# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
# M. POIARES MADURO
van 23 april 2009 [1]

1. Met het oog op de verwezenlijking van verschillende doelstellingen, in het bijzonder het vrijwaren van de mededinging, wordt de telecommunicatiesector geregeld door een communautair rechtskader. Er is een specifieke institutionele structuur ingericht, waarin nationale regelgevende instanties (hierna ook: „NRI's") verantwoordelijk zijn voor die doelstellingen en de bevoegdheid hebben om zo nodig op te treden, door telecommunicatieexploitanten met aanmerkelijke marktmacht verplichtingen op te leggen.

2. In het voorliggende geval gaat het in wezen om de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten bij de uitvoering van dat communautaire rechtskader: in de eerste plaats hun vrijheid om het regulerend optreden te beperken op gevoelige markten, namelijk nieuwe markten, en in de tweede plaats hun vrijheid om het optreden van de nationale regelgevende instanties te sturen ten aanzien van specifieke reguleringsdoelstellingen, zoals de bevordering van investeringen en innovatie.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

## I — Feiten en rechtskader

3. Binnen het communautaire rechtskader voor de telecommunicatiesector zijn in casu de volgende richtlijnen van belang: de kaderrichtlijn [2], de toegangsrichtlijn [3] en de universeledienstrichtlijn [4].

4. De Duitse wetgeving die thans ter discussie staat, is het Telekommunikationsgesetz (telecommunicatiewet; hierna: „TKG"). [5] Hoewel het TKG grotendeels uitvoering geeft aan het communautaire rechtskader, zijn daarin tevens twee wijzigingen betreffende nieuwe markten ingevoegd, die tot de onderhavige zaak hebben geleid. [6]

2 — Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (hierna: „kaderrichtlijn") (PB L 108, blz. 33).

3 — 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 (hierna: „toegangsrichtlijn") (PB L 108, blz. 7).

4 — 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 (hierna: „universeledienstrichtlijn") (PB L 108, blz. 1).

5 — „Telekommunikationsgesetz" van 22 juni 2004, BGBl. I, blz. 1190.

6 — „Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften" van 18 februari 2007, BGBl. I, blz. 106.

5. Deze wijzigingen van het TKG sluiten nieuwe markten uit van regulering, tenzij regulering noodzakelijk is voor de mededinging op lange termijn. Eveneens is daarin bepaald dat de Duitse nationale regelgevende instantie [7] bij de beoordeling of regulering noodzakelijk is, met name rekening moet houden met de doelstelling van bevordering van investeringen in infrastructuur en innovaties.

6. Bij de bespreking van de achtergrond van deze zaak zal ik de verwijzingen naar de relevante bepalingen van het communautaire rechtskader indelen naar hun normatieve doelstellingen (A) en hun procedurele aspecten: transparantieregeling, systeem van samenwerking tussen de nationale regelgevende instanties en de Commissie, marktdefinitie en marktanalyse (B). Vervolgens zal ik het TKG meer in detail bespreken (C). Ten slotte zal ik kort enkele feiten vermelden die met de precontentieuze procedure verband houden (D).

A — *Doelstellingen van het communautaire rechtskader*

7. Artikel 7, lid 1, van de kaderrichtlijn bepaalt dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van de in het communautaire rechtskader omschreven taken „zo veel mogelijk" rekening houden met de doelstellingen van artikel 8.

8. Artikel 8, lid 1, van de kaderrichtlijn bepaalt dat de lidstaten „ervoor zorgen" dat de nationale regelgevende instanties alle redelijke en evenredige maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van die doelstellingen.

9. Artikel 8, lid 2, van de kaderrichtlijn noemt vervolgens een eerste reeks doelstellingen, die verband houden met het vrijwaren van de concurrentie:

„De nationale regelgevende instanties 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;

7 — De „Bundesnetzagentur".

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 8, leden 3 en 4, van de kaderrichtlijn noemt twee andere series doelstellingen, die respectievelijk zijn gericht op de verdere ontwikkeling van de interne markt en de bescherming van de belangen van de burgers van de Europese Unie.

11. Artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn en artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn verwijzen naar de doelstellingen van de kaderrichtlijn. Deze doelstellingen rechtvaardigen de in die artikelen genoemde verplichtingen die kunnen worden opgelegd aan ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht. [8]

12. Volgens artikel 15, lid 2, van de kaderrichtlijn moet de Commissie „overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht" richtsnoeren opstellen voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht (hierna: „richtsnoeren van de Commissie"). [9]

13. Volgens punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn moeten de richtsnoeren van de Commissie ingaan op de problematiek van de toepassing van wettelijke verplichtingen op nieuwe markten:

„[In de richtsnoeren van de Commissie] moet ook worden ingegaan op de problematiek van nieuwe markten waar de feitelijke marktleider

8 — Voor een goed begrip van de mogelijke economische impact op hun doelstelling, noem ik enkele van deze verplichtingen: artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn ziet onder meer op verplichtingen met betrekking tot de toegang tot en het gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten, alsook prijscontrole en kostentoerekening. Artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn omvat verplichtingen die kunnen leiden tot eindprijsplafonds, controle van individuele tarieven of afstemming van de tarieven op de kosten of prijzen op vergelijkbare markten.

9 — Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (PB 2002, C 165, blz. 6).

waarschijnlijk een groot marktaandeel zal hebben, maar niet dient te worden onderworpen aan ongerechtvaardigde verplichtingen."

14. Punt 32 van de richtsnoeren van de Commissie gaat in op deze kwestie van de nieuwe markten. Het herhaalt punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn en voegt daaraan het volgende toe:

„Door te vroeg ex-ante-verplichtingen vast te stellen zouden de concurrentievoorwaarden die op een nieuwe en opkomende markt nog geen vaste vorm hebben gekregen, ten onrechte worden beïnvloed. Tegelijkertijd moet worden voorkomen dat anderen door de marktleider van deze markt worden afgesneden. Onverminderd de gerechtvaardigdheid van ingrijpen door de mededingingsautoriteiten in individuele gevallen, dienen de NRI's ervoor te zorgen dat zij elke vorm van vroegtijdig preventief ingrijpen op een opkomende markt terdege kunnen motiveren, in het bijzonder omdat zij steeds de mogelijkheid hebben om in een later stadium in te grijpen bij een van de periodieke analyses van de relevante markten."

15. De Commissie moet volgens artikel 15, lid 1, van de kaderrichtlijn voorts een aanbeveling aannemen, die „overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht" de markten vermeldt waar volgens de toegangsrichtlijn en de universeledienstrichtlijn verplichtingen kunnen worden opgelegd (hierna: „aanbeveling van de Commissie"). [10]

16. Punt 15 van de considerans van de aanbeveling van de Commissie verklaart met betrekking tot de toepassing van wettelijke verplichtingen op nieuwe markten:

„nieuwe en opkomende markten, waarin marktmacht aanwezig kan zijn ten gevolge van het voordeel dat een ‚first-mover' bezit, [dienen] in beginsel niet te worden onderworpen aan regelgeving ex ante".

B — *Transparantieregeling, samenwerkingssysteem, marktdefinitie en marktanalyse*

17. Artikel 6 van de kaderrichtlijn voorziet in een transparantieregeling ten behoeve van belanghebbenden. De nationale regelgevende

10 — Aanbeveling van de Commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (PB L 114, blz. 45).

instanties zijn in het algemeen gehouden om dergelijke belanghebbenden in staat te stellen hun zienswijzen op ontwerpmaatregelen te geven, om hun nationale raadplegingsprocedures te publiceren en om de resultaten van die procedures openbaar te maken.

18. Artikel 7, lid 2, van de kaderrichtlijn voorziet in een systeem van samenwerking tussen de nationale regelgevende instanties, en tussen deze instanties en de Commissie, om een „consistente toepassing" van het rechtskader te waarborgen.

19. Artikel 7, leden 3 en 5, van de kaderrichtlijn bepaalt op welke wijze die samenwerking vorm moet krijgen. Wanneer een nationale regelgevende instantie voornemens is een maatregel te nemen die onder meer onder de artikelen 15 of 16 van de kaderrichtlijn valt en die tevens van aanzienlijke invloed is op de handel tussen de lidstaten, stelt zij de andere nationale regelgevende instanties en de Commissie daarvan in kennis. Zij stelt de ontwerpmaatregel en de motivering ter beschikking aan de andere nationale regelgevende instanties en de Commissie, zodat deze opmerkingen kunnen maken. De nationale regelgevende instantie houdt rekening met deze opmerkingen en indien zij besluit te ontwerpmaatregel door te zetten, doet zij daarvan mededeling aan de Commissie.

20. De artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn hebben betrekking op de definitie en analyse van markten, die onder de samenwerking vallen.

21. Artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn ziet op de marktdefinitie door de nationale regelgevende instanties:

„De nationale regelgevende instanties bepalen, zo veel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren [van de Commissie], de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. […]"

22. Artikel 16, leden 1 en 2, van de kaderrichtlijn bepaalt dat de nationale regelgevende instanties, na de definitie van de relevante markten, een analyse van die markten uitvoeren met inachtneming van de richtsnoeren van de Commissie (en in voorkomend geval in samenwerking met nationale mededingingsautoriteiten). Wanneer een nationale regelgevende instantie een beslissing moet nemen over een verplichting krachtens de toegangsrichtlijn of de universeledienstrichtlijn, moet zij bepalen of de markt daadwerkelijk concurrerend is.

23. Artikel 16, leden 3 en 4, van de kaderrichtlijn regelt het geval dat een nationale regelgevende instantie vaststelt dat de markt al dan niet daadwerkelijk concurrerend is. Indien de nationale regelgevende instantie de markt daadwerkelijk concurrerend acht, mag zij de in artikel 16, lid 2, genoemde verplichtingen niet opleggen of handhaven, en moet zij bestaande intrekken. Stelt de nationale regelgevende instantie vast dat de markt niet daadwerkelijk concurrerend is, dan gaat zij na welke ondernemingen aanmerkelijke marktmacht hebben en gaat zij over tot oplegging, handhaving of wijziging van dergelijke verplichtingen.

24. Artikel 7, lid 4, van de kaderrichtlijn verleent de Commissie een vetorecht op bepaalde maatregelen van de nationale regelgevende instanties. Die maatregelen moeten betrekking hebben op de definitie van een markt die verschilt van de markten die in de aanbeveling van de Commissie zijn gedefinieerd, dan wel op de beslissing of een onderneming al dan niet aanzienlijke marktmacht bezit overeenkomstig onder andere artikel 16, leden 3 en 4; buitendien moeten dergelijke maatregelen van invloed zijn op de handel tussen de lidstaten. De Commissie moet meedelen dat de ontwerpmaatregel een belemmering voor de interne markt opwerpt, of dat zij ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het gemeenschapsrecht, met name met de in artikel 8 genoemde doelstellingen. In dat geval wordt de ontwerpmaatregel eerst opgeschort en is de nationale regelgevende instantie, zo de Commissie daartoe besluit, verplicht de ontwerpmaatregel in te trekken indien deze niet tezamen met specifieke voorstellen tot wijziging ervan kan worden vastgesteld.

25. Artikel 7, lid 6, voorziet in een spoedprocedure die in geval van uitzonderlijke omstandigheden op het hierboven beschreven samenwerkingssysteem van toepassing is.

C — *Het TKG*

26. § 2 van het TKG noemt de doelstellingen van de wet, die in wezen de in artikel 8 van de kaderrichtlijn genoemde reguleringsdoelstellingen omvatten.

27. § 9, leden 1 en 2, van het TKG bepaalt dat de regulering betrekking heeft op de markten die aan de voorwaarden van § 10 voldoen en ten aanzien waarvan uit een marktanalyse overeenkomstig § 11 is gebleken dat geen daadwerkelijke concurrentie bestaat. Aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op die markten worden door de Duitse nationale regelgevende instantie wettelijke verplichtingen opgelegd.

28. § 10, lid 2, van het TKG beschrijft de marktvoorwaarden die tot de toepassing van de regeling leiden (hoge drempels voor het betreden van de markt, aanhoudende structurele belemmeringen voor daadwerkelijke concurrentie, en ontoereikendheid van mededingingsrechtelijke maatregelen). De Duitse nationale regelgevende instantie definieert deze markten met inachtneming van de aanbeveling van de Commissie.

29. § 11, lid 1, van het TKG betreft de beoordeling van de daadwerkelijke concurrentie (van daadwerkelijke concurrentie is geen sprake indien een of meerdere ondernemingen aanzienlijke marktmacht hebben). Deze marktanalyse wordt verricht door de Duitse nationale regelgevende instantie, met inachtneming van de richtsnoeren van de Commissie.

30. § 12 van het TKG definieert een procedure die in wezen overeenkomt met de transparantieregeling en het samenwerkingssysteem van de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn. In de §§ 10, lid 3, en 11, lid 3, van het TKG is bepaald dat de Duitse

nationale regelgevende instantie volgens deze procedure de resultaten van haar marktdefinitie en marktanalyse aan de Commissie moet voorleggen wanneer deze van invloed zijn op de handel tussen de lidstaten.

31. Het TKG heeft zoals gezegd twee wijzigingen ondergaan, die nieuwe markten betreffen. Voordat deze wijzigingen werden aangenomen, is kennelijk door de zittende Duitse telecommunicatie-exploitant (Deutsche Telekom) met betrekking tot het breedbandnetwerk dat deze wilde opzetten, gelobbyd voor ontheffing van interventie door de regelgevende instantie (te weten verplichte toegang tegen gereguleerde tarieven).

32. Uit zowel de schriftelijke als de mondelinge opmerkingen van partijen valt af te leiden dat in de Duitse samenleving een discussie gaande was over zogeheten „Regulierungsferien" (reguleringspauze) voor nieuwe markten. In deze discussie gingen stemmen op die de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een regelrechte vrijstelling in twijfel trokken. Uit de opmerkingen van partijen blijkt niet of een bepaalde visie de overhand had en bij de wijzigingen van het TKG de doorslag heeft gegeven.

33. § 3, sub 12b, de eerste wijziging van het TKG, geeft een definitie van nieuwe markten.

„Een ‚nieuwe markt' is een markt voor diensten en producten die aanmerkelijk verschillen van de tot dusver beschikbare diensten en producten wat hun doeltreffendheid betreft, hun bereik, hun verkrijgbaarheid voor grotere gebruikersgroepen (grootschalige beschikbaarheid), hun prijs of hun kwaliteit vanuit het gezichtspunt van een goed geïnformeerde afnemer, en die niet slechts de bestaande producten vervangen."

34. § 9a, de tweede wijziging van het TKG, voorziet in lid 1 in een vrijstelling van regulering voor nieuwe markten, en in lid 2 in een uitzondering op die regel.

„1. Behoudens het bepaalde in lid 2, geldt de regeling van deel 2 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 op de lange termijn wordt belemmerd, kan de [Duitse nationale regelgevende instantie] in afwijking van het bepaalde in lid 1 een nieuwe markt overeenkomstig de bepalingen van de §§ 9, 10, 11 en 12 aan de regulering van deel 2 onderwerpen. Bij de

beoordeling van de noodzaak van regulering en de vaststelling van maatregelen houdt de [Duitse nationale regelgevende instantie] met name rekening met de doelstelling inzake het aanmoedigen van efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur en het steunen van innovaties."

35. Deze wijzigingen zijn in werking getreden op 18 februari 2007.

D — *Precontentieuze procedure*

36. Op 20 december 2006, nadat verschillende keren contact met Duitsland had plaatsgevonden inzake de wijzigingen van het TKG, maar voordat die wijzigingen van kracht waren geworden, besloot de Commissie tot inleiding van de onderhavige niet-nakomingsprocedure.

37. Op 26 februari 2007 zond de Commissie Duitsland een aanmaningsbrief, waarin zij stelde dat de wijzigingen van het TKG onverenigbaar waren met het communautaire rechtskader. Diezelfde dag deed zij eveneens een persbericht uitgaan, waarin zij kennis gaf van haar „voornemen om de zaak zo spoedig mogelijk bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aanhangig te maken".

38. Daar zij niet tevreden was met de antwoorden van Duitsland op haar aanmaningsbrief en het daaropvolgend met redenen omkleed advies, heeft de Commissie krachtens artikel 226 EG dit beroep ingesteld.

**II — Ontvankelijkheid**

39. Duitsland betwist de ontvankelijkheid van dit beroep. Het eerste bezwaar betreft het feit dat de Commissie de niet-nakomingsprocedure heeft ingeleid voordat de wijzigingen van het TKG van kracht zijn geworden.

40. Dat feit is evenwel niet relevant. Duitsland kreeg de aanmaningsbrief van de Commissie nadat de wijzigingen van het TKG van kracht waren geworden. Duitsland is derhalve overeenkomstig artikel 226 EG in de gelegenheid gesteld om opmerkingen te

maken met betrekking tot een verdragsinbreuk, die volgens die brief reeds gaande was. [11]

41. Duitsland betoogt in de tweede plaats dat zijn rechten van verdediging zijn geschonden doordat de Commissie in een persbericht van dezelfde datum als de aanmaningsbrief te kennen heeft gegeven zo spoedig mogelijk de onderhavige procedure bij het Hof aanhangig te maken.

42. Het overhaaste handelen van de Commissie is betreurenswaardig, met name gezien haar verplichting tot loyale samenwerking met de lidstaten. [12] Dit volstaat evenwel niet om te concluderen dat de Commissie de latere opmerkingen van Duitsland in antwoord op de aanmaningsbrief en het met redenen omkleed advies niet genoegzaam in overweging heeft genomen. Het onderhavige beroep is bijgevolg ontvankelijk.

## III — Beoordeling

43. Door middel van de wijzigingen van het TKG heeft Duitsland de toepasselijkheid van de regeling op nieuwe markten beperkt. § 3, sub 12b, van het TKG geeft een definitie van het begrip „nieuwe markt". In § 9a, lid 1, van het TKG worden deze markten vervolgens in beginsel van de regeling uitgesloten. Volgens § 9a, lid 2, van de TKG vindt regulering uitsluitend plaats indien bij gebreke daarvan de concurrentie op lange termijn zou worden belemmerd. Bij de beoordeling of regulering noodzakelijk is, moet de Duitse nationale regelgevende instantie met name rekening houden met de stimulering van investeringen en innovaties — in het bijzonder wanneer zij verplichtingen oplegt aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht.

44. Door de §§ 3, sub 12b, en 9a van het TKG voldoet Duitsland volgens de Commissie niet aan zijn verplichtingen krachtens verschillende bepalingen van het communautaire rechtskader, namelijk de artikelen 6, 7, 8, leden 1 en 2, 15, lid 3, en 16 van de kaderrichtlijn, artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn, en artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn.

45. Deze gestelde schendingen kunnen worden ingedeeld in twee groepen van vragen, waarvan de eerste het inhoudelijke effect van de beperking van regulering betreft, en de tweede de procedurele implicaties ervan.

46. Bij de inhoudelijke vragen gaat het om de beoordelingsvrijheid van Duitsland bij het

11 — Zie arrest van 15 februari 2001, Commissie/Frankrijk (C-230/99, Jurispr. blz. I-1169, punt 32).

12 — Zie conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak Commissie/Ierland (C-120/01, Jurispr. 2002, blz. I-6739, punt 50).

omzetten van het communautaire rechtskader:

— Mag Duitsland nieuwe markten principieel vrijstellen van regulering?

— Mag Duitsland de beslissingsvrijheid van de nationale regelgevende instantie beknotten door prioriteit te geven aan een specifiek reguleringsdoel met betrekking tot de interventie in nieuwe markten?

47. De procedurele vragen hebben betrekking op de mate waarin de wijzigingen van het TKG de besluitvorming van de nationale regelgevende instanties over al dan niet ingrijpen zoals voorzien in het communautaire rechtskader doorkruisen — de transparantieregeling, het systeem van samenwerking tussen de nationale regelgevende instanties en de Commissie, marktdefinitie en marktanalyse.

48. De bespreking van deze procedurele kwesties is evenwel alleen aan de orde ingeval het Hof in zijn antwoord op de inhoudelijke vragen in de eerste plaats aanvaardt dat Duitsland zijn beoordelingsbevoegdheid bij de omzetting van het communautaire rechtskader niet heeft overschreden. In het geval van een ontkennend antwoord zijn de procedurele punten niet langer relevant.

49. Ik zal mijn bespreking daarom aanvangen met de inhoudelijke vragen.

A — *De vrijstelling van regulering voor nieuwe markten*

50. § 9a, lid 1, van het TKG stelt nieuwe markten in beginsel vrij van regulering, tenzij de voorwaarden van § 9a, lid 2, van het TKG zijn vervuld. Deze regel is volgens de Commissie bedoeld om investeringen van de zittende Duitse telecommunicatie-exploitant in een breedbandnetwerk te begunstigen door de dreiging van regulerend optreden weg te nemen.

51. Het Hof heeft reeds vastgesteld dat de interventie in voorzieningen in particuliere eigendom de prikkel doet afnemen om die voorzieningen überhaupt te ontwikkelen. Om die reden is een verplichting tot verlening van toegang tot een voorziening (als maatregel ter correctie van een onrechtmatige weigering tot levering) op de voet van artikel 82 EG alleen

passend indien aan uiterst strikte eisen is voldaan. [13] Dat is tevens de reden waarom volgens de communautaire regelgeving op het gebied van de telecommunicatiesector een verplichting om te onderhandelen over het verlenen van toegang proportioneel moet zijn en absoluut noodzakelijk vanwege de concurrentiesituatie. [14]

52. Gesteld kan dus worden dat de interventiemogelijkheden die regulering biedt, de prikkel doet afnemen om in infrastructuur en innovatie te investeren. [15] Het is dan ook begrijpelijk dat de zittende telecommunicatieexploitant niets van regulering wil weten; als Duitsland de investeringen in telecommunicatie-infrastructuur wil stimuleren, zou het er goed aan doen die kwesties aan te pakken. Het gaat per saldo om een beleidskeuze: de regulering inperken, en de daaruit voortvloeiende aanmerkelijke marktmacht dulden, om de investering in infrastructuur te bevorderen.

53. In normale omstandigheden zou Duitsland een dergelijke beleidsbeslissing zonder meer kunnen nemen, niet echter in het geval van een communautaire regeling van de telecommunicatiesector. De keuze om deze sector te reguleren, met alle daarmee samenhangende interventiemogelijkheden, is hier reeds gemaakt door de gemeenschapswetgever. [16]

54. De nieuwe markten in de zin van § 3, sub 12b, van het TKG vallen zonder enige twijfel onder de telecommunicatiesector. Duitsland kan derhalve niet in afwijking van de beslissing van de gemeenschapswetgever deze markten in beginsel van regulering uitsluiten.

55. Duitsland betoogt evenwel dat de regel dat nieuwe markten niet dienen te worden gereguleerd in feite reeds in het communautaire rechtskader aanwezig is.

56. Dat is niet het geval. Punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn waarschuwt slechts tegen het opleggen van „ongerecht-

13 — Namelijk de uitsluiting van elke mededinging, zie arrest van 26 november 1998, Bronner/Mediaprint (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791, punt 41); zie met betrekking tot de weerslag op prikkels de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in die zaak, punt 57.

14 — Zie arrest van 13 november 2008, Commissie/Polen (C-227/07, Jurispr. blz. I-8403, punten 40-44), en de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in die zaak, punten 38 en 39, waarin hij stelt dat „niet zonder enige reden beperkingen aan de markteconomie [mogen] worden gesteld".

15 — Met name in vergelijking met de interventiemogelijkheden volgens het algemene stelsel van het mededingingsrecht.

16 — Dit wil niet zeggen dat regulering ongevoelig is voor prikkels om te investeren en innoveren; die zaken geven immers vorm aan het communautaire rechtskader door middel van artikel 8, lid 2, sub c, van de kaderrichtlijn, zoals hierna wordt besproken.

vaardigde verplichtingen" op nieuwe markten. [17] Alleen de Commissie gaat hierop nader in, eerst in haar richtsnoeren en vervolgens in haar aanbeveling. Zij stelt inderdaad in de aanbeveling dat nieuwe markten niet dienen te worden gereguleerd; mijns inziens geeft zij evenwel in de richtsnoeren beter en volledi ger rekenschap van de betrokken kwesties.

57. De Commissie geeft in de richtsnoeren aan dat regulering de ontwikkeling van nieuwe markten kan verstoren; zij stelt echter tegelijkertijd dat deze markten niet al bij aanvang moeten worden afgesneden door ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht. De nationale regelgevende instanties hebben hierdoor een bijzondere zorgvuldigheidsverplichting wanneer zij op deze markten ingrijpen, in het bijzonder in het licht van de mogelijkheid een dergelijk ingrijpen uit te stellen tot een tijdstip waarop de mededingingsvoorwaarden zijn gestabiliseerd. De aanbeveling van de Commissie, en de verwijzing daarin naar marktmacht ten gevolge van het voordeel dat een „first-mover" bezit, moet eveneens in dat licht worden bezien.

58. Het is derhalve duidelijk dat de gemeenschapswetgever wat de uitsluiting van nieuwe markten van regulering betreft, de louter als waarschuwing bedoelde aanbevelingen niet tot bindende regel heeft willen verheffen.

17 — Zie over de interpretatieve waarde van overwegingen van de considerans mijn conclusie in de zaak Commissie/Griekenland (C-250/07, nog aanhangig bij het Hof, punt 15).

59. Duitsland mag bijgevolg nieuwe markten niet principieel vrijstellen van regulering zoals het doet in § 9a, lid 1, van het TKG.

B — *Beperking van de beslissingsvrijheid van de Duitse nationale regelgevende instantie door prioriteit te geven aan een specifieke reguleringsdoelstelling*

60. Duitsland stelt daarentegen dat het geen algemene vrijstelling van regulering heeft vastgesteld. § 9a van het TKG moet worden gelezen in het licht van het bepaalde in lid 2, waarin de voor de toepassing van regulering vereiste voorwaarden zijn geformuleerd; het bepaalde in het eerste lid geldt enkel wanneer die voorwaarden niet zijn vervuld. In dat verband stelt Duitsland dat het de interventie door de Duitse nationale regelgevende instantie op nieuwe markten enkel stuurt — of, in zijn eigen woorden — „pre-structureert".

61. Essentieel voor deze „pre-structurering" is de keuze in § 9a, lid 2, van het TKG voor de doelstelling van bevordering van investeringen en innovaties. [18] Deze doelstelling

18 — Een andere in § 9a, lid 2, van het TKG genoemde voorwaarde die de aandacht van de Commissie heeft getrokken, is de belemmering, bij gebreke van regulering, van de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte markt. Ook § 10, lid 2, van het TKG stelt evenwel deze voorwaarde voor regulering (aanhoudende structurele belemmeringen voor een daadwerkelijke concurrentie), in navolging van punt 9 van de considerans van de aanbeveling van de Commissie, en deze lijkt verenigbaar met een proportionele en juiste toepassing van regulering (zie de verwijzingen in voetnoot 14).

correspondeert met artikel 8, lid 2, sub c, van de kaderrichtlijn; ook de andere doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn zijn echter van toepassing, op grond van § 2 van het TKG. Volgens Duitsland kunnen de doelstellingen van het communautaire rechtskader op verschillende manieren worden afgewogen, en wat de Duitse wetgever heeft gedaan is de nationale regelgevende instantie „instrueren" over de wijze waarop deze afweging moet plaatsvinden, namelijk prioriteit te geven aan een specifieke doelstelling. [19]

62. Volgens Duitsland vallen dergelijke aanwijzingen binnen de beoordelingsruimte die het bij de omzetting van het communautaire rechtskader heeft. [20] De vraag is derhalve wie volgens het communautaire rechtskader de afweging tussen de verschillende doelstellingen moet maken: de nationale wetgever bij de omzetting van dat rechtskader, of de nationale regelgevende instanties bij hun concrete beoordelingen?

63. Ik wil benadrukken dat voor het antwoord niet relevant is welke specifieke doelstelling wordt nagestreefd. Het is mogelijk dat Duitsland gelijk heeft, en dat met betrekking tot nieuwe markten bijzondere aandacht moet worden geschonken aan prikkels voor infrastructuur en innovatie. Die afweging aan de nationale wetgever opdragen heeft andere gevolgen dan haar bij de nationale regelgevende instanties leggen. De nationale regelgevende instanties zijn ingesteld door en ontlenen bijzondere bevoegdheden aan het communautaire rechtskader om een reden: zij worden verondersteld zich afzijdig te houden van bepaalde belangen en uitsluitend op basis van de in dat kader vastgelegde criteria tot hun beslissingen te komen.

64. Ik meen daarom dat de afweging tussen de doelstellingen van het rechtskader aan de nationale regelgevende instanties toekomt. Artikel 8 van de kaderrichtlijn legt de taak van verwezenlijking van deze doelstellingen — en daarmee de afweging ertussen — uitdrukkelijk bij de nationale regelgevende instanties en niet bij de nationale wetgever.

65. Binnen deze institutionele structuur heeft de nationale wetgever alleen tot taak ervoor te zorgen dat de nationale regelgevende instanties alle noodzakelijke maatregelen nemen om die doelstellingen te verwezenlijken, zoals het Hof bij verschillende gelegenheden heeft bevestigd. [21] Zelfs de autonomie van de lidstaten bij de organisatie en de structurering van de nationale regelgevende instanties is ondergeschikt gemaakt aan die verwezenlijking. [22]

19 — Ter terechtzitting heeft Duitsland een meer genuanceerd argument aangevoerd. § 9a, lid 2, van het TKG zou noodzakelijk zijn om rechterlijke toetsing van de beslissingsvrijheid van de Duitse nationale regelgevende instantie mogelijk te maken. Een rechterlijke toetsing die zich beperkt tot één doelstelling staat echter gelijk aan een instructie om daaraan ten opzichte van andere prioriteit te geven.

20 — Dit heeft betrekking op bindende aanwijzingen. Opgemerkt moet worden dat de §§ 10, lid 2, en 11, lid 1, van het TKG al naar de aanbeveling en de richtsnoeren van de Commissie verwijzen en aldus de daarin voorkomende niet-bindende aanbevelingen van toepassing verklaren op nieuwe markten.

21 — Zie arrest van 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Jurispr. blz. I-349, punt 81), en arrest Commissie/Polen, aangehaald in voetnoot 14, punt 63. In zijn arrest van 10 januari 2008, Commissie/Finland (C-387/06, punt 23), moest de Commissie volgens het Hof, om te bewijzen dat de verwezenlijking van de reguleringsdoelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn was belemmerd, in detail het geheel van bevoegdheden van de nationale regelgevende instantie specificeren. In het arrest Commissie/Polen, punt 66, stelde het Hof vast dat aan de nationale regelgevende instantie „ruime interventiemogelijkheden" waren verleend ter verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn.

22 — Zie arrest van 6 maart 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, Jurispr. blz. I-1265, punt 24).

66. Dit veronderstelt eveneens dat de nationale regelgevende instanties, die tot specifieke beoordelingen moeten komen, beter in staat zijn om te beslissen welk gewicht aan die verschillende doelstellingen moet worden toegekend om ze te maximaliseren. Met andere woorden, een beslissing van een nationale wetgever om aan één bepaalde doelstelling prioriteit te geven, doet in feite afbreuk aan de wijze waarop volgens de gemeenschapswetgever de specifieke marktbeoordelingen moeten gebeuren: door de nationale regelgevende instanties, met inachtneming van de verschillende doelstellingen op basis van het concrete geval. De gemeenschapswetgever heeft dan ook bewust gekozen voor een systeem zonder hiërarchisch verband tussen de verschillende doelstellingen die in het communautaire rechtskader zijn geformuleerd, en voor de daaruit voortvloeiende beslissingsvrijheid van de nationale regelgevende instanties.

67. Duitsland kan derhalve de beslissingsvrijheid van de Duitse nationale regelgevende instantie met betrekking tot de interventie in nieuwe markten niet beknotten door daaraan voorwaarden te stellen als die in § 9a, lid 2, van het TKG, die prioriteit geven aan één bepaalde regelgevingsdoelstelling. [23]

68. Duitsland heeft daardoor de verplichtingen geschonden die op hem rusten krachtens de bepalingen betreffende of houdende verwijzing naar de doelstellingen van het communautaire rechtskader: de artikelen 7, lid 1, en 8 van de kaderrichtlijn, artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn, en artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn. [24]

C — *De schendingen van de transparantieregeling, het samenwerkingssysteem, de marktdefinitie en de marktanalyse*

69. De overige door de Commissie genoemde bepalingen hebben alle betrekking op in het communautaire rechtskader geregelde aspecten van de procedure voorafgaand aan de beslissing van de Duitse regelgevende instantie om al dan niet tot interventie over te gaan: de transparantieregeling, het systeem van samenwerking tussen de nationale regelgevende instanties en de Commissie, de marktdefinitie en de marktanalyse.

70. Nu ik wat de interventie van de Duitse nationale regelgevende instantie betreft reeds heb vastgesteld dat Duitsland met de wijzigingen van het TKG zijn beoordelingsvrijheid

23 — Ook het arrest Commissie/Polen, aangehaald in voetnoot 14, punten 42-44, bevestigt deze conclusie. In dat arrest achtte het Hof de toegangsrichtlijn, en met name de verplichting om de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn te verwezenlijken, niet correct omgezet door de beslissing van Polen om de toegang tot de netwerkinfrastructuur te bevorderen door voorbij te gaan aan de concrete mededingingsvoorwaarden.

24 — Met artikel 8, lid 1, van de kaderrichtlijn overeenstemmende bepalingen staan ook in de toegangsrichtlijn en de universeledienstrichtlijn — respectievelijk de artikelen 8, lid 1, en 17, lid 1. De Commissie heeft deze kwestie evenwel niet aan het Hof voorgelegd.

bij het omzetten van het communautaire rechtskader heeft overschreden, is het niet meer relevant of die wijzigingen ook een schending opleveren van de verplichtingen van Duitsland ten aanzien van voormelde procedurele kwesties.

## IV — Conclusie

71. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging te verklaren dat de Bondsrepubliek Duitsland, door vaststelling van de §§ 3, sub 12b, en 9a tot wijziging van het Telekommunikationsgesetz, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 7, lid 1, en 8 van de kaderrichtlijn, artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn, en artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn.