltning, må en manglende udøvelse af vetoretten anses for at svare til en manglende vedtagelse af en beslutning, der ikke afføder nogen bindende retsvirkninger (jf. i denne retning Domstolens dom af 13.7.2004, sag C-27/04, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 6649, præmis 31-34).

106 Heraf følger, at Kommissionens indgreb ikke har bindende retsvirkninger, hvis den, som i det foreliggende tilfælde, kun fremsætter bemærkninger i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 og ikke gør brug af sin vetoret i henhold til artikel 7, stk. 4. Hvis den nationale tilsynsmyndighed beslutter at vedtage den nationale foranstaltning, kan de bindende retsvirkninger, der affødes af denne foranstaltning, henføres til den pågældende nationale tilsynsmyndighed og ikke til Kommissionens bemærkninger eller den manglende indledning af proceduren i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21.

107 På dette punkt adskiller procedurerne i artikel 7, stk. 3 og 4, i direktiv 2002/21 sig fra procedurerne på statsstøtte- og fusionskontrolområdet, for hvilke det udtrykkeligt bestemmes i de relevante retsforskrifter, at Kommissionens manglende udøvelse af dens beføjelser inden for en vis frist svarer til en stiltiende beslutning om godkendelse. Hvis Kommissionen således ifølge artikel 10, stk. 6, i forordning nr. 139/2004 og artikel 4, stk. 6, i forordning nr. 659/1999 ikke har truffet nogen beslutning inden for en frist på henholdsvis 25 arbejdsdage eller to måneder efter anmeldelsen af fusionen eller støtteforanstaltningen, anses fusionen eller støtteforanstaltningen for at være forenelig med fællesmarkedet. Direktiv 2002/21 indeholder imidlertid ikke nogen bestemmelse om, at manglende udøvelse fra Kommissionens side af dens beføjelser i henhold til artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21 svarer til en stiltiende beslutning om godkendelse af den nationale foranstaltning. Når der ikke findes nogen fællesskabsretlig bestemmelse, som fastsætter en frist, ved hvis udløb der antages at foreligge en stiltiende beslutning, og som angiver indholdet af denne beslutning, kan en fællesskabsinstitutions manglende vedtagelse af en beslutning ikke anses for en retsakt, der kan anfægtes i henhold til artikel 230 EF (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Rådet, nævnt i præmis 105 ovenfor, præmis 32 og 34).

108 For det tredje har Vodafone flere gange støttet sin argumentation om, at skrivelsen af 30. januar 2006 udgør en retsakt, der kan anfægtes i henhold til artikel 230 EF, på dommen i sagen Infront WM mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor.

109 Hertil bemærkes, at det ikke kan udledes af den omstændighed, at Retten fremmede søgsmålet til realitetsbehandling i sagen Infront WM mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor, at det foreliggende søgsmål kan admitteres.

110 Den anfægtede retsakt i sagen Infront WM mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor, var således en skrivelse fra Kommissionen på grundlag af artikel 3a i Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed (EFT L 298, s. 23), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF af 30. juni 1997 (EFT L 202, s. 60). Direktiv 89/552 havde til formål at fremme den frie bevægelighed for fjernsynsudsendelser inden for Fællesskabet, samtidig med at der blev taget hensyn til de audiovisuelle programmers særlige art, specielt deres kulturelle og sociologiske indvirkning. Direktivet gjorde det bl.a. muligt for medlemsstaterne at træffe foranstaltninger til at beskytte retten til information og til at sikre borgerne bred adgang til tv-dækning af nationale eller ikkenationale begivenheder af væsentlig samfundsmæssig interesse. I den forbindelse var det bestemt, at medlemsstaterne fortsat havde ret til at træffe foranstaltninger, som var forenelige med fællesskabsretten, med henblik på at fastsætte nærmere bestemmelser for, hvorledes tv-spredningsforetagender under deres jurisdiktion kunne udøve deres eneret til at dække sådanne begivenheder. Med henblik på deres gensidige anerkendelse af de øvrige medlemsstater i henhold til artikel 3a, stk. 3, i direktiv 89/552 skulle Kommissionen underrettes om de foranstaltninger, en medlemsstat havde truffet eller agtede at træffe. Det bestemtes i den forbindelse i artikel 3a, stk. 2, i direktiv 89/552, at Kommissionen inden for en periode på tre måneder fra underretningen skulle kontrollere, at sådanne statslige foranstaltninger var forenelige med fællesskabsretten. De foranstaltninger, Kommissionen således havde godkendt, blev offentliggjort i EU-Tidende.

111 Den anfægtede retsakt i den sag, der førte til dommen i sagen Infront WM mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor, var en skrivelse fra Kommissionen, hvori denne havde fundet, at foranstaltninger i Det Forenede Kongerige, der var anmeldt på grundlag af artikel 3a i direktiv 89/552, var forenelige med fællesskabsretten. Ifølge Retten havde skrivelsen »retsvirkninger i medlemsstaterne, for så vidt som den [fastsatte] offentliggørelse af de omhandlede statslige foranstaltninger i EF-Tidende, da denne offentliggørelse [udløste] mekanismen med gensidig anerkendelse som omhandlet i […] artikel 3a, stk. 3 [i direktiv 89/552]« (præmis 95). Retten fremhævede i den forbindelse, at »den gensidige anerkendelse af de anmeldte nationale foranstaltninger [krævede] kontrol af deres forenelighed med fællesskabsretten« ifølge artikel 3a, stk. 2 og 3, i direktiv 89/552 (præmis 101).

112 I forbindelse med proceduren i artikel 7 i direktiv 2002/21 gælder det derimod ikke for den anmeldende nationale tilsynsmyndighed om at opnå, at dens anmeldelse får retsvirkning i de øvrige medlemsstater. Anmeldelsen sker som led i en procedure for høring af og samarbejde mellem de nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen med det formål at sikre en ensartet anvendelse af rammebestemmelserne. Kommissionens skriftlige bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, såsom den retsakt, der er anfægtet i den foreliggende sag, har ingen bindende retsvirkninger for hverken den anmeldende nationale tilsynsmyndighed eller de øvrige nationale tilsynsmyndigheder. Der er kun tale om bemærkninger, som, i lighed med bemærkninger fremsat af andre nationale tilsynsmyndigheder, den anmeldende nationale tilsynsmyndighed skal tage hensyn til i videst mulig udstrækning.

113 For det fjerde må Vodafones argument om, at skrivelsen af 30. januar 2006 udgør en stiltiende beslutning om ikke at indlede anden fase af proceduren i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21, og at skrivelsen derfor må kunne anfægtes med henblik på at sikre de processuelle rettigheder, selskabet ville have nydt godt af under anden fase, ligeledes forkastes.

114 Det bemærkes herved, at selv om Domstolen undtagelsesvis har fundet det nødvendigt at kvalificere en beslutning om ikke at indlede en procedure som en anfægtelig retsakt (jf. med hensyn til beslutningen om at indlede proceduren i artikel 88, stk. 2, EF, Domstolens dom af 9.10.2001, sag C-400/99, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 7303), har Fællesskabets retsinstanser hidtil aldrig kvalificeret en beslutning om ikke at indlede en procedure som en anfægtelig retsakt.

115 Selv hvis hensynet til at sikre en interesseret parts processuelle rettigheder måtte være af betydning for, om en beslutning om ikke at indlede en bestemt procedure kunne anfægtes, måtte det stadig undersøges, om Vodafone i henhold til direktiv 2002/21 nyder godt af processuelle rettigheder, Retten skal sikre.

116 Hertil bemærkes indledningsvis, at det bestemmes i artikel 6 i direktiv 2002/21, at når de nationale tilsynsmyndigheder i overensstemmelse med direktivet agter at træffe foranstaltninger med væsentlige virkninger for det relevante marked, skal de »[give] de interesserede parter lejlighed til inden for en rimelig frist at fremsætte bemærkninger til udkastet til foranstaltninger«.

117 Endvidere fastsættes der i artikel 4, stk. 1, i direktiv 2002/21 en effektiv ret til at indbringe klage over de nationale tilsynsmyndigheders afgørelser for en national retsinstans.

118 De processuelle rettigheder under proceduren for den nationale tilsynsmyndighed, de interesserede parter tillægges i artikel 6 i direktiv 2002/21, skal derfor sikres for de nationale retsinstanser.

119 De interesserede parter tillægges ikke yderligere processuelle rettigheder i artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, når denne procedure ikke fører til vedtagelse af en fællesskabsretsakt, som har bindende retsvirkninger. Proceduren i direktivets artikel 7, stk. 3, vedrører således udelukkende forholdet mellem på den ene side den pågældende nationale tilsynsmyndighed og på den anden side de øvrige nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen, der kan fremsætte bemærkninger over for den nationale tilsynsmyndighed. For at Kommissionen kan tage stilling, skal den dog underrettes om de bemærkninger fra interesserede parter, der er blevet fremsat under den nationale procedure. Den anmeldende nationale tilsynsmyndighed skal således ifølge punkt 6, litra f), i henstilling 2003/561 anmelde »resultaterne af den forudgående offentlige høring, som den nationale tilsynsmyndighed har gennemført«, til Kommissionen.

120 Fællesskabslovgivers tilgangsvinkel, som har til formål at sikre, at de interesserede parters processuelle rettigheder iagttages på nationalt plan, kan forklares med, at det inden for de rammebestemmelser, der fastsættes i direktiv 2002/21, er de nationale tilsynsmyndigheder, og ikke Kommissionen, der træffer de foranstaltninger, som berører de virksomheders interesser, der driver forretning på markederne for elektronisk kommunikation, herunder de foranstaltninger, som er omhandlet i direktivets artikel 16.

121 Hvad den procedure angår, der finder anvendelse, når Kommissionen udtrykker alvorlig tvivl om en anmeldt foranstaltnings forenelighed med fællesskabsretten, bemærkes indledningsvis, at artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21 intet bestemmer om de interesserede parters eventuelle deltagelse heri. Selv om Kommissionen har anført, at indledningen af anden fase af proceduren i henhold til direktivets artikel 7, stk. 4, offentliggøres på Kommissionens websted sammen med en opfordring til interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger inden for fem arbejdsdage, påvirker det ikke en interesseret parts processuelle rettigheder, at der ikke indledes en sådan procedure. Manglende indledning af proceduren i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21 indebærer nemlig, at den endelige afgørelse i sagen vil blive truffet på nationalt plan. De processuelle rettigheder, de interesserede parter nyder godt af, når Kommissionen begrænser sig til at fremsætte bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, er sikret for de nationale retsinstanser. Hvis Vodafone derfor finder — således som selskabet har gjort i sit tredje anbringende — at det ikke havde mulighed for at fremsætte bemærkninger vedrørende de grundlæggende oplysninger, dvs. de oplysninger, der blev fremlagt for første gang i proceduren for Kommissionen, kan det gøre et sådant anbringende gældende for den nationale retsinstans.

122 Der kan således ikke påberåbes nogen tilsidesættelse af processuelle rettigheder på fællesskabsplan, når Kommissionen, som i det foreliggende tilfælde, kun fremsætter ikke-bindende bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21.

123 Den retspraksis vedrørende fusionskontrol og statsstøtte, som Vodafone har henvist til, er irrelevant i det foreliggende tilfælde.

124 Indledningsvis bemærkes hertil, at søgsmålet i den retspraksis, hvortil Vodafone har henvist, ikke tog sigte på annullation af en beslutning om ikke at indlede anden fase af proceduren. Det tog sigte på annullation af en retsakt, som havde bindende retsvirkninger, og som ifølge begge de pågældende sagsøgere var vedtaget i strid med deres processuelle rettigheder.

125 Med hensyn til området kontrol af statsstøtte blev spørgsmålet om iagttagelse af processuelle rettigheder således påberåbt som led i et søgsmål til prøvelse af en beslutning om ikke at rejse indvendinger i henhold til artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 659/1999 (dommen i sagen Cook mod Kommissionen og i sagen Matra mod Kommissionen, nævnt i præmis 64 ovenfor, og dommen i sagen Air One mod Kommissionen, nævnt i præmis 64 ovenfor, præmis 30 og 31). En sådan beslutning afføder bindende retsvirkninger, når det udtrykkeligt fastslås i den, at den pågældende støtte er forenelig med fællesmarkedet.

126 Med hensyn til området fusionskontrol blev spørgsmålet om iagttagelse af processuelle rettigheder rejst som led i et søgsmål til prøvelse af en kommissionsbeslutning på grundlag af artikel 6, stk. 1, litra a), i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1) [nu artikel 6, stk. 1, litra a), i forordning nr. 139/2004], hvori det var fastslået, at den anmeldte transaktion ikke udgjorde en fusion (dommen i sagen Assicurazioni Generali og Unicredito mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor), eller til prøvelse af en beslutning på grundlag af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 (nu artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 139/2004), hvori kontrollen med fusionen blev henvist til de nationale myndigheder (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor). Sådanne beslutninger afføder ligeledes bindende retsvirkninger, da de fører til en ændring med hensyn til, hvilke retsforskrifter der finder anvendelse på den pågældende transaktion, nemlig artikel 81 EF

og den selvstændige og særlige procedure, der blev indført ved forordning nr. 1/2003 (dommen i sagen Assicurazioni Generali og Unicredito mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor, præmis 41) eller den nationale lovgivning om fusioner (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor, præmis 282, og Rettens dom af 30.9.2003, forenede sager T-346/02 og T-347/02, Cableuropa m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 4251, præmis 59 og 60).

127 I det foreliggende tilfælde erklæres den anmeldte foranstaltning imidlertid ikke udtrykkeligt for forenelig med fællesskabsretten og fører heller ikke til en ændring af den lovgivning, der finder anvendelse på den anmeldte foranstaltning. Rammebestemmelserne i direktiv 2002/21 fandt anvendelse, før foranstaltningen blev anmeldt til Kommissionen, og finder fortsat anvendelse uanset Kommissionens stillingtagen i skrivelsen af 30. januar 2006. Den anfægtede retsakt afføder således ikke bindende retsvirkninger, og løsningerne i de domme, hvortil der er henvist i den foregående præmis, kan derfor ikke overføres til den foreliggende sag.

128 Endvidere bemærkes, at kontrollen med statsstøtte og fusioner af fællesskabsdimension henhører under Kommissionens enekompetence i henhold til henholdsvis artikel 88, stk. 3, EF (jf. i denne retning Domstolens dom af 22.3.1977, sag 78/76, Steinike & Weinlig, Sml. s. 595, præmis 9) og artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 139/2004. Det er således kun Kommissionen, der, med forbehold af Fællesskabets retsinstansers kontrol, kan tage stilling til, om en sådan fusion eller statsstøtte er forenelig med fællesmarkedet. Det er derfor kun på fællesskabsplan, de interesserede parter med føje kan gøre deres eventuelle bemærkninger gældende. I det foreliggende tilfælde er det imidlertid som følge af, at de foranstaltninger, som er omhandlet i direktiv 2002/21, principielt træffes på nationalt plan og ikke af Kommissionen, tilstrækkeligt, at de interesserede parter høres på nationalt plan, i hvert fald hvis Kommissionen begrænser sig til at fremsætte bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21. Der er nemlig intet til hinder for, at de interesserede parter rejser spørgsmålet om, hvorvidt udkastet til foranstaltning er foreneligt med fællesskabsretten, for de nationale myndigheder og retsinstanser.

129 Vodafones argumenter om sikring af selskabets processuelle rettigheder kan således heller ikke begrunde, at den anfægtede retsakt kvalificeres som en retsakt, der kan prøves i henhold til artikel 230 EF.

130 For det femte har Vodafone peget på, at Kommissionen i en række dokumenter har betegnet skrivelser udfærdiget i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 som »beslutninger« eller »afgørelser«. Vodafone har i den forbindelse henvist til pressemeddelelsen af 31. januar 2006 (IP/06/07) vedrørende den anfægtede retsakt, begæringen til CMT om supplerende oplysninger, beslutningen af 11. maj 2006 om at ikke at give aktindsigt i dokumenter i henhold til forordning nr. 1049/2001, meddelelse KOM(2006) 28 endelig (s. 5 og 10), henstilling 2003/561, memorandum 06/59 af 7. februar 2006, pressemeddelelsen af 20. oktober 2006 (IP/06/1439) og den tale, det for informationssamfundet ansvarlige medlem af Kommissionen holdt den 16. november 2006.

131 Hertil bemærkes imidlertid, at det må fastslås, at Kommissionens anvendelse af udtrykket »beslutning« eller »afgørelse« i de nævnte dokumenter, hvoraf nogle var rettet til offentligheden, ikke henviser til det juridiske begreb »beslutning«, således som det defineres i artikel 249 EF. Kommissionen har således ikke i nogen af de dokumenter, hvortil der er henvist i den foregående præmis, angivet, at dens bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 ville have bindende retsvirkninger eller forpligte de nationale tilsynsmyndigheder.

132 Tværtimod bekræfter pressemeddelelsen af 31. januar 2006 om den anfægtede retsakt, at Kommissionens bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 ikke har bindende retsvirkninger. Kommissionen fremhævede således i pressemeddelelsen, at »høringsmekanismen i artikel 7 ikke udgør en godkendelsesordning«.

133 Selv hvis det fremgik af de dokumenter, hvortil der er henvist i præmis 130 ovenfor, at Kommissionen har en fejlagtig opfattelse af sin rolle i forbindelse med artikel 7 i direktiv 2002/21, hvilket ikke er tilfældet, ville dette under alle omstændigheder ikke påvirke de gældende rammebestemmelser, hvorefter Kommissionen i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 kun fremsætter »bemærkninger«, som den anmeldende nationale tilsynsmyndighed »i videst mulig udstrækning [tager] hensyn til«.

134 Heraf følger, at det fremgår af den sammenhæng, hvori den anfægtede retsakt blev udstedt, at denne ikke har bindende retsvirkninger.

Den anfægtede retsakts indhold

135 For at fastslå, om den anfægtede retsakt på trods af de gældende rammebestemmelser har til formål at afføde bindende retsvirkninger, er det endvidere nødvendigt at undersøge dens indhold.

136 Det fremgår af indholdet af skrivelsen af 30. januar 2006, at det ikke var Kommissionens hensigt, at den skulle have bindende retsvirkninger.

137 Kommissionen noterede sig således i den første bemærkning i den anfægtede retsakt om konkurrencevilkårene på detailmarkedet, at CMT ikke havde fundet, at der forelå en kollektiv dominerende stilling på detailmarkedet, og bemærkede i den forbindelse, at »det for at fastslå, at der [forelå] en [kollektiv stærk markedsposition] på engrosmarkedet for mobiladgang og -opkaldsoprindelse, ikke [var] nødvendigt at konstatere, at der [forelå] en [kollektiv stærk markedsposition] på detailmarkedet«. Derpå behandlede Kommissionen vilkårene for »konkurrencen på detailmarkedet« og vurderede, om de kunne tjene som beviser med henblik på at fastslå, at der forelå en kollektiv stærk markedsposition på engrosmarkedet. Endvidere kommenterede

Kommissionen »indtægtsniveauet på detailmarkedet«, som CMT skulle påvise for at kunne fastslå, at der var tilskyndelser til en stiltiende samordning på engrosmarkedet, og anførte, at »fastslåelsen af, at der [forelå] en kollektiv dominerende stilling, [rejste] særdeles komplicerede spørgsmål af økonomisk art«, hvorefter den bemærkede, at skønt de fremlagte samlede data var »værdifulde og instruktive, ville data for prisudviklingen på et mere specifikt niveau give bedre indikationer«. Kommissionen anmodede derfor CMT om »med henblik på en fremtidig markedsanalyse« at overvåge udviklingen i detailpriserne for de enkelte markedssegmenter og/eller de enkelte forbrugerprofiler. Endelig bemærkede den, at detailmarkedet syntes at udvise en række strukturelle træk, der forekom at give operatørerne tilstrækkelig tilskyndelse til kollektivt at nægte operatører af virtuelle mobilnet adgang.

138 Den første bemærkning i den anfægtede retsakt berører højst CMT's retsstilling for så vidt angår de fremtidige markedsanalyser, CMT skal foretage. Den berører imidlertid på ingen måde CMT's retsstilling for så vidt angår vedtagelsen af den foranstaltning, CMT anmeldte til Kommissionen (og de øvrige nationale tilsynsmyndigheder), og i endnu mindre grad Vodafones retsstilling.

139 I den anden bemærkning, der drejer sig om fokuspunktet, noterede Kommissionen sig i den anfægtede retsakt, at CMT havde defineret et fokuspunkt, som var transparent, og som bestod i nægtelse af at give tredjeparter adgang til engrosmarkedet. Selv om CMT ikke havde defineret et fokuspunkt på detailmarkedet, hvilket ikke var uomgængeligt nødvendigt, fandt Kommissionen det i betragtning af den indbyrdes tilpasning af de tre netoperatørers forretningsstrategier sandsynligt, at enhver afvigelse hen imod en mere aggressiv priskonkurrence let ville kunne fastslås.

140 Det fremgår af indholdet af denne anden bemærkning, at den heller ikke har til formål at afføde bindende retsvirkninger.

141 I sin tredje bemærkning, der drejer sig om gengældelsesmekanismen, anførte Kommissionen for så vidt angår engrosmarkedet, at mekanismen [kunne] »iværksættes«, men at »CMT kunne have fremlagt en mere omfattende dokumentation« med hensyn til, »om mekanismen kunne være mere umiddelbar, og om den [udgjorde] et tilstrækkeligt stærkt incitament til at kalde den afvigende virksomhed til orden«. Derpå tilføjede den, at »de nationale tilsynsmyndigheder […] i en markedsanalyse [burde] vurdere, om det [var] let for de øvrige, ikke-afvigende operatører af virtuelle mobilnet at indgå en aftale med en [operatør af virtuelle mobilnet], hvis indtræden og specifikke forretningsstrategi [ville] kunne kalde den afvigende mobilnetoperatør til orden«. Kommissionen vurderede mulighederne for gengældelse på detailmarkedet, hvortil CMT ligeledes havde henvist. Den fandt, at der som helhed fandtes troværdige gengældelsesmekanismer på dette marked.

142 Heller ikke denne bemærkning i den anfægtede retsakt ændrer CMT's retsstilling med hensyn til vedtagelsen af den foranstaltning, CMT havde anmeldt til Kommissionen (og de øvrige nationale tilsynsmyndigheder), og i endnu mindre grad Vodafones retsstilling.

143 I en fjerde bemærkning, der drejer sig om den nøje overvågning af markedet og den fjerde mobilnetoperatørs indtræden, bemærkede Kommissionen i den anfægtede retsakt, at Xfera endnu ikke var indtrådt på markedet, og opfordrede »de spanske myndigheder til at finde en måde, hvorpå det kunne sikres, at det disponible spektrum blev udnyttet effektivt«. Kommissionen rådede CMT til nøje at overvåge følgerne af Xferas eventuelle indtræden i 2006 for opretholdelsen af den kollektive dominerende stilling og tilføjede, at eventuelle »konkrete beviser for udviklinger på detailmarkedet, som ikke har forbindelse med de regulerende foranstaltninger på det relevante marked, og som rejser tvivl om opretholdelsen af den kollektive dominerende stilling, [ville] kræve en ny analyse af det relevante marked«. Kommissionen mindede om, at den i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 skulle underrettes om en sådan analyse.

144 Heller ikke denne bemærkning i den anfægtede retsakt ændrer CMT's retsstilling for så vidt angår vedtagelsen af den foranstaltning, CMT havde anmeldt til Kommissionen (og de øvrige nationale tilsynsmyndigheder), og i endnu mindre grad Vodafones retsstilling. CMT pålægges i bemærkningen kun nøje at overvåge den fjerde mobilnetoperatørs indtræden på det relevante marked og i givet fald at foretage en ny markedsanalyse. At Kommissionen (og de øvrige nationale tilsynsmyndigheder) skal underrettes om en sådan analyse, fremgår direkte af artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, hvori der fastsættes en forpligtelse til på forhånd at anmelde markedsanalyser, der er omfattet af direktivets artikel 16.

145 Endelig sluttede Kommissionen skrivelsen ved at understrege, at de supplerende oplysninger, CMT havde meddelt Kommissionen under anmeldelsesproceduren, havde haft afgørende betydning for dens vurdering af CMT's anmeldelse, og anmodede CMT om at »basere sin endelige foranstaltning på de senest tilgængelige oplysninger«.

146 Dette punkt forekommer i højere grad at udgøre en henstilling eller et råd end en juridisk bindende forpligtelse. Under alle omstændigheder påvirker bemærkningen ikke sagsøgerens retsstilling.

147 Det fremgår således ikke af undersøgelsen af Kommissionens forskellige bemærkninger i den anfægtede retsakt, at denne har til formål at afføde bindende retsvirkninger. Under alle omstændigheder er det fast retspraksis, at uanset hvilke betragtninger der danner grundlag for en retsakt, kan kun dens konklusion have retsvirkninger (Rettens dom af 17.9.1992, sag T-138/89, NBV og NVB mod Kommissionen, Sml. II, s. 2181, præmis 31, og af 19.3.2003, sag T-213/00, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 913, præmis 186). Det må imidlertid fastslås, at den anfægtede retsakt ikke indeholder nogen konklusion.

148 Vodafone finder ikke desto mindre, at følgende bemærkning i slutningen af den anfægtede retsakt udgør dennes konklusion: »CMT skal i henhold til […] artikel 7, stk. 5, [i direktiv 2002/21] i videst mulig udstrækning tage hensyn til bemærkningerne fra andre nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen og kan vedtage det endelige udkast til foranstaltning, der i så fald skal fremsendes til Kommissionen.« Vodafone har påberåbt sig, at Kommissionen i dette citat har udeladt passagen »når bortses fra de i stk. 4 omhandlede tilfælde«, der forekommer i artikel 7, stk. 5, i direktiv 2002/21.

149 Hvad dette angår er det tilstrækkeligt at fastslå, at gengivelsen af artikel 7, stk. 5, i direktiv 2002/21 kun bekræfter, at den anfægtede retsakt ikke er bindende (jf. præmis 93 ovenfor). Den udeladelse, hvortil Vodafone har henvist, skyldes, at den anfægtede retsakt er omfattet fuldt ud af artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, og at betingelserne i direktivets artikel 7, stk. 4, ikke er opfyldt. I det foreliggende tilfælde kunne kun indledningen af proceduren i direktivets artikel 7, stk. 4, have ført til vedtagelse af en retsakt med bindende retsvirkninger.

150 Det fremgår således hverken af indholdet af den anfægtede retsakt eller af den sammenhæng, hvori den blev udstedt, at den udgør en retsakt med bindende retsvirkninger. Der er følgelig ikke tale om en retsakt, som kan prøves i henhold til artikel 230 EF. Det må derfor fastslås, at det foreliggende søgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling.

151 Selv hvis den anfægtede retsakt udgjorde en retsakt, der kan prøves, finder Retten af de i det følgende anførte grunde, at Vodafone ikke ville have søgsmålskompetence.

2. *Vodafones søgsmålskompetence*

Parternes argumenter

152 Kommissionen og Kongeriget Spanien har gjort gældende, at Vodafone ikke er umiddelbart berørt af den anfægtede retsakt som omhandlet i artikel 230, stk. 4, EF.

153 Vodafone finder, at selskabet er umiddelbart berørt af den anfægtede retsakt. At CMT traf sin beslutning, var uundgåeligt i betragtning af dens indhold. Muligheden for, at CMT ikke gennemførte den anfægtede retsakt, er rent teoretisk, og der er ikke tvivl om, at CMT ville handle i overensstemmelse med Kommissionens bemærkninger (Domstolens dom af 23.11.1971, sag 62/70, Bock mod Kommissionen, Sml. 1971, s. 239, org.ref.: Rec. s. 897, af 17.1.1985, sag 11/82, Piraiki-Patraiki m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 8-10, og af 5.5.1998, sag C-386/96 P, Dreyfus mod Kommissionen, Sml. I, s. 2309, præmis 44, samt dommen i sagen Cableuropa m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 126 ovenfor, præmis 66). At CMT agtede at gennemføre udkastet til foranstaltning, så snart CMT havde modtaget Kommissionens godkendelse, fremgår af, at CMT den 31. januar 2006, dvs. dagen efter at Kommissionen udstedte den anfægtede retsakt, og før CMT trådte sammen for at vedtage den foreslåede foranstaltning, offentliggjorde en pressemeddelelse, hvori CMT oplyste, at CMT, efter at Kommissionen havde godkendt CMT's analyse, ville pålægge de påtænkte regulerende forpligtelser for at sikre, at tredjeparter kunne få adgang til de tre mobiloperatørers net.

154 Vodafone har i den forbindelse draget en parallel mellem det foreliggende tilfælde og det, der førte til dommen i sagen Bock mod Kommissionen, nævnt i præmis 153 ovenfor, hvori Domstolen fastslog, at Kommissionens bemyndigelse til en medlemsstat til at afslå en importlicens berørte sagsøgeren umiddelbart i denne sag, idet de kompetente tyske myndigheder havde meddelt sagsøgeren, at de ville afslå hans ansøgning, så snart Kommissionen havde givet dem den fornødne bemyndigelse (dommens præmis 7).

155 Proceduren i det foreliggende tilfælde er efter Vodafones opfattelse også sammenlignelig med procedurerne i forbindelse med kontrol med fusioner og statsstøtte, idet Kommissionens beslutninger heller ikke i sådanne procedurer indeholder et pålæg om at gennemføre den anmeldte fusion eller statsstøtte, men blot fjerner den sidste forhindring for vedtagelsen af den anmeldte foranstaltning, hvilket ikke er til hinder for, at Kommissionens beslutning har umiddelbar virkning, herunder også for tredjemand (Rettens dom af 4.7.2006, sag T-177/04, EasyJet mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931, præmis 32). Endvidere har Vodafone anført, at den anfægtede retsakt havde umiddelbar indvirkning på selskabets retsstilling, idet den fratog selskabets de processuelle rettigheder, det ville have nydt godt af under anden fase af undersøgelsen.

156 Endelig berører den anfægtede retsakt ifølge Vodafone selskabet individuelt som omhandlet i artikel 230, stk. 4, EF, hvilket Kommissionen i øvrigt ikke har bestridt. Vodafone har i den forbindelse peget på, at selskabet er en del af en gruppe på kun tre virksomheder, hvortil der henvises direkte i den anfægtede retsakt, at selskabet er blevet pålagt ex ante-kontrolforpligtelser i henhold til artikel 16 i direktiv 2002/21, og at det desuden er en interesseret part som omhandlet i direktivets artikel 6. Vodafone deltog ligeledes i den administrative procedure for Kommissionen under første fase af undersøgelsen af udkast til foranstaltning ES/2005/0330, fremsatte bemærkninger til udkastet og ville have haft ret til at deltage i den nøjere undersøgelse for Kommissionen, hvis anden fase af proceduren var blevet indledt.

Rettens bemærkninger

157 Det er fast retspraksis, at personer i henhold til artikel 230, stk. 4, EF kun kan anfægte en retsakt eller en beslutning, som har retsvirkninger for dem, hvis de både er umiddelbart og individuelt berørt af den pågældende retsakt eller beslutning (Domstolens dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, på s. 414, org.ref.: Rec. s. 197, på s. 223, og af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 44; jf. ligeledes i denne

retning dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor, præmis 272 og 291).

158 For at en fysisk eller juridisk person kan anses for at være umiddelbart berørt, skal den anfægtede fællesskabsretsakt umiddelbart have indvirkning på den pågældendes retsstilling, og dens gennemførelse skal ske helt automatisk, udelukkende i medfør af fællesskabsreglerne og uden anvendelse af andre mellemkommende regler (dommen i sagen Dreyfus mod Kommissionen, nævnt i præmis 153 ovenfor, præmis 43, og i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor, præmis 272, samt Rettens kendelse af 9.1.2007, sag T-127/05, Lootus Teine Osaühing mod Rådet, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 39).

159 Dette gælder bl.a., når adressaterne kun har en rent teoretisk mulighed for at undlade at efterkomme denne retsakt, og deres vilje til at indordne sig efter den ligger uden for al tvivl (dommen i sagen Piraiki-Patraiki m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 153 ovenfor, præmis 8-10, og i sagen Dreyfus mod Kommissionen, nævnt i præmis 153 ovenfor, præmis 44, samt Rettens dom af 15.9.1998, sag T-54/96, Oleifici Italiani og Fratelli Rubino mod Kommissionen, Sml. II, s. 3377, præmis 56, og dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor, præmis 273).

160 Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag i betragtning af den centrale rolle, de nationale tilsynsmyndigheder spiller med henblik på opfyldelsen af målene med direktiv 2002/21 (jf. præmis 72-74 ovenfor). Proceduren i artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 udgør nemlig en procedure for konsultation og samarbejde mellem de nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen, hvorunder ikke blot Kommissionen, men også de øvrige nationale tilsynsmyndigheder, i henhold til direktivets artikel 7, stk. 3, kan fremsætte bemærkninger til et anmeldt udkast til foranstaltning. Selv om CMT ifølge artikel 7, stk. 5, »i videst mulig udstrækning [skal tage] hensyn til bemærkningerne fra andre nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen«, har CMT et

råderum ved bestemmelsen af indholdet af den endelige foranstaltning, hvorfor den retsakt, der udstedes på grundlag af artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21, ikke kan anses for at have umiddelbar indvirkning på de berørte virksomheders retsstilling.

161 Vodafone kan ikke hævde, at muligheden for, at den nationale tilsynsmyndighed ikke vedtager udkastet til foranstaltning, når Kommissionen har fremsat sine bemærkninger, er rent teoretisk. Selv om det er højst sandsynligt, at den pågældende nationale tilsynsmyndighed rent faktisk vedtager udkastet til foranstaltning, er det nemlig kun denne myndighed, det tilkommer at beslutte, om foranstaltningen skal vedtages, og hvad den skal indeholde.

162 Retsvirkningerne af den retsakt, som er anfægtet i det foreliggende tilfælde — for så vidt den udgør en anfægtelig retsakt — adskiller sig således grundlæggende fra retsvirkningerne af en kommissionsbeslutning, hvori en statsstøtte eller en fusion erklæres for forenelig med fællesmarkedet. Adressaten for en sådan beslutning har nemlig ikke længere noget råderum ved fastlæggelsen af indholdet af den endelige foranstaltning, hvorimod adressaten for bemærkninger i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/21 fortsat har et sådant råderum.

163 CMT's situation i det foreliggende tilfælde er ligeledes grundlæggende forskellig fra de tyske myndigheders situation i det tilfælde, der førte til dommen i sagen Bock mod Kommissionen, nævnt i præmis 153 ovenfor. I denne sag havde de tyske myndigheder anmodet Kommissionen om bemyndigelse til at afslå en importlicens. De havde meddelt sagsøgeren, at hans ansøgning ville blive afslået, så snart Kommissionen havde givet dem den fornødne bemyndigelse. Kommissionens bemyndigelse

påvirkede derfor sagsøgerens retsstilling umiddelbart. I det foreliggende tilfælde må det imidlertid i betragtning af det råderum, CMT har ved gennemførelsen af den anfægtede retsakt — selv om det kan være begrænset — fastslås, at retsakten ikke berørte Vodafones retsstilling umiddelbart.

164 Vodafones argument om, at selskabet er umiddelbart berørt af den anfægtede retsakt, fordi beslutningen om ikke at indlede anden fase af proceduren i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21 fratog det dets processuelle rettigheder, kan heller ikke tiltrædes.

165 Det bemærkes hvad dette angår, at som følge af, at de foranstaltninger, hvortil der henvises i artikel 16 i direktiv 2002/21, træffes af de nationale tilsynsmyndigheder, tillægges de interesserede parter i direktivets artikel 6 processuelle rettigheder under proceduren for den nationale tilsynsmyndighed, som de nationale retsinstanser skal sikre i henhold til direktivets artikel 4. Under denne nationale procedure kan interesserede parter fremsætte deres bemærkninger vedrørende foranstaltningens eventuelle uforenelighed med fællesmarkedet.

166 Den foreliggende sag adskiller sig således fra de sager om statsstøtte og fusionskontrol, hvortil Vodafone har henvist. Da fastslåelsen af, om en statsstøtte eller en fusion af fællesskabsdimension er forenelig med fællesmarkedet, henhører under Kommissionens enekompetence, kan den manglende indledning af anden fase af proceduren fratage interesserede parter muligheden for at gøre deres bemærkninger gældende for den eneste kompetente myndighed. I det foreliggende tilfælde havde Vodafone imidlertid mulighed for at fremsætte bemærkninger for den myndighed, som har kompetence til at vedtage den endelige beslutning, nemlig CMT, og Vodafone kan påberåbe sig, at selskabets processuelle rettigheder er blevet tilsidesat, for de nationale retsinstanser. Den manglende indledning af anden fase af proceduren fratog således ikke Vodafone de processuelle rettigheder, selskabet nyder godt af i henhold til direktiv 2002/21.

167 Der må følgelig drages den konklusion, at Vodafone ikke er umiddelbart berørt af den anfægtede retsakt som omhandlet i artikel 230, stk. 4, EF.

168 Selv hvis den anfægtede retsakt udgjorde en retsakt, der kunne prøves i henhold til artikel 230 EF, ville Vodafone derfor ikke have den søgsmålskompetence, der kræves i stk. 4 i denne bestemmelse.

169 På baggrund af det foranstående i det hele må det foreliggende søgsmål afvises.

Sagens omkostninger

170 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Vodafone har tabt sagen, bør det pålægges selskabet at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

171 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 4, første afsnit, bærer medlemsstater og institutioner, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Kongeriget Spanien bør derfor bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

1) Sagen afvises.

2) Vodafone España, SA og Vodafone Group plc bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger.

3) Kongeriget Spanien bærer sine egne omkostninger.

Således bestemt i Luxembourg den 12. december 2007.

E. Coulon — M. Vilaras

Justitssekretær — Præsident

Indhold

Retsforskrifter ..... II - 5157

1. Direktiv 2002/21/EF ..... II - 5157

2. Henstilling 2003/561/EF ..... II - 5163

Tvistens baggrund ..... II - 5165

Retsforhandlinger og parternes påstande ..... II - 5171

Retlige bemærkninger ..... II - 5173

1. Den anfægtede retsakts karakter ..... II - 5173

Parternes argumenter ..... II - 5173

Rettens bemærkninger ..... II - 5181

Den sammenhæng, hvori den anfægtede retsakt er udstedt ..... II - 5182

— De opgaver, de nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen er tillagt i henhold til direktiv 2002/21 ..... II - 5182

— Forløbet af proceduren i artikel 7 i direktiv 2002/21 ..... II - 5184

— Den retlige karakter af en skrivelse i henhold til artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/21 ..... II - 5186

Den anfægtede retsakts indhold ..... II - 5200

2. Vodafones søgsmålskompetence ..... II - 5205

Parternes argumenter ..... II - 5205

Rettens bemærkninger ..... II - 5206

Sagens omkostninger ..... II - 5210