

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
POIARES MADURO

föredraget den 23 april 2009¹

1. Telekommunikationssektorn regleras genom ett gemenskapsrättsligt regelsystem med ett flertal syften, i synnerhet att säkerställa konkurrensen. Inom ramen för detta regelsystem har ett särskilt institutionellt arrangemang upprättats, genom vilket nationella regleringsmyndigheter (nedan kallade NRM) har att säkerställa dessa syften och är behöriga att, när så krävs, ingripa genom att föreskriva skyldigheter för telekommunikationsföretag med betydande ställning på marknaden.

2. Förevarande mål rör huvudsakligen medlemsstaternas handlingsutrymme vid genomförandet av detta gemenskapsrättsliga regelsystem. Det gäller för det första deras frihet att begränsa regleringens tillämplighet när det gäller känsliga marknader, nämligen nya marknader. För det andra gäller det medlemsstaternas rätt att ge vägledning för ingripanden från NRM med avseende på specifika ändamål med regleringen, såsom att främja investeringar och innovationer.

I — Omständigheter och rättslig bakgrund

3. Inom det gemenskapsrättsliga regelsystemet för telekommunikationssektorn är följande rättsakter relevanta i förevarande mål: ramdirektivet,² tillträdesdirektivet³ och direktivet om samhällsomfattande tjänster.⁴

4. Den tyska lagstiftning målet rör är lagen om telekommunikationer (nedan kallad TKG).⁵ TKG utgör huvudsakligen ett genomförande av det gemenskapsrättsliga regelverket. Den har emellertid varit föremål för två ändringar rörande nya marknader, vilka står i centrum i förevarande mål.⁶

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, s. 33).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (tillträdesdirektiv) (EGT L 108, s. 7).

4 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (direktiv om samhällsomfattande tjänster) (EGT L 108, s. 1).

5 — Telekommunikationsgesetz av den 22 juni 2004, BGBI. I, s. 1190.

6 — Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften av den 18 februari 2007, BGBI. I, s. 106.

1 — Originalspråk: engelska.

5. Dessa ändringar av TKG innebär att nya marknader undantas från regleringen, förutom om denna reglering är nödvändig av långsiktiga konkurrensskäl. De innebär också att den tyska NRM⁷ vid bedömningen av huruvida det är nödvändigt med reglering särskilt ska beakta målet att främja investeringar i infrastruktur och innovationer.

som möjligt” till de mål som fastställs i artikel 8.

6. Vid beskrivningen av bakgrunden i förevarande mål skiljer jag vid hänvisningar till relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser mellan bestämmelsernas syfte (A) och processuella frågor, såsom bestämmelserna om insyn, samarbete mellan NRM och kommissionen, marknadsdefinitioner och marknadsbedömningar (B). Jag ska därefter beskriva TKG mer detaljerat (C). Slutligen ska jag redogöra för vissa händelser som inträffat innan talan väcktes i förevarande mål (D).

8. I artikel 8.1 i ramdirektivet föreskrivs att medlemsstaterna ”ska säkerställa” att NRM vidtar alla rimliga åtgärder för att uppnå dessa mål.

9. I artikel 8.2 i ramdirektivet uppräknas en rad målsättningar som rör konkurrensens säkerställande:

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelsernas syfte*

”[NRM ska] främja konkurrens vid tillhandahållandet av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster samt tillhörande faciliteter och tjänster och därvid bland annat

7. Enligt artikel 7.1 i ramdirektivet ska NRM, när de utför sina uppgifter enligt detta direktiv och särdirektiven, ta ”så stor hänsyn

a) säkerställa att användarna, inbegripet användare med funktionshinder, får maximalt utbyte när det gäller urval, pris och kvalitet,

7 — Bundesnetzagentur.

b) säkerställa att det inte uppstår någon snedvridning eller begränsning av konkurrensen inom sektorn för elektronisk kommunikation,

ningar som anges i ramdirektivet. Dessa syften motiverar de skyldigheter som enligt dessa artiklar kan åläggas företag med betydande marknadsandelar.⁸

c) främja effektiva investeringar i infrastruktur, främja innovation, samt

12. I artikel 15.2 i ramdirektivet ges kommissionen uppgiften att i överensstämmelse med ”principerna i konkurrenslagstiftningen” anta riktlinjer för marknadsanalyser och bedömning av betydande marknadsinflytande (kommissionens riktlinjer).⁹

d) främja en effektiv användning och säkerställa en ändamålsenlig förvaltning av radiofrekvenser och nummerresurser.”

13. I skäl 27 i ramdirektivet anges att kommissionens riktlinjer ska behandla frågan om tillämpning av föreskrivna skyldigheter på nya marknader enligt följande:

10. I artikel 8.3 och 8.4 i ramdirektivet anges två andra grupper av målsättningar, avsedda att främja den inre marknaden respektive skydda gemenskapsmedborgarnas intressen.

”[Kommissionens riktlinjer] kommer också att omfatta frågan om nya, framväxande marknader, där det marknadsledande före-

11. I artikel 8.4 i tillträdesdirektivet och i artikel 17.2 i direktivet om samhällsomfattande tjänster hänvisas det till de målsätt-

8 — Det kan vara värdefullt att räkna upp vissa av dessa skyldigheter, för att förstå den ekonomiska påverkan de kan ha för den som åläggs dem. I artikel 8.4 i tillträdesdirektivet anges bland annat skyldigheter att lämna tillträde till och tillåta användning av specifika nätverksfaciliteter, priskontroll och marknadsredovisning. I artikel 17.2 i direktivet om samhällsomfattande tjänster anges skyldigheter att vidta prisbegränsande åtgärder, åtgärder för att kontrollera individuella taxor eller åtgärder för att anpassa taxorna till kostnaderna eller priserna på jämförbara marknader.

9 — Kommissionens riktlinjer för marknadsanalyser och bedömning av betydande marknadsinflytande i enlighet med gemenskapens regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EGT 2002 C 165, s. 6).

taget faktiskt kan ha betydande marknadsandel men inte bör åläggas olämpliga skyldigheter.”

14. I punkt 32 i kommissionens riktlinjer upprepas skäl 27 i ramdirektivet, med följande tillägg:

”Detta beror på att ett för tidigt införande av förhandsreglering på ett otillbörligt sätt kan påverka de konkurrensvillkor som tar form inom den nya, framväxande marknaden. Samtidigt bör man förhindra att marknadsledande företag blockerar tillträdet till framväxande marknader. Utan att för den skull ifrågasätta lämpligheten av konkurrensmyndigheternas ingripande i enskilda fall bör de nationella regleringsmyndigheterna se till att de helt och fullt kan rättfärdiga varje tidigt förhandsingripande på en framväxande marknad, särskilt som de har kvar möjligheten att ingripa i ett senare skede i samband med den regelbundna analysen av relevanta marknader.”

15. I artikel 15.1 i ramdirektivet ges kommissionen även uppgiften att anta en rekommendation som ”i enlighet med konkurrenslagstiftningens principer” identifierar de marknader på vilka skyldigheter enligt tillträdesdirektivet och direktivet om samhällsomfat-

tande tjänster får föreskrivas (kommissionens rekommendationer).¹⁰

16. I skäl 15 i kommissionens rekommendationer anges följande avseende tillämpligheten av regleringsskyldigheter på nya marknader:

”Vidare bör nya och framväxande marknader – där aktörer kan ha fått marknadsinflytande på grund av fördelar till följd av att de har varit först på marknaden – i princip inte omfattas av förhandsreglering.”

B — Bestämmelser om insyn, systemet för samarbete, marknadsdefinitioner och marknadsanalys

17. I artikel 6 i ramdirektivet införs ett regelsystem för insyn för berörda parter. NRM ska, som en allmän regel, göra det möjligt för berörda parter att yttra sig över föreslagna åtgärder, offentliggöra de natio-

10 — Kommissionens rekommendation om relevanta produkt- och tjänstemarknader inom området elektronisk kommunikation vilka kan komma i fråga för förhandsreglering enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EGT 2003 L 114, s. 45).

nella samrådsförfaranden som NRM organiserar och resultatet av dessa.

21. I artikel 15.3 i ramdirektivet anges följande avseende marknadsdefiniering av NRM:

18. Genom artikel 7.2 i ramdirektivet upprättas ett system för samarbete mellan olika NRM, och mellan dessa och kommissionen, för att ”säkerställa konsekvent tillämpning” av regelverket.

”[NRM] ska i största möjliga utsträckning beakta [kommissionens rekommendationer] och [kommissionens riktlinjer] vid definitionen av de med hänsyn till nationella förhållanden relevanta marknaderna, särskilt geografiska marknader inom sitt territorium, i överensstämmelse med konkurrenslagstiftningens principer. ...”

19. I artikel 7.3 och 7.5 i ramdirektivet specificeras formerna för detta samarbete. När en NRM avser att vidta en åtgärd som omfattas av bland annat artiklarna 15 eller 16 i ramdirektivet och som skulle påverka handeln mellan medlemsstaterna ska den informera övriga NRM och kommissionen. Utkastet till den tilltänkta åtgärden och skälen för denna ska göras tillgängliga för övriga NRM och för kommissionen så att dessa bereds tillfälle att yttra sig. NRM ska beakta dessa yttranden och, om den antar den tilltänkta åtgärden, meddela detta till kommissionen.

22. I artikel 16.1 och 16.2 i ramdirektivet anges att NRM, efter att ha definierat de relevanta marknaderna, ska analysera dessa marknader, och därvid beakta kommissionens riktlinjer (och, när det är lämpligt, samarbeta med nationella konkurrensmyndigheter). När en NRM har att besluta om skyldigheter enligt tillträdesdirektivet eller direktivet om samhällsomfattande tjänster ska den avgöra huruvida det råder effektiv konkurrens på marknaden.

20. Artiklarna 15 och 16 i ramdirektivet rör marknadsdefiniering och marknadsanalys, vilka omfattas av samarbetet.

23. Artikel 16.3 och 16.4 i ramdirektivet rör situationen när NRM avgör huruvida det råder effektiv konkurrens på marknaden eller inte. Om det anses råda effektiv konkurrens på marknaden ska NRM inte införa eller bibehålla sådana skyldigheter som anges i artikel 16.2, och upphäva befintliga sådana skyldigheter. Om det inte anses råda effektiv konkurrens ska NRM identifiera företag med betydande inflytande på marknaden och införa, bibehålla eller ändra sådana skyldigheter.

24. Enligt artikel 7.4 i ramdirektivet ges kommissionen vetorätt avseende vissa åtgärder som vidtas av NRM. Förutsättningen för detta är att det rör sig om åtgärder varigenom en annan marknad definieras än den som definierats i kommissionens rekommendationer eller varigenom det avgörs huruvida ett företag ska anses ha ett betydande inflytande på marknaden, i enlighet med bland annat artikel 16.3 och 16.4. Dessutom måste det röra sig om sådana åtgärder som påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Kommissionen ska ange att den föreslagna åtgärden skulle utgöra ett hinder för den inre marknaden eller att den hyser allvarliga tvivel om att den är förenlig med gemenskapslagstiftningen, särskilt med de mål som avses i artikel 8. Om så är fallet ska den föreslagna åtgärden först uppskjutas, och om kommissionen så väljer är NRM tvungen att ta tillbaka förslaget om det inte kan antas tillsammans med specifika ändringsförslag.

25. I artikel 7.6 i ramdirektivet föreskrivs ett nödförfarande som vid exceptionella omständigheter ska tillämpas på det system för samarbete som ovan beskrivits.

27. I § 9.1 och § 9.2 TKG anges att dessa bestämmelser ska tillämpas på de marknader som uppfyller villkoren i § 10 och i förhållande till vilka en marknadsanalys, genomförd enligt § 11, visar att det inte föreligger någon effektiv konkurrens. Företag med en betydande ställning på sådana marknader ska föreskrivas regleringsskyldigheter av tysk NRM.

28. I § 10.2 TKG beskrivs de marknadsförhållanden som ska medföra tillämpning av regleringsskyldigheter (höga hinder för marknadstillträde, strukturella hinder för effektiv konkurrens på lång sikt och otillräckliga konkurrensrättsliga rättsmedel). Den tyska NRM ska definiera dessa marknader med beaktande av kommissionens rekommendationer.

29. I § 11.1 TKG berörs bedömningen av effektiv konkurrens (det föreligger inte effektiv konkurrens när ett eller flera företag har en betydande ställning på marknaden). Tyska NRM ska genomföra denna marknadsanalys med beaktande av kommissionens riktlinjer.

C — TKG

26. I § 2 TKG anges lagstiftningens syften, vilka huvudsakligen är de målsättningar som angetts i artikel 8 i ramdirektivet.

30. I § 12 TKG föreskrivs ett förfarande som huvudsakligen återger systemet för insyn och samarbete i artiklarna 6 och 7 i ramdirektivet.

I § 10.3 och 11.3 TKG anges att tyska NRM enligt detta förfarande ska redogöra för resultatet av dess marknadsdefinition och analys för kommissionen, så snart handeln mellan medlemsstater berörs.

33. I § 3.12b angavs den första ändringen i TKG. Där anges vad som avses med nya marknader enligt följande:

”En ’ny marknad’ är en marknad för tjänster eller varor som påtagligt skiljer sig från tillgängliga tjänster eller varor i fråga om deras effektivitet, omfattning, tillgänglighet för ett stort antal användare (kapacitet för masskonsumtion), pris eller kvalitet utifrån en upplyst köparens synpunkt, och som inte enbart ersätter tidigare produkter.”

31. Såsom ovan nämnts har det genomförts två ändringar i TKG avseende nya marknader. Det har framgått att innan dessa ändringar vidtogs hade det dominerande tyska telekommunikationsföretaget (Deutsche Telekom) lobbat för att det bredbandsnät företaget avsåg att skapa skulle undantas från regleringsingripanden (nämligen obligatoriskt tillträde till fastställda priser).

34. I § 9a angavs den andra ändringen i TKG. Genom denna införs ett reglerat undantag för nya marknader i dess första stycke, och ett undantag från den regeln i dess andra stycke enligt följande:

”1. Om inte annat föreskrivs i nästa stycke ska nya marknader inte omfattas av reglering i den mening som avses i del 2.

32. Av vad parterna anfört, såväl skriftligen som vid den muntliga förhandlingen, framgår det att det var en viss debatt i Tyskland angående en så kallad ”regleringssemester” för nya marknader. I denna debatt ifrågasattes huruvida ett förbehållslöst undantag vore förenligt med gemenskapsrätten. Det är inte, utifrån vad parterna anfört, möjligt att avgöra huruvida någon särskild uppfattning blev rådande och hade något avgörande inflytande på de ändringar som gjordes i TKG.

2. När det på grund av vissa omständigheter kan antas att utvecklingen av en varaktigt hållbar konkurrens på marknaderna för tjänster eller telekommunikationsnät i avsaknad av reglering långsiktigt skulle förhindras får [tyska NRM], med avvikelse från vad som anges i första stycket ovan, underkasta en ny marknad reglering i den

mening som avses i del 2, i enlighet med §§ 9, 10, 11 och 12. [Tyska NRM] ska vid bedömningen av behovet av reglering och när den föreskriver specifika åtgärder särskilt beakta syftet att främja effektiva investeringar i infrastruktur och att stödja innovationer.”

”avsikt att så snart som möjligt föra saken vidare till Europeiska gemenskapernas domstol”.

35. Dessa ändringar trädde i kraft den 18 februari 2007.

38. Eftersom kommissionen inte var nöjd med Tysklands svar på dess formella under rättelse eller senare dess motiverade yttrande, väckte den förevarande talan enligt artikel 226 EG.

D — *Det administrativa förfarandet*

36. Efter kontakter med Tyskland avseende ändringarna i TKG beslutade kommissionen den 20 december 2006, innan dessa ändringar trädde i kraft, att inleda förevarande fördragsbrottsförfarande.

37. Kommissionen sände den 26 februari 2007 en formell underrättelse till Tyskland i vilken den ifrågasatte huruvida ändringarna i TKG var förenliga med det gemenskapsrättsliga regelverket. Samma dag lämnade den ett pressmeddelande i vilket den angav sin

II — **Upptagande till sakprövning**

39. Tyskland har ifrågasatt huruvida talan i förevarande mål kan upptas till sakprövning. Dess första invändning avser den omständigheten att kommissionen beslutade att inleda fördragsbrottsförfarandet innan ändringarna i TKG trädde i kraft.

40. Den omständigheten saknar emellertid betydelse. Tyskland mottog kommissionens formella underrättelse efter att ändringarna i TKG trädde i kraft. Således har Tyskland, i enlighet med artikel 226 EG, getts tillfälle att

yttra sig angående en överträdelse som redan påstods pågå.¹¹

41. Tyskland har för det andra gjort gällande att dess rätt till försvar åsidosatts genom att kommissionen i ett pressmeddelande samma dag som den formella underrättelsen sändes gav uttryck för sin avsikt att väcka talan vid domstolen så snart som möjligt.

42. Kommissionens otålighet är beklagansvärd, särskilt mot bakgrund av dess skyldighet att lojalt samarbeta med medlemsstaterna.¹² Detta är emellertid inte tillräckligt för att föranleda slutsatsen att de svar som Tyskland därefter lämnade på den formella underrättelsen och det motiverade yttrandet inte vederbörligen beaktats av kommissionen. Förevarande talan ska således tas upp till sakprövning.

III — Bedömning

43. Tyskland har genom ändringarna i TKG begränsat regleringarnas tillämplighet vad gäller nya marknader. I § 3.12b TKG definieras vad som utgör en ny marknad. Enligt § 9a.1

TKG undantas dessa marknader i princip från reglering. Enligt § 9a.2 TKG ska reglering endast ske när konkurrensen utan sådan reglering långsiktigt skulle förhindras. Vid bedömningen av regleringsbehovet ska tyska NRM särskilt beakta drivkrafter för investering och innovation – i synnerhet när den föreskriver skyldigheter för företag med betydande påverkan på marknaden.

44. Genom § 3.12b och § 9a TKG har Tyskland enligt kommissionen åsidosatt sina skyldigheter enligt ett flertal bestämmelser i det gemenskapsrättsliga regelverket, det vill säga artiklarna 6, 7, 8.1 och 8.2, 15.3 och 16 i ramdirektivet, artikel 8.4 i tillträdesdirektivet, och artikel 17.2 i direktivet om samhälls-omfattande tjänster.

45. Dessa påstådda åsidosättanden kan delas in i två typer av frågor. Den första rör de materiella verkningarna av regleringsbegränsningar. Den andra rör processuella konsekvenser.

46. De materiella frågorna rör Tysklands handlingsutrymme vid genomförandet av

11 — Se dom av den 15 februari 2001 i mål C-230/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-1169), punkt 32.

12 — Se generaladvokaten Mischos förslag till avgörande i mål C-120/01, kommissionen mot Irland, där beslut meddelades den 9 september 2002 (REG 2002, s. I-6739), punkt 50.

det gemenskapsrättsliga regelverket enligt följande:

skapsrättsliga regelverket. Om så inte är fallet är andra olagligheter som avser de processuella frågorna irrelevanta.

- Får Tyskland utfärda regler om regleringsundantag för nya marknader?

49. Jag ska därför inleda min bedömning med de materiella frågorna.

- Får Tyskland begränsa utrymmet för skönsmässig bedömning för den tyska NRM genom att prioritera en särskild målsättning med regleringen avseende ingripanden på nya marknader?

A — Det påstådda åsidosättandet genom att föreskriva ett undantag från reglering för nya marknader

47. De processuella frågorna rör i vilken mån ändringarna i TKG inkräktar på de förfaranden som leder fram till tyska NRM:s beslut huruvida ett ingripande ska ske eller inte, enligt vad som anges i det gemenskapsrättsliga regelverket – bestämmelserna om insyn, samarbete mellan NRM och kommissionen, marknadsdefinition och marknadsanalys.

50. I § 9a.1 TKG föreskrivs ett undantag från reglering för nya marknader, om inte villkoren i § 9a.2 TKG är uppfyllda. Denna bestämmelse är enligt kommissionen avsedd att favorisera investeringar som det dominerande tyska telekommunikationsföretaget gör i bredbandsnätverk genom att undanröja hotet om regleringsingripanden.

48. Det är emellertid enbart nödvändigt att bedöma dessa processuella frågor om domstolen i sin bedömning av de materiella frågorna godtagit att, för det första, Tyskland lagligen agerat inom ramen för sitt handlingsutrymme vid genomförandet av det gemen-

51. Domstolen har tidigare fastslagit att ingripanden i privatägda resurser minskar benägenheten att utveckla dessa resurser. Detta är skälet till att det endast ska förordnas om obligatorisk tillgång till en resurs (som ett sätt att komma till rätta med en ooberättigad

vägran att tillhandahålla denna) enligt artikel 82 EG om mycket stränga villkor är uppfyllda.¹³ Av samma skäl ska, enligt gemenskapsrättslig reglering av telekommunikationssektorn, en skyldighet att förhandla om tillträde vara proportionerlig och verkligt nödvändig utifrån konkurrenssituationen.¹⁴

gemenskapsrättslig reglering av telekommunikationssektorn. Inom denna har det redan bestämts av gemenskapslagstiftaren att denna sektor ska omfattas av reglering, med all den risk för ingripanden som detta medför.¹⁶

52. Det kan mot den bakgrunden fastslås att den risk för ingripanden som reglering innebär minskar viljan att investera i infrastruktur och investeringar.¹⁵ Det är i sig naturligt att det dominerande telekommunikationsföretaget inte ser med blida ögon på sådan reglering, och om Tyskland önskar främja investeringar i infrastruktur för telekommunikationer gör man rätt i att ta itu med denna oro. Det innebär ett politiskt val, nämligen att man begränsar regleringen, även om detta leder till att ett företag får en betydande ställning på marknaden, för att främja infrastrukturinvesteringar.

54. Telekommunikationssektorn innefattar utan tvekan de nya marknader som definieras i § 3.12b TKG. Tyskland kan därför inte omkasta gemenskapslagstiftarens beslut och som huvudregel undanta dessa nya marknader från reglering.

55. Tyskland har emellertid gjort gällande att bestämmelsen att nya marknader inte ska vara föremål för reglering redan har sin motsvarighet i det gemenskapsrättsliga regelverket.

53. Under normala förhållanden skulle det stå Tyskland fritt att träffa sådana politiska avgöranden, men inte när det föreligger en

56. Så är inte fallet. I skäl 27 i ramdirektivet varnas enbart för att föreskriva "olämpliga

13 — Nämligen att konkurrensen helt sätts ur spel, se dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner mot Mediaprint (REG 1998, s. I-7791), punkt 41, och, såvitt avser verkningarna på incitament, generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande inför domen i det målet, punkt 57.

14 — Se dom av den 13 november 2008 i mål C-227/07, kommissionen mot Polen (REG 2008, s. I-8403), punkterna 40–44, och generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande inför domen i det målet, punkterna 38 och 39, där det anges att "[m]arknadsekonomin får ... inte begränsas utan anledning".

15 — I synnerhet i jämförelse med risken för ingripanden enligt de allmänna konkurrensreglerna.

16 — Detta innebär inte att drivkrafter för investeringar och innovation saknar betydelse i regelverket. I själva verket ligger dessa till grund för det gemenskapsrättsliga regelverket genom artikel 8.2 c i ramdirektivet, såsom diskuteras nedan.

skyldigheter” på nya marknader.¹⁷ Det är enbart kommissionen som, först i kommissionens riktlinjer och senare i kommissionens rekommendationer, har utvecklat detta. Det är riktigt att det i de sistnämnda rekommendationerna anges att nya marknader inte ska vara föremål för reglering. Enligt min mening utgör emellertid de förstnämnda riktlinjerna en bättre och mer fullständig redogörelse för de frågor som här berörs.

57. I kommissionens riktlinjer anges att reglering kan påverka de konkurrensvillkor som tar form inom den nya, framväxande marknaden, men att man samtidigt bör förhindra att marknadsledande företag från början blockerar tillträdet till framväxande marknader. Detta ger NRM en särskild omsorgsskyldighet när de ingriper på dessa marknader, i synnerhet mot bakgrund av möjligheten att uppskjuta ingripanden till en tidpunkt när konkurrensförhållandena har stabiliserats. Kommissionens rekommendationer och dess hänvisning till den marknadsställning som uppnåtts till följd av att ett företag varit först på marknaden ska förstås mot denna bakgrund.

58. Det är således klarlagt, när det gäller att undanta nya marknader från konkurrens, att gemenskapslagstiftaren inte avsett att ta steget från enbart varnande rekommendationer till att utfärda en bindande rättsregel.

17 — Om skälens betydelse för tolkning, se mitt förslag till avgörande av den 17 december 2008 i mål C-250/07, kommissionen mot Grekland (i vilket dom ännu inte har meddelats), punkt 15.

59. Tyskland får således inte föreskriva ett undantag från reglering för nya marknader på sätt som skett i § 9a.1 TKG.

B — Det påstådda åsidosättandet genom att begränsa utrymmet för skönsmässig bedömning för tyska NRM genom att prioritera en särskild målsättning med regleringen

60. Tyskland har emellertid hävdat att man inte upprättat något sådant allmänt undantag från reglering. Det har gjort gällande att § 9a TKG måste tolkas utifrån dess andra stycke, i vilket villkoren för tillämpning av reglering anges – dess första stycke är enbart konsekvenserna av att dessa villkor inte är uppfyllda. Tyskland har i detta avseende hävdat att det enbart vägleder – eller, som det uttryckt det, ”förhandsstrukturerat” – tyska NRM:s ingripanden på nya marknader.

61. Nyckeln till denna ”förhandsstrukturering” är utpekandet i § 9a.2 TKG av målsättningen att främja investeringar och innovationer.¹⁸ Denna målsättning motsvarar

18 — Ett annat villkor i § 9a.2 TKG som drog till sig kommissionens uppmärksamhet var hindret för utveckling av en hållbar konkurrens på marknaden, i avsaknad av reglering. Emellertid gäller detta villkor för all reglering enligt § 10.2 TKG (strukturella hinder för en effektiv konkurrens på lång sikt), vilken till största delen återger skäl 9 i kommissionens rekommendationer, och förefaller vara förenlig med en proportionerlig och korrekt tillämpning av reglering (se hänvisningarna i fotnot 15 ovan).

vad som anges i artikel 8.2 c i ramdirektivet. Övriga målsättningar i artikel 8 i ramdirektivet gör sig emellertid alltjämt gällande genom § 2 TKG. Enligt Tyskland kan målsättningarna bakom det gemenskapsrättsliga regelverket avvägas på olika sätt, och vad dess lagstiftare gjort är att ”instruera” tyska NRM hur denna avvägning ska ske, genom att prioritera en visst målsättning.¹⁹

62. Tyskland har gjort gällande att sådana instruktioner omfattas av dess handlingsutrymme vid genomförandet av det gemenskapsrättsliga regelverket.²⁰ Frågan är därför vem avvägningen mellan olika målsättningar har anförtratts genom det gemenskapsrättsliga regelverket – är det den nationella lagstiftaren, som införlivar regelverket, eller NRM i deras specifika bedömningar?

63. Jag måste poängtera att svaret på denna fråga inte beror på det särskilda mål som ska eftersträvas. Det kan visa sig att Republiken Tyskland har rätt, och att särskild uppmärksamhet bör ges främjandet av investeringar i infrastruktur och innovation på nya marknader. Det får emellertid andra konsekvenser att anförtra den nationella lagstiftaren sådana

bedömningar, jämfört med att anförtra NRM dessa. Det finns ett skäl till att NRM har upprättats och erhållit specifika befogenheter genom det gemenskapsrättsliga regelverket – de förväntas nämligen vara isolerade från vissa intressen och fatta sina beslut utifrån enbart de kriterier som anges i detta regelverk.

64. Jag anser att bedömningarna har anförtratts NRM. Enligt artikel 8 i ramdirektivet ges NRM, och inte den nationella lagstiftaren, uttryckligen i uppdrag att eftersträva, och därför också avväga, dessa målsättningar.

65. Detta har gett upphov till ett institutionellt arrangemang genom vilket den nationella lagstiftarens uppgift är begränsad till att säkerställa att NRM vidtar alla nödvändiga åtgärder för att eftersträva dessa mål, vilket domstolen vid ett flertal tillfällen bekräftat.²¹ Till och med medlemsstaternas autonomi avseende organisationen och struktureringen av NRM har ansetts vara underställd eftersträvandet av dessa mål.²²

19 — Vid förhandlingen la Tyskland fram ett mer nyanserat argument, nämligen att § 9a.2 TKG är nödvändig för att möjliggöra domstolsprövning av tyska NRA:s användning av sitt utrymme för skönsmåssiga bedömningar. En domstolsprövning som är begränsad till en målsättning är emellertid liktydig med en instruktion att prioritera denna i förhållande till andra målsättningar.

20 — Detta avser bindande instruktioner. Det ska framhållas att det i § 10.2 och § 11.1 TKG redan hänvisas till kommissionens rekommendationer och kommissionens riktlinjer, vilket gör det möjligt att låta dessa icke-bindande rekommendationer gälla på nya marknader.

21 — Se dom av den 31 januari 2008 i mål C-380/05, Centro Europa 7 (REG 2008, s. I-349), punkt 81, och domen i det, i fotnot 14 ovan, nämnda målet Kommissionen mot Polen, punkt 63. Domstolen fastslog i sin dom av den 10 januari 2008 i mål C-387/06, kommissionen mot Finland, punkt 23, att kommissionen för att bevisa att eftersträvandet av regleringsmålsättningarna i artikel 8 i ramdirektivet hade hindrats var tvungen att i detalj specificera all behörighet NRA hade. Domstolen godtog i domen i målet kommissionen mot Polen, punkt 66, påståendet att NRA hade ”en omfattande rätt att ingripa” för att eftersträva de mål som anges i artikel 8 i ramdirektivet.

22 — Se dom av den 6 mars 2008 i mål C-82/07, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (REG 2008, s. I-1265), punkt 24.

66. Detta förutsätter även att det är dessa NRM, ställda inför specifika bedömningar, som är bättre satta att avgöra hur avvägningen mellan dessa mål ska ske för att de ska få maximal genomslagskraft. Med andra ord skulle ett beslut av en nationell lagstiftare att prioritera ett visst särskilt mål i praktiken påverka det sätt på vilket gemenskapslagstiftaren menade att specifika marknadsbedömningar ska göras, nämligen av NRM, med beaktande av olika målsättningar och från fall till fall. Avsaknaden av ett system för prioritering av vissa målsättningar i det gemenskapsrättsliga regelverket och det därmed följande utrymmet för skönsmässig bedömning som NRM erhåller var således helt och hållet gemenskapslagstiftarens avsikt.

67. Republiken Tyskland får således inte begränsa det utrymme för skönsmässig bedömning som tyska NRM har avseende ingripanden på nya marknader, genom att föreskriva villkor, såsom det i § 9a.2 TKG, som medför företräde för en viss målsättning med regleringen.²³

68. Republiken Tyskland har således åsidosatt sina skyldigheter enligt de bestämmelser i vilka det anges vilka målen ska vara för det gemenskapsrättsliga regelverket eller i vilka

det hänvisas till dessa, nämligen artiklarna 7.1 och 8 i ramdirektivet, artikel 8.4 i tillträdesdirektivet och artikel 17.2 i direktivet om samhällsomfattande tjänster.²⁴

C — Det påstådda åsidosättandet avseende reglerna om insyn, systemet för samarbete, marknadsdefiniering och marknadsanalys

69. Samtliga övriga bestämmelser som kommissionen hänvisat till avser processuella aktiviteter som leder till beslut angående huruvida ingripanden ska ske eller inte, såsom angetts i det gemenskapsrättsliga regelverket – bestämmelserna om insyn, systemet för samarbete mellan NRM och kommissionen, marknadsdefiniering och marknadsanalys.

70. Eftersom det ovan fastslagits att ändringarna i TKG, avseende ingripanden från tyska NRM, gick utöver Republiken Tysklands

23 — Domen i det, i fotnot 14 ovan, nämnda målet kommissionen mot Poland, punkterna 42–44, bekräftar denna slutsats. Där ansåg domstolen införlivandet av tillträdesdirektivet vara otillräckligt, i synnerhet vad gäller skyldigheten att eftersträva de mål som anges i artikel 8 i ramdirektivet, när Polen beslutat favorisera tillgång till nätverksinfrastruktur genom att bortse ifrån konkurrensvillkor.

24 — Det finns även bestämmelser i tillträdesdirektivet och i direktivet om samhällsomfattande tjänster som motsvarar artikel 8.1 i ramdirektivet, nämligen artiklarna 8.1 respektive 17.1. Kommissionen har emellertid inte fört fram detta vid domstolen.

handlingsutrymme vid införlivandet av det gemenskapsrättsliga regelverket, är det irrelevant huruvida dessa ändringar även innebär

ett åsidosättande av Republiken Tysklands skyldigheter med avseende på ovannämnda processuella frågor.

IV — Förslag till avgörande

71. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen förklarar att Förbundsrepubliken Tyskland, genom att anta § 3.12b och § 9a om ändring av dess lag om telekommunikationer, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 7.1 och 8 i ramdirektivet, artikel 8.4 i tillträdesdirektivet och artikel 17.2 i direktivet om samhällsomfattande tjänster.