

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

3 december 2009\*

In zaak C-424/07,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 13 september 2007,

**Europese Commissie**, vertegenwoordigd door G. Braun en A. Nijenhuis als gemachtigden,

verzoekster,

tegen

**Bondsrepubliek Duitsland**, vertegenwoordigd door M. Lumma als gemachtigde, bijgestaan door C. Koenig, professor, en S. Loetz, Rechtsanwalt,

verweerster,

\* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president van de Derde kamer, waarnemend voor de president van de Vierde kamer, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, G. Arestis (rapporteur) en T. von Danwitz, rechters,

advocaat-generaal: M. Poiares Maduro,  
griffier: K. Sztranc-Sławiczek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 februari 2009,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 23 april 2009,

het navolgende

**Arrest**

- <sup>1</sup> De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, door de vaststelling van de §§ 3, punt 12b, en 9a van het Telekommunikationsgesetz (telecommunicatiewet) van 22 juni 2004 (BGBl. 2004 I, blz. 1190; hierna: „TKG”), ingevoerd bij het Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften (wet tot wijziging van telecommunicatievoorschriften) van 18 februari 2007 (BGBl. 2007 I, blz. 106), de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, lid 4, van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van

elektronischecomunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn) (PB L 108, blz. 7), de artikelen 6 tot en met 8, leden 1 en 2, 15, lid 3, en 16 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33), en artikel 17, lid 2, van richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecomunicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn) (PB L 108, blz. 51).

## **Toepasselijke bepalingen**

### *Gemeenschapsregeling*

- 2 Artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn luidt:

„De overeenkomstig dit artikel opgelegde verplichtingen worden op de aard van het geconstateerde probleem gebaseerd en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van [de kaderrichtlijn] proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Die verplichtingen worden alleen opgelegd na overleg als bedoeld in de artikelen 6 en 7 van die richtlijn.”

- 3 Volgens punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn „[is het] essentieel dat ex ante regulerende verplichtingen alleen worden opgelegd wanneer er geen daadwerkelijke mededinging is, d.w.z. in markten waar één of meer ondernemingen zijn met een aanzienlijke marktmacht, en wanneer nationale rechtsmiddelen en de middelen van het communautaire mededingingsrecht ontoereikend zijn om het probleem op te lossen. Het is derhalve nodig dat de Commissie op communautair niveau, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht, richtsnoeren opstelt voor nationale regelgevende instanties [hierna: ‚NRI’s’] aan de hand waarvan zij kunnen beoordelen of op

een bepaalde markt daadwerkelijke mededinging heerst en of er sprake is van aanmerkelijke marktmacht. De [NRI's] dienen te analyseren of een bepaalde markt voor producten of diensten daadwerkelijk concurrerend is in een gegeven geografisch gebied, dat het grondgebied of een deel van het grondgebied van de betrokken lidstaat kan zijn, dan wel aangrenzende delen van het grondgebied van lidstaten, die als één geheel worden gezien. Bij een analyse van daadwerkelijke mededinging moet onder meer worden onderzocht of de markt in de toekomst concurrerend zal zijn en dus of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke mededinging blijvend is. In deze richtsnoeren moet ook worden ingegaan op de problematiek van nieuwe markten waar de feitelijke marktleider waarschijnlijk een groot marktaandeel zal hebben, maar niet dient te worden onderworpen aan ongerechtvaardigde verplichtingen. De Commissie dient de richtsnoeren regelmatig opnieuw te toetsen teneinde te waarborgen dat deze geschikt blijven in een zich snel ontwikkelende markt. De [NRI's] zullen met elkaar moeten samenwerken wanneer de relevante markt transnationaal blijkt te zijn."

- 4 Volgens punt 11 van de considerans van de kaderrichtlijn „[moeten overeenkomstig] het beginsel van scheiding van regelgevende en operationele functies de lidstaten de onafhankelijkheid van de [NRI] of [NRI's] waarborgen teneinde ervoor te zorgen dat hun besluiten onpartijdig zijn. [...]”

- 5 Artikel 1, lid 1, van de kaderrichtlijn bepaalt:

„Bij deze richtlijn wordt een geharmoniseerd kader voor de regulering van elektronischecommunicatiediensten, elektronischecommunicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten en bijbehorende diensten vastgesteld. De richtlijn legt [de] taken van de [NRI's] vast alsmede een reeks procedures om de geharmoniseerde toepassing van het regelgevingskader in de gehele Gemeenschap te waarborgen.”

6 Artikel 3, leden 2 en 3, van deze richtlijn luidt:

„2. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de [NRI's] door ervoor te zorgen dat zij juridisch gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden. Lidstaten die de eigendom van of de zeggenschap over elektronische communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen behouden, zorgen voor een daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de [NRI's] hun bevoegdheden onpartijdig en op transparante wijze uitoefenen.”

7 Artikel 6 van de kaderrichtlijn bepaalt:

„Behoudens in gevallen die onder de artikelen 7, lid 6, 20 of 21 vallen, zorgen de lidstaten ervoor dat de [NRI's] die voornemens zijn maatregelen in overeenstemming met deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen te nemen die aanzienlijke gevolgen voor de relevante markt hebben de belanghebbenden in staat stellen om binnen een redelijke termijn hun zienswijzen te geven op de ontwerpmaatregel. De [NRI's] publiceren hun nationale raadplegingsprocedures. De lidstaten dragen zorg voor de oprichting van één enkel informatiepunt waar inzage verkregen kan worden in alle lopende raadplegingsprocedures. De resultaten van de raadpleging worden door de [NRI's] openbaar gemaakt, behalve in geval van vertrouwelijke informatie overeenkomstig het communautair en nationaal recht betreffende zakelijke vertrouwelijkheid.”

8 Artikel 7 van deze richtlijn luidt:

„1. De [NRI's] houden bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven taken zo veel mogelijk rekening met de doelstellingen van artikel 8, waaronder die welke verband houden met de werking van de interne markt.

2. [NRI's dragen bij aan de ontwikkeling van de interne markt en] werken op transparante wijze met elkaar en met de Commissie samen om te zorgen voor de consistente toepassing in alle lidstaten van deze richtlijn en van de bijzondere richtlijnen. Daartoe streven zij met name naar overeenstemming over alle soorten instrumenten en oplossingen die het meest geschikt zijn om specifieke situaties op de markt aan te pakken.

3. Indien de [NRI], naast de raadpleging als bedoeld in artikel 6, voornemens is een maatregel te nemen die:

a) valt onder de artikelen 15 of 16 van de onderhavige richtlijn, de artikelen 5 of 8 van [de toegangsrichtlijn] of artikel 16 van [de universeledienstrichtlijn]; en

b) van aanzienlijke invloed is op de handel tussen de lidstaten,

stelt zij [aan] de Commissie en de [NRI's] in de andere lidstaten de ontwerpmaatregel, tezamen met de motivering voor de maatregel [ter beschikking], overeenkomstig artikel 5, lid 3, en stelt zij de Commissie en de andere [NRI's] daarvan in kennis. [NRI's] en Commissie kunnen de betrokken [NRI] hun opmerkingen meedelen binnen

maximaal één maand of binnen de in artikel 6 genoemde termijn indien deze langer is. De periode van één maand kan niet worden verlengd.

4. Indien een maatregel als bedoeld in lid 3 betrekking heeft op:

- a) het definiëren van een relevante markt die verschilt van de markten die in de aanbeveling overeenkomstig artikel 15, lid 1, zijn gedefinieerd; of
- b) het al dan niet aanwijzen van een onderneming die, hetzij individueel of gezamenlijk met andere, aanzienlijke marktmacht bezit overeenkomstig artikel 16, leden 3, 4 of 5,

en van invloed zou zijn op de handel tussen de lidstaten, en de Commissie de [NRI] heeft meegedeeld dat de ontwerpmaatregel een belemmering voor de interne Europese markt opwerpt of indien zij ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het gemeenschapsrecht en met name met de in artikel 8 genoemde doelstellingen, wordt de vaststelling van de maatregel met nog eens twee maanden uitgesteld. Deze periode kan niet worden verlengd. Binnen deze termijn kan de Commissie, overeenkomstig de procedure van artikel 22, lid 2, het besluit nemen om van de betrokken [NRI] te verlangen dat zij haar ontwerpmaatregel intrekt. Dit besluit gaat vergezeld van een gedetailleerde en objectieve analyse van de redenen waarom de Commissie van mening is dat de ontwerpmaatregel niet moet worden genomen, tezamen met specifieke voorstellen tot wijziging van de ontwerpmaatregel.

5. De betrokken [NRI] houdt zo veel mogelijk rekening met opmerkingen van andere [NRI's] en van de Commissie en kan, uitgezonderd in de in lid 4 genoemde gevallen, de uiteindelijke ontwerpmaatregel goedkeuren en, in voorkomend geval, aan de Commissie meedelen.

[...]”

- 9) Onder het opschrift „Beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen” bepaalt artikel 8, leden 1 en 2, van de kaderrichtlijn:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de [NRI's] bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in de leden 2, 3 en 4 genoemde doelstellingen. Die maatregelen dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen.

De lidstaten zorgen ervoor dat de [NRI's] bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken, met name die welke erop gericht zijn daadwerkelijke concurrentie te waarborgen, zo veel mogelijk rekening houden met het streven dat de regelgeving technologisch neutraal moet zijn.

[...]

2. De [NRI's] bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronische communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:

- a) zij zorgen ervoor dat de gebruikers, met inbegrip van gehandicapte gebruikers, maximaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;



- b) zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is;
  
- c) zij moedigen efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan en steunen innovaties; en
  
- d) zij bevorderen efficiënt gebruik en zorgen voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties en de nummervoorraad.”

10 Artikel 15 van de kaderrichtlijn ziet op de procedure voor marktdefinitie. Lid 3 van dit artikel luidt:

„De [NRI's] bepalen, zo veel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. De [NRI's] volgen de procedures van de artikelen 6 en 7 voordat zij markten definiëren die verschillen van de in de aanbeveling genoemde.”

11 Artikel 16 van deze richtlijn, betreffende de marktanalyseprocedure, bepaalt:

„1. Zo spoedig mogelijk na de aanneming van de aanbeveling of een bijwerking daarvan voeren de [NRI's], zo veel mogelijk met inachtneming van de richtsnoeren, een analyse

van de relevante markten uit. De lidstaten zorgen ervoor dat deze analyse, in voorkomend geval, in samenwerking met de nationale mededingingsinstanties wordt uitgevoerd.

2. Wanneer een [NRI] krachtens de artikelen 16, 17, 18 of 19 van [de universele-dienstrichtlijn] of de artikelen 7 of 8 van [de toegangsrichtlijn] moet bepalen of ten aanzien van ondernemingen verplichtingen moeten worden opgelegd, gehandhaafd, gewijzigd of ingetrokken, bepaalt zij [...] op basis van haar analyse volgens lid 1 van dit artikel of een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is.

3. Wanneer een [NRI] concludeert dat de markt daadwerkelijk concurrerend is, mag zij niet een van de specifieke wettelijke verplichtingen als beschreven in lid 2 opleggen of handhaven. Wanneer er reeds sectorspecifieke verplichtingen bestaan, trekt zij die verplichtingen van ondernemingen op die relevante markt in. Partijen die gevolgen ondervinden van het intrekken van die verplichtingen worden tijdig in kennis gesteld.

4. Wanneer een NRI vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat zij na welke ondernemingen op die markt een aanmerkelijke marktmacht in de zin van artikel 14 hebben en legt zij de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen op als beschreven in lid 2 of handhaaft [of wijzigt] zij deze verplichtingen wanneer zij reeds bestaan.

5. In het geval van transnationale markten die worden omschreven in de beschikking als bedoeld in artikel 15, lid 4, dragen de betrokken [NRI's] samen zorg voor de uitvoering van de marktanalyse, waarbij zo veel mogelijk rekening wordt gehouden met de richtsnoeren, en spreken zij zich op gecoördineerde wijze uit over het opleggen, handhaven, wijzigen of opheffen van wettelijke verplichtingen als bedoeld in lid 2 van dit artikel.

6. Voor de in de leden 3, 4 en 5 genoemde maatregelen gelden de procedures van de artikelen 6 en 7.”

12 Artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn bepaalt:

„Verplichtingen die worden opgelegd krachtens lid 1 moeten gebaseerd zijn op de aard van het geconstateerde probleem, en evenredig en verantwoord zijn in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van [de kaderrichtlijn]. De opgelegde verplichtingen kunnen inhouden dat de aangewezen ondernemingen geen buitensporige prijzen mogen vragen, de toegang tot de markt niet mogen belemmeren, de mededinging niet mogen beperken door middel van afbraakprijzen, geen ongegronde voorkeur voor bepaalde eindgebruikers aan de dag mogen leggen en diensten niet op een onredelijke wijze mogen bundelen. De [NRI's] kunnen dergelijke ondernemingen passende prijsplafonds opleggen, verplichtingen om individuele tarieven te controleren of verplichtingen om de tarieven af te stemmen op de kosten of prijzen op vergelijkbare markten, teneinde de belangen van de eindgebruiker te beschermen en tegelijkertijd daadwerkelijke mededinging te stimuleren.”

13 Volgens punt 15 van de considerans van de aanbeveling van de Commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig richtlijn 2002/21 aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (PB L 114, blz. 45; hierna: „aanbeveling van de Commissie”) dienen nieuwe en opkomende markten, waarin marktmacht aanwezig kan zijn ten gevolge van het voordeel dat een „first-mover” bezit, in beginsel niet te worden onderworpen aan regelgeving ex ante.

14 Punt 1 van de aanbeveling van de Commissie luidt:

„Bij het vaststellen van de relevante markten in overeenstemming met artikel 15, lid 3, van [de kaderrichtlijn] wordt de [NRI's] aanbevolen de producten- en dienstenmarkten te analyseren die in de bijlage worden opgesomd.”

15 Punt 1 van de richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (PB 2002, C 165, blz. 6; hierna: „richtsnoeren”) bepaalt:

„In de onderhavige richtsnoeren worden de beginselen geformuleerd die de [NRI's] dienen toe te passen bij de analyse van de markten en daadwerkelijke mededinging in het bestek van het nieuwe regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten.”

16 Punt 6 van deze richtsnoeren luidt:

„Deze richtsnoeren dienen als gids voor de NRI's bij de uitoefening van hun nieuwe bevoegdheden ten aanzien van het definiëren van de markten en het beoordelen van aanmerkelijke marktmacht. [...]”

17 Punt 32 van de richtsnoeren bepaalt:

„Wat opkomende markten betreft, wordt in [punt] 27 [van de considerans] van de kaderrichtlijn opgemerkt dat ofschoon de marktleider op een dergelijke markt waarschijnlijk de facto een aanmerkelijk marktaandeel zal hebben, hij niet ten onrechte dient te worden onderworpen aan ex-anteregulering. Door te vroeg ex-anteverplichtingen vast te stellen, zouden de concurrentievoorwaarden die op een nieuwe en opkomende markt nog geen vaste vorm hebben gekregen, ten onrechte worden beïnvloed. [...]”

### *Nationale regeling*

18 § 2, lid 2, TKG, met het opschrift „Regulering en doelstellingen”, luidt als volgt:

„De doelstellingen van de regulering zijn:

1. de belangen van gebruikers, met name van consumenten, op telecommunicatiegebied behartigen en het telecommunicatiegeheim handhaven,
2. eerlijke mededinging waarborgen en duurzaam concurrerende telecommunicatiemarkten bevorderen op het gebied van telecommunicatiediensten en -netwerken en bijbehorende faciliteiten en diensten, ook in landelijke gebieden,

3. efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aanmoedigen en innovaties steunen,
4. de ontwikkeling van de interne markt van de Europese Unie bevorderen,
5. tegen betaalbare prijzen basistoegang tot telecommunicatiediensten waarborgen op het gehele grondgebied (universeledienstverlening),
6. telecommunicatiediensten bevorderen bij de overheid,
7. een efficiënt en interferentievrij gebruik van frequenties waarborgen, waarbij ook rekening wordt gehouden met de belangen van radio-omroepen,
8. een efficiënt gebruik van de nummervoorraad waarborgen,
9. de openbare veiligheid handhaven.”

19 Volgens § 3, punt 12b, TKG, met het opschrift „Definities”, moet worden verstaan onder:

„,nieuwe markt’ een markt voor diensten en producten die aanmerkelijk verschillen van de tot dusver beschikbare diensten en producten met betrekking tot de doeltreffendheid, het bereik, de verkrijgbaarheid voor grotere gebruikersgroepen (grootschalige beschikbaarheid), de prijs of de kwaliteit daarvan vanuit het gezichtspunt van een goed geïnformeerde afnemer, en die niet slechts de bestaande diensten en producten vervangen”.

20 § 9a TKG, met het opschrift „Nieuwe markten”, bepaalt:

„(1) Onverminderd het bepaalde in lid 2 geldt de in deel 2 opgenomen regulering in beginsel niet voor nieuwe markten.

(2) Wanneer feiten de veronderstelling rechtvaardigen dat bij gebreke van regulering de ontwikkeling van een duurzaam concurrerende markt op het gebied van telecommunicatiediensten of -netwerken langdurig wordt belemmerd, kan de Bundesnetzagentur [Duitse NRI op telecommunicatiegebied] in afwijking van lid 1 een nieuwe markt overeenkomstig de §§ 9, 10, 11 en 12 aan de in deel 2 opgenomen regulering onderwerpen. Bij de beoordeling van de noodzaak van regulering en het opleggen van maatregelen houdt de Bundesnetzagentur met name rekening met de doelstelling efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan te moedigen en innovaties te steunen.”

## Precontentieuze procedure

- 21 Na contacten tussen de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland betreffende het door eerstgenoemde gemaakte voorbehoud bij de verenigbaarheid van de nieuwe bepalingen van het TKG met het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatie, heeft de Commissie bij brief van 26 februari 2007 de niet-nakomingsprocedure van artikel 226 EG ingeleid en de Bondsrepubliek Duitsland aangemaand binnen vijftien dagen haar opmerkingen in te dienen. Op verzoek van deze lidstaat is deze termijn met nog eens vijftien dagen verlengd.
- 22 Bij brief van 28 maart 2007 heeft de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerd dat de nieuwe bepalingen van het TKG volledig in overeenstemming waren met het gemeenschapsrecht.
- 23 Op 3 mei 2007 heeft de Commissie een met redenen omkleed advies uitgebracht waarin zij deze lidstaat verzocht binnen een maand na ontvangst ervan de nodige maatregelen te nemen om aan dit advies te voldoen. Bij brief van 4 juni 2007 heeft de Bondsrepubliek Duitsland haar standpunt verdedigd en op 5 juni 2007 heeft zij aan de Commissie een administratieve instructie van de Bundesnetzagentur overgelegd, met als opschrift „Uitleggingsbeginselen van het Bundesnetzagentur voor § 9a TKG”.
- 24 Daarop heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.



## Beroep

### *Ontvankelijkheid*

#### Argumenten van partijen

- 25 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland is het onderhavige beroep niet-ontvankelijk omdat de Commissie de precontentieuze procedure niet behoorlijk heeft ingeleid en gevoerd, en evenmin haar rechten van de verdediging heeft geëerbiedigd.
- 26 De Bondsrepubliek Duitsland stelt dat de Commissie besloten had de niet-nakomingsprocedure in te leiden op 20 december 2006, terwijl er nog geen nationale wet bestond die een beweerde inbreuk zou kunnen funderen, aangezien deze werd bekendgemaakt in het *Bundesgesetzblatt* op 23 februari 2007. Voorts blijkt uit de houding van deze instelling en met name uit haar persberichten dat zij vastbesloten was de argumenten van de Bondsrepubliek Duitsland zonder enig onderzoek af te wijzen en de zaak zo snel mogelijk aanhangig te maken bij het Hof. Daardoor kon deze lidstaat zich tijdens de precontentieuze procedure niet doeltreffend verdedigen.
- 27 Deze lidstaat voert tevens aan dat het beroep niet-ontvankelijk is aangezien de Commissie, met het oog op de vaststelling van een inbreuk op de betrokken richtlijnen, gebruik diende te maken van de procedure van artikel 7 van de kaderrichtlijn, die de consolidatie van de besluiten van de NRI's beoogt ten overstaan van de Commissie. Gesteld wordt dat deze bepaling voorziet in een autonome procedure met hetzelfde doel als een niet-nakomingsprocedure, die gericht is op een correcte en consistente toepassing van het gemeenschappelijke regelgevingskader in alle lidstaten teneinde de interne markt voor communicatienetwerken en -diensten tot stand te kunnen brengen.

- 28 Allereerst stelt de Commissie dat zij de aanmaningsbrief aan de Bondsrepubliek Duitsland heeft toegezonden na de bekendmaking van de litigieuze wet in het *Bundesgesetzblatt*. Verder merkt de Commissie op dat zij niet hoeft te wachten tot alle formaliteiten van het nationale recht zijn vervuld, alvorens een niet-nakomingsprocedure in te stellen.
- 29 Vervolgens is de Commissie van mening dat zij tijdens de precontentieuze procedure de argumenten van de Bondsrepubliek Duitsland heeft onderzocht, maar dat zij er niet mee kon instemmen. Hoe dan ook werpt deze lidstaat daarmee volgens haar geen ontvankelijkheidsvraag op, maar betwist hij de gegrondheid van het beroep.
- 30 Ten slotte stelt de Commissie dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat met een in een richtlijn vastgestelde bijzondere procedure niet kan worden afgeweken van de krachtens artikel 226 EG aan de Commissie verleende algemene bevoegdheid.

### Beoordeling door het Hof

- 31 Ten eerste moet worden opgemerkt dat de nieuwe bepalingen van het TKG in het *Bundesgesetzblatt* zijn bekendgemaakt op 23 februari 2007 en in werking zijn getreden op de dag na de bekendmaking ervan. Op 20 december 2006 heeft de Commissie weliswaar de bevoegde commissaris opgedragen een niet-nakomingsprocedure tegen de Bondsrepubliek Duitsland te starten, maar deze procedure is pas ingeleid door de toezending van de aanmaningsbrief op 26 februari 2007, na de bekendmaking en de inwerkingtreding van de betrokken bepalingen. De beweerde inbreuken dateren dus hoe dan ook van vóór de toezending van de aanmaningsbrief.

- 32 Ten tweede blijkt volgens de Bondsrepubliek Duitsland uit de houding van de Commissie dat deze vastbesloten was de argumenten van deze lidstaat zonder enig onderzoek af te wijzen.
- 33 In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat in het perscommuniqué van de Commissie van 26 februari 2007, waarnaar de Bondsrepubliek Duitsland verwijst, niet staat vermeld dat de Commissie de rechten van de verdediging van de betrokken lidstaat niet heeft geëerbiedigd. Het feit dat de Commissie in dit perscommuniqué heeft aangekondigd een versnelde procedure tegen deze lidstaat in te leiden, betekent immers niet dat zij voornemens was geen rekening te houden met de argumenten die de lidstaat tijdens de precontentieuze procedure zou aanvoeren.
- 34 Vervolgens moet worden vastgesteld dat de Bondsrepubliek Duitsland haar standpunt genoegzaam heeft kunnen uiteenzetten tijdens de precontentieuze procedure en dat de Commissie daadwerkelijk rekening heeft gehouden met het door deze lidstaat verdedigde standpunt. In de aanmaningsbrief van 26 februari 2007 werd de Bondsrepubliek Duitsland verzocht opmerkingen in te dienen binnen een termijn van vijftien dagen, die later op verzoek van deze lidstaat is verlengd tot een maand. Het antwoord van de Bondsrepubliek Duitsland op de aanmaningsbrief is meegedeeld op 28 maart 2007. Uit het met redenen omkleed advies en met name uit punt 4 daarvan, met het opschrift „Argumenten van Duitsland en antwoord van de Commissie”, blijkt dat de Commissie terdege rekening heeft gehouden met de argumenten die deze lidstaat aanvoerde in haar antwoord op de aanmaningsbrief.
- 35 Derhalve dient het middel betreffende de schending van de rechten van de verdediging te worden afgewezen. Voor zover de Commissie het antwoord van de Bondsrepubliek Duitsland op de aanmaningsbrief onjuist heeft geanalyseerd, vormt dit — ook al zou het waar zijn — geen grond voor niet-ontvankelijkheid, maar een gegeven waarmee het Hof in voorkomend geval rekening moet houden bij de beoordeling ten gronde (arrest van 14 juni 2007, Commissie/Ierland, C-148/05, punt 39).

- 36 Ten derde moet eraan worden herinnerd dat, wat het argument betreft dat de Commissie gebruik diende te maken van de procedure van artikel 7 van de kaderrichtlijn teneinde in het onderhavige beroep een inbreuk op de betrokken richtlijnen vast te stellen, bijzondere procedures van een richtlijn niet kunnen derogeren aan of in de plaats treden van de bevoegdheden die de Commissie uit hoofde van artikel 226 EG heeft (zie met name arrest van 24 januari 1995, C-359/93, Commissie/Nederland, Jurispr. blz. I-157, punt 13).
- 37 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat het beroep ontvankelijk dient te worden verklaard.

### *Ten gronde*

- 38 Tot staving van haar beroep voert de Commissie in wezen twee middelen aan. Ten eerste heeft de Bondsrepubliek Duitsland in strijd met de artikelen 8, leden 1 en 2, 15 en 16 van de kaderrichtlijn, met artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn en met artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn de discretionaire bevoegdheid van de NRI beperkt, door in de nieuwe bepalingen van het TKG het begrip „nieuwe markten” te definiëren, door daarin het beginsel van niet-regulering van deze markten vast te stellen, door daarin restrictievere voorwaarden op te leggen dan is voorzien in het gemeenschappelijke regelgevingskader, wanneer deze markten bij wijze van uitzondering aan regulering kunnen worden onderworpen, en door bij de analyse van deze markten een voorkeur voor één specifieke reguleringsdoelstelling aan de dag te leggen. Ten tweede worden de raadplegings- en consolidatieprocedures van de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn niet in acht genomen.
- 39 De Bondsrepubliek Duitsland betwist de niet-nakoming.

*Eerste middel: beperking van de discretionaire bevoegdheid van de NRI*

## Argumenten van partijen

- 40 De Commissie voert aan dat de bij de §§ 3, punt 12b, en 9a TKG ingevoerde nieuwe regels de discretionaire bevoegdheid van de NRI beperken. Volgens haar omzeilen deze bepalingen de bij het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatie ingestelde procedures voor marktdefinitie en marktanalyse alsook die voor het opleggen van corrigerende reguleringsmaatregelen.
- 41 Door de §§ 3, punt 12b, en 9a TKG vast te stellen, heeft de Duitse wetgever het begrip „nieuwe markten” gedefinieerd, het beginsel van niet-regulering van deze markten geformuleerd, vooraf voorzien in restrictieve voorwaarden waaronder de NRI bij wijze van uitzondering deze markten kan reguleren, en verlangd dat de NRI bijzondere aandacht besteedt aan één specifieke reguleringsdoelstelling. Deze bepalingen van het TKG druisen in tegen de bepalingen van het gemeenschappelijke regelgevingskader die betrekking hebben op de omvang van de bevoegdheid van de NRI's, zoals artikel 8 van de toegangsrichtlijn, de artikelen 8, 15 en 16 van de kaderrichtlijn en artikel 17 van de universeledienstrichtlijn.
- 42 De Commissie is allereerst van mening dat § 3, punt 12b, TKG, door de „nieuwe markten” te definiëren, de in artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn bedoelde discretionaire bevoegdheid van de Duitse NRI beperkt. Op grond van dat artikel bepalen de NRI's immers de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht.
- 43 Voorts stelt de Commissie dat § 9a, lid 1, TKG, in strijd met de in het gemeenschappelijk regelgevingskader voorziene procedures voor marktdefinitie en marktanalyse, bepaalt dat nieuwe markten in beginsel niet aan de in deel 2 van het TKG opgenomen „regulering” worden onderworpen.

- 44 Daarnaast merkt de Commissie op dat waar § 9a, lid 2, TKG er bij wijze van uitzondering in voorziet dat een nieuwe markt aan regulering wordt onderworpen, de daartoe gestelde voorwaarden restrictiever zijn dan die van artikel 16 van de kaderrichtlijn. Volgens haar wordt in laatstgenoemd artikel immers alleen verlangd dat daadwerkelijke mededinging op de relevante markt ontbreekt, en niet — zoals in de bepaling van het TKG — dat er sprake is van een langdurige belemmering van de ontwikkeling van een duurzaam concurrerende markt.
- 45 Ten slotte is de Commissie van mening dat § 9a, lid 2, TKG artikel 8, leden 1 en 2, van de kaderrichtlijn schendt. In eerstgenoemde bepaling wordt specifiek de nadruk gelegd op één reguleringsdoelstelling, te weten efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aanmoedigen en innovaties steunen. In artikel 8, lid 2, van de kaderrichtlijn is echter geen hiërarchie van doelstellingen vastgesteld en in artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn en artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn is duidelijk bepaald dat de NRI's corrigerende maatregelen opleggen die in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn proportioneel en gerechtvaardigd zijn, zonder dat daarbij aan één van deze doelstellingen bijzondere aandacht wordt besteed.
- 46 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland zijn de §§ 3, punt 12b, en 9a TKG in overeenstemming met het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatie.
- 47 Deze lidstaat voert aan dat de richtlijnen van dit regelgevingskader strekken tot harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten en de lidstaten dus voldoende manoeuvreerruimte laten om de in deze richtlijnen gehanteerde abstracte begrippen nader te omschrijven en de nuttige werking van de daarin bepaalde doelstellingen te verzekeren. De grieven van de Commissie zijn volgens de Bondsrepubliek Duitsland gebaseerd op een ruime uitlegging van het regelgevingskader voor telecommunicatie en op een onjuiste beoordeling van de impact van de bepalingen van het TKG.
- 48 De Bondsrepubliek Duitsland merkt op dat de §§ 3, punt 12b, en 9a TKG de discretionaire bevoegdheid van de NRI voorstructuren, teneinde overeenkomstig de doelstellingen van artikel 4 van de kaderrichtlijn een grotere rechtszekerheid te verzekeren. De Commissie vermeldt niet uit welke bepaling van de richtlijnen van het

gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatie deze discretionaire bevoegdheid kan worden afgeleid, en hoe dan ook evenmin welke bepaling van het TKG deze bevoegdheid beperkt. Uit het gebruik van het woord „kan” in § 9a, lid 2, TKG blijkt immers dat de NRI haar discretionaire bevoegdheid dient te gebruiken om de noodzaak van regulering van een nieuwe markt te beoordelen. De Commissie verlangt dus een letterlijke omzetting van deze richtlijnen, alsof het om een verordening ging, waardoor er eerder sprake is van een uniformering dan van een harmonisatie van het recht van de lidstaten.

- 49 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland volgt uit punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn, uit punt 32 van de richtsnoeren en uit punt 15 van de considerans van de aanbeveling van de Commissie dat nieuwe markten in de regel niet aan regelgeving ex ante moeten worden onderworpen. § 9a TKG heeft niet tot gevolg dat een nieuwe, aparte verificatieprocedure wordt ingevoerd, maar preciseert voor nieuwe markten de bepalingen inzake de algemene procedure voor marktregulering van de §§ 10 en 11 TKG. Aldus wordt de noodzaak van regulering van een markt steeds onderzocht, maar wordt krachtens § 9a, lid 1, TKG uitgesloten dat de NRI reguleringsmaatregelen neemt wanneer deze noodzaak niet wordt vastgesteld.
- 50 Met betrekking tot de bepaling van de relevante markt stelt de Bondsrepubliek Duitsland dat het gemeenschappelijke regelgevingskader niet in de weg staat aan regelgeving voor de bepaling van de markt door de nationale wetgever. Zij merkt op dat § 3, punt 12b, TKG hoe dan ook geen marktdefinitie is, maar abstracte criteria geeft waarmee na bepaling van de markt kan worden vastgesteld of het al dan niet om een nieuwe markt gaat. Aldus kan de NRI op basis van de §§ 3, punt 12b, en 9a TKG per geval de relevante markt bepalen overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht en is er geen sprake van afwijking van de gebruikelijke procedure voor marktdefinitie.
- 51 Voorts stelt de Bondsrepubliek Duitsland dat het criterium van de duurzaam concurrerende markt en het vereiste van een langdurige belemmering op de betrokken markt, waarin § 9a, lid 2, TKG voorziet, geen restrictievere voorwaarden dan die van de richtlijnen van het gemeenschappelijke regelgevingskader zijn en de procedures voor marktdefinitie en marktanalyse van de §§ 10 en 11 TKG niet wijzigen. Het betreft

voorwaarden die zijn erkend in punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn en in de aanbeveling van de Commissie, waarin het begrip „daadwerkelijke mededinging” nader wordt omschreven in de context van nieuwe markten.

- 52 Ten slotte is deze lidstaat van mening dat de nationale wetgever op basis van zijn manoeuvreerruimte bijzondere aandacht kan besteden aan één van de reguleringsdoelstellingen van de richtlijnen van het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatie. Uit het gebruik van de woorden „met name” in de tweede volzin van § 9a, lid 2, TKG blijkt bovendien dat de daar genoemde doelstelling niet de enige is waarmee rekening moet worden gehouden.

#### Beoordeling door het Hof

- 53 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de kaderrichtlijn overeenkomstig artikel 1, lid 1, ervan een geharmoniseerd kader voor de regulering van elektronische communicatiediensten en -netwerken en bijbehorende faciliteiten en diensten vaststelt. Deze richtlijn legt de taken van de NRI's vast alsmede een reeks procedures om de geharmoniseerde toepassing van het regelgevingskader in de gehele Gemeenschap te waarborgen.
- 54 Volgens artikel 3, leden 2 en 3, van de kaderrichtlijn en punt 11 van de considerans ervan moeten de lidstaten overeenkomstig het beginsel van scheiding van regelgevende en operationele functies de onafhankelijkheid van de NRI's waarborgen, teneinde ervoor te zorgen dat deze hun bevoegdheden onpartijdig en op transparante wijze kunnen uitoefenen.



- 55 In de kaderrichtlijn worden aan de NRI's specifieke taken op het gebied van de regulering van elektronischecommunicatiemarkten opgedragen. Overeenkomstig artikel 15 van de kaderrichtlijn en met name lid 3 ervan moeten de NRI's, in nauwe samenwerking met de Commissie, de relevante markten bepalen in de sector elektronische communicatie.
- 56 Overeenkomstig artikel 16 van de kaderrichtlijn voeren zij vervolgens een analyse van de aldus bepaalde markten uit en beoordelen zij of deze markten daadwerkelijk concurrerend zijn. Indien een markt niet daadwerkelijk concurrerend is, legt de betrokken NRI ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht op die markt via regelgeving ex ante verplichtingen op.
- 57 Volgens artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn houden de NRI's bij de bepaling van de relevante markten zo veel mogelijk rekening met de aanbeveling van de Commissie en de richtsnoeren.
- 58 Volgens artikel 16, lid 1, van deze richtlijn nemen de NRI's de richtsnoeren ook zo veel mogelijk in acht wanneer zij de analyse van de relevante markten uitvoeren om te bepalen of deze markten aan regelgeving ex ante moeten worden onderworpen.
- 59 Bij de uitvoering van hun taken moeten de NRI's volgens artikel 7, lid 1, van de kaderrichtlijn zo veel mogelijk rekening houden met de doelstellingen van artikel 8. Volgens artikel 8, lid 1, van deze richtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de NRI's alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de doelstellingen van dit artikel 8. In laatstgenoemde bepaling is bovendien gepreciseerd dat de door de NRI's getroffen maatregelen in evenredigheid dienen te zijn met die doelstellingen.

- 60 Ook in artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn en artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn is bepaald dat de NRI's bij de vaststelling van verplichtingen middels regelgeving ex ante op grond van deze richtlijnen rekening moeten houden met de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn. De middels regelgeving ex ante opgelegde verplichtingen moeten evenredig zijn en verantwoord in het licht daarvan.
- 61 Bij de uitvoering van deze regulerende functies hebben de NRI's een uitgebreide bevoegdheid om de noodzaak van regulering van een markt per geval te kunnen beoordelen (zie in die zin arrest van 24 april 2008, Arcor, C-55/06, Jurispr. blz. I-2931, punten 153-156).
- 62 In het licht van deze overwegingen dient het Hof de gegrondheid van het onderhavige beroep te beoordelen.
- 63 In de eerste plaats acht het Hof het op zijn plaats, na te gaan of de Bondsrepubliek Duitsland, zoals de Commissie aanvoert, de krachtens artikel 16 van de kaderrichtlijn op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, door in § 9a TKG een beginsel van niet-regulering van nieuwe markten vast te leggen.
- 64 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat volgens artikel 16 van de kaderrichtlijn de NRI's de analyse van de overeenkomstig artikel 15 van deze richtlijn bepaalde relevante markten uitvoeren om na te gaan of deze markten aan regelgeving ex ante moeten worden onderworpen. Deze artikelen hebben betrekking op de elektronischecommunicatiesector in het algemeen en sluiten nieuwe, en overigens ook andere, markten niet uit van de werkingssfeer ervan.
- 65 Voorts moet in herinnering worden gebracht dat in § 9a, lid 1, TKG is bepaald dat, onverminderd het bepaalde in lid 2, de in deel 2 van het TKG opgenomen „regulering” in beginsel niet geldt voor nieuwe markten. Volgens § 9a, lid 2, kan, wanneer feiten de veronderstelling rechtvaardigen dat bij gebreke van regulering de ontwikkeling van een duurzaam concurrerende markt op het gebied van telecommunicatiediensten of -

netwerken langdurig wordt belemmerd, de NRI in afwijking van lid 1 van dit artikel een nieuwe markt aan de in deel 2 van het TKG opgenomen regulering onderwerpen.

- 66 In § 9a, leden 1 en 2, TKG is uitdrukkelijk bepaald dat nieuwe markten niet moeten worden gereguleerd, tenzij uit bepaalde gegevens, zoals het ontbreken van duurzame concurrentie op de markt, de noodzaak van regulering blijkt. Aldus legt deze algemene wettelijke bepaling eerst in lid 1 ervan een beginsel van niet-regulering van nieuwe markten vast en worden daarna in lid 2 daarop uitzonderingen gemaakt.
- 67 De Bondsrepubliek Duitsland voert evenwel aan dat het beginsel van niet-regulering van nieuwe markten aansluit bij het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatie. Deze lidstaat verwijst in dit verband naar punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn, punt 32 van de richtsnoeren en punt 15 van de considerans van de aanbeveling van de Commissie, naar luid waarvan nieuwe markten in de regel niet aan regelgeving ex ante worden onderworpen.
- 68 Dit betoog kan echter niet worden gevolgd.
- 69 Om te beginnen is in punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn bepaald dat in de richtsnoeren moet worden ingegaan op de problematiek van nieuwe markten waar de feitelijke marktleader waarschijnlijk een groot marktaandeel zal hebben, maar niet dient te worden onderworpen aan ongerechtvaardigde verplichtingen. Met dit punt wordt beoogd dat bij de regulering van nieuwe markten rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van deze markten. Bijgevolg luidt de conclusie dat deze bepaling niet aldus kan worden begrepen dat zij een beginsel van niet-regulering van deze markten vastlegt.

- 70 Vervolgens is in punt 32 van de richtsnoeren vermeld dat wat opkomende markten betreft in punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn wordt opgemerkt dat ofschoon de marktleider op een dergelijke markt waarschijnlijk de facto een aanmerkelijk marktaandeel zal hebben, hij niet ten onrechte dient te worden onderworpen aan ex-anteregulering. Door te vroeg ex-anteverplichtingen vast te stellen, zouden de concurrentievoorwaarden die op een nieuwe en opkomende markt nog geen vaste vorm hebben gekregen, volgens dit punt van de richtsnoeren immers ten onrechte worden beïnvloed.
- 71 In deze bepaling wordt dus alleen de inhoud van punt 27 van de kaderrichtlijn overgenomen en wordt bijgevolg verboden dat ten onrechte middels regelgeving ex ante verplichtingen worden vastgesteld. Aldus voorzien de richtsnoeren evenmin in een algemene regel volgens welke nieuwe markten niet worden gereguleerd. Deze constatering wordt overigens bevestigd door de formulering van de laatste twee volzinnen van dit punt 32 van de richtsnoeren, waarin is aangegeven dat moet worden voorkomen dat anderen door de marktleider van de opkomende markt worden afgesneden en dat de NRI's ervoor dienen te zorgen dat zij elke vorm van vroegtijdig preventief ingrijpen op een opkomende markt terdege kunnen motiveren.
- 72 Ten slotte is in punt 15 van de considerans van de aanbeveling van de Commissie bepaald dat nieuwe en opkomende markten, waarin marktmacht aanwezig kan zijn ten gevolge van het voordeel dat een „first-mover” bezit, in beginsel niet dienen te worden onderworpen aan regelgeving ex ante. Deze bepaling voorziet in de niet-regulering van nieuwe markten wanneer er sprake is van aanmerkelijke marktmacht op deze markten door het voordeel dat een „first-mover” bezit. Bijgevolg moet de NRI op grond van deze bepaling, indien nodig, de gestelde voorwaarden per geval onderzoeken om te kunnen besluiten tot niet-regulering van een nieuwe markt.
- 73 Uit het voorgaande volgt dat punt 27 van de kaderrichtlijn, punt 32 van de richtsnoeren en punt 15 van de aanbeveling van de Commissie weliswaar impliceren dat de NRI's wat nieuwe markten betreft omzichtig te werk moeten gaan, doch dat dit niet wegneemt dat deze bepalingen geen beginsel van niet-regulering van deze markten bevatten.

- 74 Daaraan moet worden toegevoegd dat in de kaderrichtlijn, zoals blijkt uit de punten 53 tot en met 61 van het onderhavige arrest, de beoordeling van de noodzaak van regulering van deze markten in elk geval wordt opdragen aan de NRI en niet aan de nationale wetgever.
- 75 De artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn, die expliciet tot de NRI's zijn gericht, vormen de rechtsgrondslag voor de richtsnoeren en de aanbeveling van de Commissie. Deze twee juridische instrumenten sturen de NRI's bij de definitie en de analyse van de relevante markten, opdat de NRI's bepalen of deze markten aan regelgeving ex ante moeten worden onderworpen.
- 76 Volgens punt 1 van de richtsnoeren worden daarin immers de beginselen geformuleerd die de NRI's dienen toe te passen bij de analyse van de markten en daadwerkelijke mededinging in het bestek van het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatie. Daarnaast blijkt uit punt 6 van deze richtsnoeren dat zij dienen als gids voor de NRI's bij de uitoefening van hun nieuwe bevoegdheden ten aanzien van het definiëren van de markten en het beoordelen van aanmerkelijke marktmacht.
- 77 Volgens punt 1 van de aanbeveling van de Commissie wordt de NRI's bij het vaststellen van de relevante markten in overeenstemming met artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn aanbevolen de producten- en dienstenmarkten te analyseren die in de bijlage bij de aanbeveling worden opgesomd.
- 78 Door te voorzien in een wettelijke bepaling volgens welke de regulering van nieuwe markten door de NRI in de regel is uitgesloten, doet § 9a TKG bijgevolg afbreuk aan de uitgebreide bevoegdheden die aan de NRI zijn verleend krachtens het gemeenschappelijke regelgevingskader, door te beletten dat de NRI voor elk specifiek geval passende reguleringsmaatregelen treft. Zoals blijkt uit punt 54 van de conclusie van de advocaat-generaal, kan de Duitse wetgever de beslissing van de gemeenschapswetgever echter niet wijzigen en kan hij niet, als algemene regel, nieuwe markten van regulering uitsluiten.

- 79 Daaruit volgt dat § 9a, lid 1, TKG, door een beginsel van niet-regulering van nieuwe markten vast te leggen, niet verenigbaar is met artikel 16 van de kaderrichtlijn.
- 80 In de tweede plaats is de Commissie van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland, door in § 3, punt 12b, TKG het begrip „nieuwe markt” te definiëren, de discretionaire bevoegdheid van de NRI heeft beperkt en de krachtens artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.
- 81 In dit verband moet worden opgemerkt dat de procedure voor marktdefinitie van artikel 15 van de kaderrichtlijn tot doel heeft de NRI's in staat te stellen om overeenkomstig artikel 16 van deze richtlijn een analyse van de relevante markt uit te voeren en met name om na te gaan of sommige van de op de betrokken markt aanwezige ondernemingen aanmerkelijke marktmacht bezitten. De definitie van de markt is dus het uitgangspunt voor de analyse van de mededinging die op grond van artikel 16 van de kaderrichtlijn wordt uitgevoerd.
- 82 Vastgesteld moet worden dat de definitie van het begrip „nieuwe markt” in § 3, punt 12b, TKG, waarin naar „een markt voor diensten en producten” wordt verwezen, geen „afbakening van een relevante markt” in de zin van artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn is, waarop de analyse van de mededinging van artikel 16 van deze richtlijn kan worden uitgevoerd. Bijgevolg kan § 3, punt 12b, TKG niet worden aangemerkt als een beperking van de krachtens artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn aan de NRI verleende bevoegdheid om de markt te bepalen.
- 83 Daarentegen moet worden vastgesteld dat de uit § 9a, lid 1, TKG voortvloeiende beperking van de discretionaire bevoegdheid van de Duitse NRI noodzakelijkerwijs afbreuk doet aan de bevoegdheid van de NRI om de markt te bepalen. In de aanbeveling van de Commissie is in een bijlage vermeld welke markten op grond van artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn moeten worden onderzocht. Gelet op het beginsel van niet-regulering van nieuwe markten van § 9a, lid 1, TKG zal de NRI de relevante markten echter niet overeenkomstig artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn bepalen, voor zover de

in de bijlage bij de aanbeveling van de Commissie genoemde markten onder de definitie van § 3, punt 12b, TKG vallen.

- 84 Bijgevolg is § 9a, lid 1, TKG evenmin verenigbaar met artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn.
- 85 In de derde plaats stelt de Commissie dat § 9a, lid 2, TKG voorziet in een hiërarchie van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn, hetgeen in strijd is met deze bepaling.
- 86 Volgens § 9a, lid 2, TKG houdt de NRI bij de beoordeling van de noodzaak van regulering en het opleggen van maatregelen met name rekening met de doelstelling om efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan te moedigen en innovaties te steunen. De andere doelstellingen waarmee de NRI rekening houdt, zijn in § 2 TKG opgesomd.
- 87 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland voorzien de nieuwe bepalingen van het TKG in een voorstructurering van het optreden van de NRI op nieuwe markten. Deze lidstaat is van mening dat hij, gelet op zijn manoeuvreerruimte bij de omzetting van het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatie, bijzondere aandacht kan besteden aan één van de doelstellingen van de kaderrichtlijn, wanneer er een duidelijk verband tussen deze doelstelling en een bepaald soort markt bestaat, zoals blijkt uit de toelichting bij de aanbeveling van de Commissie.
- 88 In dit verband moet worden opgemerkt dat de NRI's volgens artikel 8, lid 2, van de kaderrichtlijn de concurrentie bevorderen bij de levering van elektronische communicatienetwerken en -diensten en van de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer door ervoor te zorgen dat de gebruikers maximaal profiteren wat keuze, prijs en kwaliteit betreft, door ervoor te zorgen dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is, door efficiënte investeringen op

het gebied van infrastructuur aan te moedigen en innovaties te steunen, en door efficiënt gebruik te bevorderen en te zorgen voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties en de nummervoorraad.

- 89 Volgens artikel 8, lid 1, van de kaderrichtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de NRI's bij de uitvoering van de in de kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de doelstellingen van dit artikel 8.
- 90 Bovendien volgt uit artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn en artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn dat de verplichtingen die worden opgelegd krachtens deze artikelen, gebaseerd moeten zijn op de aard van het geconstateerde probleem en evenredig en verantwoord moeten zijn in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn.
- 91 Uit deze bepalingen volgt dat de NRI's de reguleringsdoelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn moeten bevorderen bij de uitvoering van de in het gemeenschappelijke regelgevingskader omschreven reguleringstaken. Zoals de advocaat-generaal in punt 64 van zijn conclusie opmerkt, is het bijgevolg ook de taak van de NRI's en niet van de nationale wetgever om deze doelstellingen af te wegen bij de definitie en de analyse van een relevante markt die voor regulering in aanmerking komt.
- 92 Het Hof heeft artikel 8 van de kaderrichtlijn aldus uitgelegd dat het de lidstaten de verplichting oplegt ervoor te zorgen dat de NRI's alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op het bevorderen van de mededinging bij het aanbieden van



elektronischecomunicatiediensten, door erop toe te zien dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is en door de resterende belemmeringen voor het aanbieden van deze diensten op Europees niveau op te heffen (zie arresten van 31 januari 2008, Centro Europa 7, C-380/05, Jurispr. blz. I-349, punt 81, en 13 november 2008, Commissie/Polen, C-227/07, Jurispr. blz. I-8403, punt 63).

- 93 Bij een nationale bepaling zoals § 9a, lid 2, TKG, waarin een voorkeur voor één enkele doelstelling van de kaderrichtlijn aan de dag wordt gelegd bij de door de NRI uit te voeren analyse van de noodzaak van regulering van een nieuwe markt, wordt echter een afweging tussen deze doelstellingen gemaakt, terwijl deze afweging door de NRI dient te worden gemaakt bij de uitvoering van de haar opgedragen reguleringstaken.
- 94 Daaruit volgt dat § 9a, lid 2, TKG, waarin een voorkeur voor één specifieke reguleringsdoelstelling aan de dag wordt gelegd, artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn, artikel 8, leden 1 en 2, van de kaderrichtlijn en artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn schendt en op met deze richtlijnen onverenigbare wijze de discretionaire bevoegdheid van de NRI beperkt.
- 95 Wat in de vierde plaats het argument van de Commissie betreft, dat § 9a, lid 2, TKG bij de marktanalyse in restrictievere voorwaarden voorziet dan die van de kaderrichtlijn, moet eraan worden herinnerd dat de NRI op grond van deze bepaling en in afwijking van lid 1 daarvan een nieuwe markt overeenkomstig de §§ 9 tot en met 12 TKG aan de in deel 2 van het TKG opgenomen regulering kan onderwerpen, wanneer feiten de veronderstelling rechtvaardigen dat bij gebreke van regulering de ontwikkeling van een duurzaam concurrerende markt op het gebied van telecommunicatiediensten of -netwerken langdurig wordt belemmerd.

- 96 Aldus volgt uit § 9a, lid 2, TKG dat de NRI de noodzaak van regulering van nieuwe markten moet analyseren wanneer het risico bestaat dat de ontwikkeling van duurzame concurrentie op deze markten langdurig wordt belemmerd.
- 97 Volgens artikel 16 van de kaderrichtlijn moeten de NRI's beoordelen of de relevante markten daadwerkelijk concurrerend zijn. Indien een markt niet daadwerkelijk concurrerend is, legt de betrokken NRI ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht op die markt middels regelgeving ex ante verplichtingen op.
- 98 De in § 9a, lid 2, TKG genoemde criteria om een nieuwe markt bij wijze van uitzondering aan regelgeving ex ante te onderwerpen, namelijk het risico dat de ontwikkeling van duurzame concurrentie langdurig wordt belemmerd, zijn restrictiever dan die van artikel 16 van de kaderrichtlijn, waarin regelgeving ex ante uitsluitend afhankelijk wordt gesteld van de vaststelling dat de betrokken markt niet daadwerkelijk concurrerend is.
- 99 Derhalve schendt § 9a, lid 2, TKG, door voor de analyse van de relevante markten die in aanmerking komen voor regulering te voorzien in restrictievere voorwaarden dan die van de kaderrichtlijn, artikel 16 van de kaderrichtlijn en beperkt deze bepaling de discretionaire bevoegdheid van de NRI.
- 100 Gelet op het voorgaande dient het middel betreffende de beperking van de discretionaire bevoegdheid van de NRI gegrond te worden verklaard.

*Tweede middel: schending van de raadplegings- en consolidatieprocedures van de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn*

Argumenten van partijen

- <sup>101</sup> Volgens de Commissie moet de NRI, onder toepassing van § 9a TKG, de raadplegings- en consolidatieprocedures alleen volgen wanneer deze van mening is dat regelgeving ex ante noodzakelijk is. Aldus kan de NRI een „markt” definiëren en analyseren in de zin van artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn en op grond van artikel 16 van deze richtlijn besluiten om deze markt niet te reguleren, zonder dat de procedures van het gemeenschappelijke regelgevingskader worden gevolgd.
- <sup>102</sup> Een dergelijke beperking van de raadplegingsprocedure is echter in strijd met de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn. De Commissie merkt op dat de Bondsrepubliek Duitsland, door van mening te zijn dat de verplichting om deze procedures te volgen alleen bestaat indien regelgeving ex ante noodzakelijk is, de definitie van de markt en de identificatie ervan als markt die voor regulering in aanmerking komt, verwacht.
- <sup>103</sup> De Bondsrepubliek Duitsland voert aan dat zij de Commissie er reeds van in kennis heeft gesteld dat de raadplegings- en consolidatieprocedures met betrekking tot nieuwe

markten, volgens de uitleggingscriteria van de Bundesnetzagentur, zullen plaatsvinden overeenkomstig de vereisten van de richtlijnen van het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatie.

- 104 Deze lidstaat is daarenboven van mening dat § 9a TKG eerbiediging van de raadplegings- en consolidatieprocedures verzekert. Enerzijds wordt deze bepaling toegepast in het kader van de normale procedure voor marktdefinitie en marktanalyse en anderzijds veronderstelt lid 2 ervan het bestaan van een in het kader van de procedure voor marktdefinitie overeenkomstig § 10, lid 2, TKG afgebakende markt, waarbij § 10, lid 2, TKG de beginselen van het mededingingsrecht in acht neemt. De Bondsrepubliek Duitsland stelt dat zij haar uit de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn voortvloeiende verplichtingen inzake raadpleging en consolidatie volledig is nagekomen. Volgens haar toont de Commissie geen enkele schending van deze verplichtingen aan en baseert zij de verweten inbreuk louter op vermoedens.

#### Beoordeling door het Hof

- 105 Zowel in artikel 15, lid 3, als in artikel 16, lid 6, van de kaderrichtlijn wordt voor de marktdefinitie en de marktanalyse verwezen naar de procedures van de artikelen 6 en 7 van deze richtlijn.
- 106 Vastgesteld is reeds dat het beginsel van niet-regulering van nieuwe markten van § 9a, lid 1, TKG de uit de artikelen 15, lid 3, en 16 van de kaderrichtlijn voortvloeiende discretionaire bevoegdheid van de NRI beperkt. De beperking van de bevoegdheid van de NRI om nieuwe markten aan de marktdefinitie en de marktanalyse te onderwerpen, houdt noodzakelijkerwijs in dat de procedures van de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn in bepaalde omstandigheden niet in acht worden genomen.

107 Derhalve dient ook het tweede middel van de Commissie gegrond te worden verklaard.

108 Uit het voorgaande volgt dat de Bondsrepubliek Duitsland, door § 9a TKG vast te stellen, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn, de artikelen 6 tot en met 8, leden 1 en 2, 15, lid 3, en 16 van de kaderrichtlijn en artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn.

## Kosten

109 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Vierde kamer) verklaart:

- 1) **Door § 9a van het Telekommunikationsgesetz (telecommunicatiewet) van 22 juni 2004 vast te stellen, is de Bondrepubliek Duitsland de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 8, lid 4, van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn), de artikelen 6 tot en met 8, leden 1 en 2, 15, lid 3, en 16 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten**

**(kaderrichtlijn), en artikel 17, lid 2, van richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn).**

**2) De Bondsrepubliek Duitsland wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen