

Sag C-327/24 [Lolach]ⁱ

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

3. maj 2024

Forelæggende ret:

Verwaltungsgericht Köln (Tyskland)

Afgørelse af:

2. maj 2024

Sagsøger:

Telekom Deutschland GmbH

Sagsøgt:

Forbundsrepublikken Tyskland

Verwaltungsgericht Köln (forvaltningsdomstolen i Köln)

Kendelse

[Udelades]

I den forvaltningsretlige sag

Telekom Deutschland GmbH, [udelades] Bonn,

sagsøger,

[udelades]

mod

Forbundsrepublikken Tyskland [udelades],

sagsøgt,

ⁱ Den foreliggende sags navn er et vedtaget navn. Det svarer ikke til et navn på en part i sagen.

vedrørende telekommunikationsret

har 21. afdeling ved Verwaltungsgericht Köln (forvaltningsdomstolen i Köln)

den 2. maj 2024

[Udelades]

afsagt følgende kendelse:

Sagen udsættes.

Den Europæiske Unions Domstol forelægges i henhold til artikel 267 TEUF følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

Skal artikel 72 og 73 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1972 af 11. december 2018 fortolkes således, at de nationale tilsynsmyndigheder ved vurderingen af, om der skal pålægges en forpligtelse til at give adgang til anlægsarbejder, som ifølge markedsanalysen ikke er en del af det relevante marked,

alene skal vurdere, om en undladelse af at pålægge denne forpligtelse vil hindre, at der skabes et bæredygtigt konkurrencebaseret marked, eller være i strid med slutbrugernes interesser,

eller

om der ved vurderingen af, om der skal pålægges en forpligtelse til at give adgang til sådanne anlægsarbejder, ud over de nævnte betingelser *i lige så høj grad* inden for rammerne af et »formålskompleks« kan tages hensyn til de yderligere formål, der er fastsat i artikel 3 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1972 af 11. december 2018 og eventuelt yderligere målsætninger.

Præmisser

I.

Tvisten vedrører i det væsentlige lovligheden af at pålægge sagsøgeren adgangsforpligtelser.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1972 af 11. december 2018 (herefter »direktiv (EU) 2018/1972«) fastsætter reglerne for pålæggelse af adgangsforpligtelser i artikel 72 og 73 i den tyske sprogversion – der foreligger afvigende sprogversioner, i hvert fald med hensyn til artikel 73 – således:

Artikel 72

Adgang til anlægsarbejder

(1) En national tilsynsmyndighed kan i henhold til artikel 68 pålægge virksomheder forpligtelser til at imødekomme rimelige anmodninger om adgang til og anvendelse af anlægsarbejder, herunder, men ikke begrænset til, bygninger, adgangsveje til bygninger, kabler i bygninger, herunder ledningsnet, antenner, tårne og andre støttekonstruktioner, pæle, master, kabelkanaler, ledningskanaler, nedgangsbrønde, mandehuller og skabe, i situationer, hvor de nationale tilsynsmyndigheder på baggrund af markedsanalyser konkluderer, at nægtelse af adgang eller adgang på urimelige vilkår med tilsvarende virkning ville kunne hindre, at der skabes et bæredygtigt konkurrencebaseret marked, og være i strid med slutbrugernes interesser.

(2) De nationale tilsynsmyndigheder kan pålægge en virksomhed en forpligtelse til at give adgang i henhold til denne artikel, uanset om de aktiver, der påvirkes af forpligtelsen, er en del af det relevante marked ifølge markedsanalysen, forudsat at forpligtelsen er nødvendig og rimelig for at kunne opfylde målene i artikel 3.

Artikel 73

Forpligtelser vedrørende adgang til og anvendelse af specifikke netelementer og tilhørende faciliteter

(1) Nationale tilsynsmyndigheder kan i overensstemmelse med artikel 68 pålægge virksomheder forpligtelser til at efterkomme rimelige anmodninger om adgang til og anvendelse af specifikke netelementer og tilhørende faciliteter i tilfælde, hvor de nationale tilsynsmyndigheder er af den opfattelse, at nægtelse af adgang eller urimelige vilkår og betingelser med tilsvarende virkning vil kunne hindre, at der skabes et holdbart konkurrencebaseret marked i detailledet, og være i modstrid med slutbrugernes interesser.

Virksomheder kan af de nationale tilsynsmyndigheder bl.a. pålægges pligt til:

- a) at give tredjemand adgang til og mulighed for anvendelse af specifikke fysiske netelementer og tilhørende faciliteter om nødvendigt, herunder ubundet adgang til abonnentledninger og afsnit heraf
- b) at give tredjepart adgang til specifikke aktive eller virtuelle netelementer og tjenester
- c) at forhandle i god tro med virksomheder, der ansøger om adgang
- d) at opretholde adgang til faciliteter, som der tidligere er givet adgang til

- e) at yde specifikke tjenester på engrosniveau til tredjeparters gensalg
- f) at tilbyde fri adgang til tekniske grænseflader, protokoller eller andre nøgleteknologier, der er afgørende for tjenesternes eller virtuelle netjenesters interoperabilitet
- g) at tilbyde samhusning eller andre former for fælles brug af tilhørende faciliteter
- h) at udbyde specifikke tjenester, der er nødvendige for at sikre interoperabilitet mellem end-to-end-tjenester til brugere eller roaming på mobile net
- i) at tilbyde adgang til driftsstøttesystemer eller lignende softwaresystemer, der er nødvendige for at skabe fair konkurrenceforhold på tjenesteområdet
- j) at sammenkoble net eller netfaciliteter
- k) at tilbyde adgang til tilknyttede tjenester såsom tjenester vedrørende identitet, geografisk placering og tilstedeværelse.

De nationale tilsynsmyndigheder kan i tilknytning til de nævnte forpligtelser stille krav om redelighed, rimelighed og rettidighed.

(2) Når de nationale myndigheder overvejer, om det er hensigtsmæssigt at pålægge nogle af de mulige specifikke forpligtelser i denne artikels stk. 1, og især, når de i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet vurderer, om og hvordan sådanne forpligtelser skal pålægges, skal de undersøge, om andre former for adgang til engrosinput enten på det samme eller et beslægtet engrosmarked ville være tilstrækkelige til at afhjælpe det konstaterede problem i slutbrugernes interesse. Undersøgelsen skal omfatte kommercielle tilbud om adgang, reguleret adgang i henhold til artikel 61 eller eksisterende eller planlagt reguleret adgang til andre engrosinput i henhold til nærværende artikel. De nationale tilsynsmyndigheder skal navnlig tage hensyn til nedenstående faktorer:

- a) om det i lyset af den igangværende markedsudvikling er teknisk og økonomisk gennemførligt at bruge eller installere konkurrerende faciliteter under hensyntagen til karakteren og typen af de involverede samtrafik- eller adgangsordninger, herunder levedygtigheden af andre opstrømsadgangsprodukter såsom adgang til kabelkanaler
- b) den forventede teknologiske udvikling, som påvirker netudformningen og -forvaltningen

- c) behovet for at sikre teknologineutralitet, som sætter parterne i stand til at udforme og forvalte deres egne net
- d) om det er praktisk muligt at tilbyde den foreslåede adgang i betragtning af den forhåndenværende kapacitet
- e) hvor store startinvesteringer ejeren af faciliteten skal foretage, set i forhold til de offentlige investeringer og de risici, der er forbundet hermed, især hvad angår investeringer i net med meget høj kapacitet og risikoniveauer forbundet hermed
- f) behovet for at sikre konkurrence på længere sigt, med særlig opmærksomhed på økonomisk effektiv infrastrukturbaseret konkurrence og innovative forretningsmodeller, som støtter bæredygtig konkurrence, såsom dem, der er baseret på saminvesteringer i net
- g) i givet fald relevante intellektuelle ejendomsrettigheder
- h) udbuddet af paneuropæiske tjenester.

Hvis en national tilsynsmyndighed i overensstemmelse med artikel 68 overvejer at pålægge forpligtelser på grundlag af artikel 72 eller nærværende artikel, undersøger den, om alene pålæggelse af forpligtelser i overensstemmelse med artikel 72 ville være et rimeligt middel til at fremme konkurrencen og slutbrugerens interesser.

(3) Når det pålægges en virksomhed at give adgang i medfør af denne artikel, kan de nationale tilsynsmyndigheder fastsætte tekniske eller driftsmæssige betingelser, som skal opfyldes af udbyderen eller dem, der er berettiget i medfør af sådan adgang, når det er nødvendigt for at sikre normal drift af nettet. Forpligtelser til at overholde særlige tekniske standarder eller specifikationer skal være i overensstemmelse med de standarder og specifikationer, der er fastlagt i overensstemmelse med artikel 39.

Den tyske lovgiver har ved § 26 i Telekommunikationsgesetz (lov om telekommunikation) af 23. juni 2021 i affattelsen af 10. september 2021, senest ændret – på det tidspunkt, der er relevant her – ved Gesetz vom 20. Juli 2022 (lov af 20.7.2022) (BGBl. I, s. 1166), gennemført disse to bestemmelser således:

§ 26 Adgangsforpligtelser

(1) Bundesnetzagentur (forbundsagenturet, herefter »Bundesnetzagentur«) kan pålægge en virksomhed med en stærk markedsposition en forpligtelse til at give andre virksomheder adgang, hvis en undladelse heraf ville hindre udviklingen af et bæredygtigt konkurrencedygtigt marked og være til skade for slutbrugernes interesser.

(2) Ved vurderingen af, om og hvilke adgangsforpligtelser som omhandlet i stk. 1 der er begrundede, og om disse står i et rimeligt forhold til de i § 2 anførte formål, vurderer Bundesnetzagentur, om

1. forpligtelser i henhold til denne del, som allerede er eller kan forventes at blive pålagt, eller allerede indgåede eller udbudte kommercielle adgangsftaler på det pågældende eller et tilknyttet engrosmarked og
2. alene pålæggelse af forpligtelser i henhold til stk. 3, nr. 10,

er tilstrækkelige til at opfylde de i § 2 anførte formål. I denne forbindelse tager Bundesnetzagentur navnlig hensyn til:

1. om det i lyset af den igangværende markedsudvikling er teknisk og økonomisk gennemførligt at bruge eller installere konkurrerende faciliteter under hensyntagen til karakteren og typen af de involverede samtrafik- eller adgangsordninger, herunder levedygtigheden af andre opstrømsadgangsprodukter
2. om det er praktisk muligt at tilbyde den foreslåede adgang i betragtning af den forhåndenværende kapacitet
3. hvor store startinvesteringer ejeren af faciliteten skal foretage, set i forhold til de offentlige investeringer og de risici, der er forbundet hermed, især hvad angår investeringer i net med meget høj kapacitet og risikoniveauer forbundet hermed
4. behovet for at sikre konkurrence på længere sigt, med særlig opmærksomhed på økonomisk effektiv infrastrukturbaseret konkurrence og innovative forretningsmodeller
5. relevante intellektuelle ejendomsrettigheder
6. udbuddet af paneuropæiske tjenester
7. den forventede teknologiske udvikling, som påvirker netudformningen og -forvaltningen.

(3) Bundesnetzagentur kan under iagttagelse af stk. 1 bl.a. pålægge virksomheder med en stærk markedsposition følgende forpligtelser:

1. at give adgang til specifikke netelementer og tilhørende faciliteter, herunder fysisk ubundet adgang til abonnentledninger
2. at opretholde adgang til faciliteter, som der tidligere er givet adgang til

3. at give adgang til specifikke aktive eller virtuelle netelementer og -tjenester, herunder virtuelt ubundet bredbåndadgang
4. at udbyde specifikke tjenester, der er nødvendige for at sikre interoperabilitet mellem end-to-end-tjenester til brugere eller roaming på mobile net
5. at tilbyde adgang til driftsstøttesystemer eller lignende softwaresystemer, der er nødvendige for at skabe fair konkurrenceforhold på tjenesteområdet, idet eksisterende faciliteters effektivitet sikres
6. at tilbyde adgang til tilknyttede tjenester såsom tjenester vedrørende identitet, geografisk placering og tilstedeværelse
7. at muliggøre sammenkobling af offentlige telekommunikationsnet
8. at tilbyde fri adgang til tekniske grænseflader, protokoller eller andre nøgleteknologier, der er afgørende for tjenesternes eller virtuelle nettjenesters interoperabilitet
9. at tilbyde samhusning eller andre former for fælles brug af tilhørende faciliteter samt til enhver tid at give adgangssøgende eller disses ansatte adgang til disse faciliteter
10. at give adgang til anlægsarbejder, herunder, men ikke begrænset til, bygninger, adgangsveje til bygninger, kabler i bygninger, herunder ledningsnet, antenner, tårne og andre støttekonstruktioner, pæle, master, kabelkanaler, ledningskanaler, nedgangsbrønde, mandehuller og skabe, også når disse ikke er en del af det relevante produktmarked som omhandlet i § 10, forudsat at adgangspligten er nødvendig og rimelig henset til det problem, der er konstateret i den i § 11 omhandlede markedsanalyse.

(4) Hvis en virksomhed påviser, at anvendelsen af ydelsen vil være til fare for opretholdelsen af netintegriteten eller netdriftens sikkerhed, pålægger Bundesnetzagentur ikke den pågældende adgangspligtelse eller pålægger den i en anden form. Opretholdelsen af netintegriteten og netdriftens sikkerhed skal vurderes efter objektive kriterier.

(5) Hvis Bundesnetzagentur pålægger en virksomhed en adgangspligtelse, kan myndigheden fastsætte tekniske eller driftsmæssige betingelser, som skal opfyldes af udbyderen eller dem, der er berettiget i medfør af sådan adgang, når det er nødvendigt for at sikre normal drift af telekommunikationsnettet. Forpligtelser til at overholde særlige tekniske standarder eller specifikationer skal være i overensstemmelse med de

standarder og specifikationer, der er fastlagt i overensstemmelse med artikel 39 i direktiv (EU) 2018/1972.

(6) I forbindelse med opfyldelsen af adgangsforpligtelserne skal muligheder for at bruge adgangsydelser samt samarbejdsmuligheder mellem de virksomheder, som er berettiget til adgang, tillades, medmindre en virksomhed i det enkelte tilfælde påviser, at en brugsmulighed eller et samarbejde af tekniske grunde er umuligt eller kun er muligt i begrænset omfang.

II.

Sagsøgeren er en virksomhed, som tilbyder telekommunikationstjenesteydelser og i denne forbindelse ved markedsfastlæggelsen af 10. oktober 2019 blev betegnet som en virksomhed med en stærk markedsposition på enhedsproduktmarkedet for adgang til abonnentledninger på faste steder. Et marked for adgang til anlægsarbejder var imidlertid *ikke* genstand for markedsfastlæggelsen.

Efterfølgende blev sagsøgeren ved afgørelse af 21. juli 2022 truffet af sagsøgt Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (forbundsagenturet for el, gas, telekommunikation, post og jernbaner, herefter »Bundesnetzagentur«) bl.a. pålagt følgende:

»1.1. At give andre virksomheder adgang til de på tidspunktet for ansøgningen eksisterende kabelkanalfaciliteter samt master og støttekonstruktioner for ledninger over jorden med henblik på udrulning og drift af net med meget høj kapacitet på faste steder eller at give adgang til abonnentledningen ved gadeskabet eller ved MSAN'en (nr. 1.2 eller 1.3) inden for rammerne af den forhåndenværende kapacitet, idet sagsøgeren kan tilbageholde en passende driftsreserve og opfylde sit eget behov først. I det omfang adgangen ikke tjener til adgang til abonnentledningen, indtræder ydelsespligten og de hertil knyttede yderligere forpligtelser i henhold til nr. 2, 4 og 5 den 1. januar 2024.

1.2. At give andre virksomheder fysisk ubundet adgang til kobber-abbonentledningen ved hovedfordeleren eller et punkt, som er nærmere abonnentledningsenheden end hovedfordeleren (navnlig gadeskabet eller afgrænsningspunktet), i det omfang [sagsøgeren] ikke kan eller skal nægte adgang i henhold til bilag 1 til dette nummer – nægtelse af adgang til abonnentledningen uden for hovedfordelerens nærområde – og bilag 2 til dette nummer – nægtelse af adgang til abonnentledningen inden for hovedfordelerens nærområde [...].«

Som begrundelse anførte Bundesnetzagentur bl.a. følgende:

»Adgangsforpligtelser

Det panel, der træffer afgørelse, har [udelades] ved tilsynsafgørelse BK3g-09/085 af 21. marts 2011 (som affattet ved tilsynsafgørelse BK3g-15/004 af 1.9.2016) opretholdt eller ændret de adgangsforpligtelser, som sagsøgeren er pålagt på det omhandlede marked, således:

1. Vurderingsproceduren i henhold til § 26 i lov om telekommunikation

Påleggelsen af adgangsforpligtelser følger af § 26 i lov om telekommunikation.

I henhold til § 26, stk. 1, første punktum, i lov om telekommunikation kan Bundesnetzagentur pålægge virksomheder med en stærk markedsposition en forpligtelse til at give andre virksomheder adgang, herunder ubundet adgang, som svarer til efterspørgslen, navnlig hvis en undladelse heraf ville hindre udviklingen af et bæredygtigt konkurrencedygtigt marked eller være i strid slutbrugernes interesser. Ved vurderingen af, om og hvilke adgangsforpligtelser der er begrundede, og om disse står i et rimeligt forhold til de reguleringsformål, der er fastsat i § 2 i lov om telekommunikation, skal Bundesnetzagentur navnlig tage hensyn til de kriterier, der er opregnet i § 26, stk. 2, andet punktum, nr. 1-7, i lov om telekommunikation. Det følger af den nævnte bestemmelse og henvisningen heri til reguleringsformålene (og reguleringsprincipperne) i § 2 i lov om telekommunikation, at de pålagte foranstaltninger opfylder et omfattende formålskompleks og samtidig skal overholde visse rammebetingelser (jf. vedrørende § 21 i lov om telekommunikation af 2004 Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager), dom af 21.9.2018 – 6 C 50/16 – præmis 48, og Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager), dom af 21.9.2018 – 6 C 8/17 – BVerwGE 163, 181-232, præmis 51). Det relevante formålskompleks i denne sammenhæng består af fire grundformål, som til dels kan inddeles i forskellige yderligere nuancer.

Det første grundformål er at sikre konnektiviteten og at fremme adgangen til net med meget høj kapacitet og brug heraf for alle borgere og virksomheder (§ 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, nr. 1, i lov om telekommunikation). Det andet grundformål er at fremme konkurrencen. I denne forbindelse er konkurrencen på slutbrugermarkedet af særlig interesse (§ 26, stk. 1, i lov om telekommunikation). Bæredygtige konkurrencebaserede markeder for telekommunikation og de hermed forbundne infrastrukturinvesteringer og innovationer skal fremmes [§ 26, stk. 1, § 26, stk. 2, andet punktum, nr. 4, og § 26, stk. 2, nr. 2 og nr. 3, litra e), og stk. 3, nr. 4, i lov om telekommunikation]. Konkurrencen skal endvidere være fair (§ 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, stk. 2, nr. 2, og stk. 3, nr. 2, i lov om telekommunikation). I forbindelse med fremme af konkurrencen skal der tages passende hensyn til både forholdene i området (§ 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, stk. 2, nr. 2 in fine, i lov om telekommunikation) og til de mange forskellige betingelser i forbindelse med konkurrencen, som gør sig gældende i de forskellige

geografiske områder i Forbundsrepublikken Tyskland (§ 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, stk. 3, nr. 5, andet alternativ, i lov om telekommunikation). Det tredje grundformål indebærer, at brugerne, navnlig forbrugerinteresserne på telekommunikationsområdet, skal beskyttes (§ 26, stk. 1 in fine, og § 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, stk. 2, nr. 3, i lov om telekommunikation). Der skal tilstræbes størst mulig gavn for brugerne med hensyn til udvalg, priser og kvalitet [§ 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, stk. 2, nr. 3, litra b), i lov om telekommunikation]. Bruger- og forbrugerinteresserne skal navnlig tilgodeses ved at sikre konnektiviteten, et bredt udvalg samt fremskyndet udrulning af net med meget høj kapacitet og fremme brugen heraf (§ 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, stk. 2, nr. 1 og 3a, i lov om telekommunikation). Endvidere skal der sikres ligeværdige leveforhold i by- og landområder (§ 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, stk. 2, nr. 3b, i lov om telekommunikation). Der skal også i denne henseende tages passende hensyn til de mange forskellige betingelser for forbrugerne, som gør sig gældende i de forskellige geografiske områder i Forbundsrepublikken Tyskland (§ 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, stk. 3, nr. 5, tredje alternativ, i lov om telekommunikation). For det fjerde skal udviklingen af Den Europæiske Unions indre marked fremmes (§ 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, nr. 4, i lov om telekommunikation). Dette omfatter også udbuddet af paneuropæiske tjenester (§ 26, stk. 2, andet punktum, nr. 6, i lov om telekommunikation).

Ved opfyldelsen af det omhandlede formålskompleks skal forskellige rammebetingelser overholdes. § 2, stk. 3, i lov om telekommunikation fastsætter generelt, at Bundesnetzagentur ved forfølgelsen af de i stk. 2 fastsatte formål skal anvende objektive, gennemsigtige, ikke-diskriminerende og forholdsmæssige reguleringsprincipper. Disse principper præciseres yderligere i § 2, stk. 3, og § 26, stk. 2, andet punktum, i lov om telekommunikation. I forbindelse med vurderingen af nødvendigheden skal det navnlig vurderes, om det i lyset af den igangværende markedsudvikling er teknisk og økonomisk gennemførligt at bruge eller installere konkurrerende faciliteter (§ 26, stk. 2, andet punktum, nr. 1, i lov om telekommunikation), og om forpligtelser i henhold til anden del af lov om telekommunikation, som allerede er eller kan forventes at blive pålagt, eller allerede indgåede eller udbudte kommercielle adgangsftaler på det pågældende eller et tilknyttet engrosmarked (§ 26, stk. 2, første punktum, nr. 1, i lov om telekommunikation) og alene pålæggelse af adgangsforspligtelser vedrørende kabelkanalfaciliteter og master og støttestrukturer for ledninger over jorden (§ 26, stk. 2, første punktum, nr. 2, i lov om telekommunikation) er tilstrækkelige til at opfylde de reguleringsformål, der er anført i § 2 i lov om telekommunikation (§ 26, stk. 2, første punktum, i lov om telekommunikation).

Ved vurderingen af tilstrækkeligheden skal de berørte personers grundlæggende rettigheder til erhvervsfrihed (artikel 12, stk. 1, i

Grundgesetz (den tyske forfatning, herefter »forfatningen«) og beskyttelse af ejendomsretten (forfatningens artikel 14, stk. 1) tilgodeses. Dette gælder navnlig med hensyn til mulighederne for at give adgang i betragtning af den forhåndenværende kapacitet (§ 26, stk. 2, andet punktum, nr. 2, i lov om telekommunikation) og spørgsmålet om, hvor store startinvesteringer ejeren af faciliteten skal foretage, set i forhold til de offentlige investeringer og de risici, der er forbundet hermed (§ 26, stk. 2, andet punktum, nr. 3, i lov om telekommunikation), og generelt hvad angår den investerende virksomheds investeringsrisici og investeringsrisici i forbindelse med samarbejde mellem investorer og deres adgangssøgende (§ 26, stk. 1, første punktum in fine, § 26, stk. 2, andet punktum, nr. 4, og § 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, stk. 2, nr. 2, første punktum, og stk. 3, nr. 4, i lov om telekommunikation). Endvidere kan princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet være relevant. Således skal reguleringens forudsigelighed f.eks. fremmes ved, at Bundesnetzagentur over passende tidsperioder opretholder en ensartet reguleringsprocedure (§ 26, stk. 2, første punktum, sammenholdt med § 2, stk. 3, nr. 1, i lov om telekommunikation). Også virkningerne af yderligere retsgoder såsom intellektuelle ejendomsrettigheder og udbuddet af paneuropæiske tjenester (§ 26, stk. 2, andet punktum, nr. 5 og 6, i lov om telekommunikation) samt interessen i opretholdelsen af netintegriteten og netdriftens sikkerhed (§ 26, stk. 4 og 5, i lov om telekommunikation) kan have betydning i det enkelte tilfælde.«

På grundlag af disse kriterier vurderede Bundesnetzagentur herefter påleggelsen af de førnævnte adgangsforsiktelser, herunder også adgangsforsiktelserne til anlægsarbejderne.

Sagsøgeren har den 19. august 2022 anlagt sag ved den forelæggende ret til prøvelse af denne afgørelse truffet af Bundesnetzagentur den 21. juli 2022 og bl.a. nedlagt følgende påstande:

»1. Sagsøgte afgørelse af 21. juli 2022 (BK3i-19/020) annulleres delvist, for så vidt som sagsøgeren blev pålagt følgende forpligtelser:

a) en forpligtelse i henhold til punkt 1.1 i konklusionen i afgørelsen til at give andre virksomheder adgang til kabelkanalfaciliteter samt master og støttekonstruktioner for ledninger over jorden med henblik på udrulning og drift af net med meget høj kapacitet på faste steder,

subsidiært til litra a)

b) en forpligtelse i henhold til punkt 1.1 i konklusionen i afgørelsen til også at give andre virksomheder adgang til kabelkanalfaciliteter samt master og støttekonstruktioner for ledninger over jorden med henblik på udrulning og drift af net med meget høj kapacitet på faste

steder, som sagsøgeren har nyopført med henblik på udrulningen af sit FTTB/H-net,

endvidere subsidiært til litra a) og b)

c) en forpligtelse i henhold til punkt 1.1 i konklusionen i afgørelsen til at give andre virksomheder adgang til kabelkanalfaciliteter samt master og støttekonstruktioner for ledninger over jorden med henblik på udrulning og drift af net med meget høj kapacitet på faste steder, som er blevet færdiggjort for mindre end syv år siden,

d) en forpligtelse i henhold til punkt 4 i konklusionen i afgørelsen til at offentliggøre et standardtilbud om adgangsydelser til kabelkanalfaciliteter samt master og støttekonstruktioner for ledninger over jorden med henblik på udrulning og drift af net med meget høj kapacitet på faste steder,

e) en forpligtelse i henhold til nr. 5.1 i konklusionen i afgørelsen til at få godkendt vederlagene for at give adgang til kabelkanalfaciliteter samt master og støttekonstruktioner for ledninger over jorden med henblik på udrulning og drift af net med meget høj kapacitet på faste steder i henhold til § 39 i lov om telekommunikation,

f) en forpligtelse i henhold til nr. 4 i konklusionen i afgørelsen til at offentliggøre et standardtilbud om adgangsydelser for virtuelt ubundet adgang i form af et layer 2-adgangsprodukt ved switchen eller BGN'en for så vidt angår FTTB/H-infrastrukturer, som kan anvendes på massemarkeder,

2. subsidiært til de under 1. anførte påstande annulleres sagsøgtes afgørelse af 21. juli 2022 (BK3i-19/020) i det hele, såfremt retten anser afgørelsen for ikke at kunne opdeles i denne henseende.«

Med hensyn til det præjudicielle spørgsmål er det blevet gjort gældende, at Bundesnetzagentur havde støttet pålæggelsen af adgangsforspligtelserne i henhold til § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation på en fejlagtig forståelse af lovgivningen. Begrundelsen for reguleringsafgørelsen gengiver i forbindelse med redegørelsen for vurderingsproceduren den forældede ordlyd af § 21, stk. 1, i lov om telekommunikation af 2004, mens den nugældende § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation faktisk har en herfra afvigende ordlyd. Nærmere bestemt er ordet »navnlig« blevet slettet fra ordlyden, og betingelserne med hensyn til at »hindre udviklingen af et bæredygtigt konkurrencedygtigt marked« samt at »være til skade for slutbrugernes interesser« er nu forbundet med »og« i stedet for »eller«. Bundesnetzagentur så bort fra begge disse forhold og lagde en fejlagtig vurderingsprocedure til grund for sin afgørelse. Disse ændringer er ikke blot af redaktionel karakter, med udgør ifølge bemærkningerne til loven bevidste lovgivningsmæssige beslutninger. En fortolkning i overensstemmelse med direktivet er ikke mulig. Denne umulighed følger dels af den tyske lovgivers vilje

som udtrykkeligt anført i de lovforberedende arbejder. For det andet er der i sidste ende ikke nogen forskel mellem den ved direktivet fastsatte lovgivning og den nationale lovgivning. Følgelig burde det henset til § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation være blevet fastslået, at de heri nævnte betingelser skal være kumulativt opfyldt, før vurderingen i henhold til § 26, stk. 2, i lov om telekommunikation og udøvelsen af skønsbeføjelsen kan foretages. Idet Bundesnetzagenturs fremgangsmåde afveg herfra, blev de primære formål med reguleringen af adgang, som lovgiver udtrykkeligt har tillagt en central rolle, på ulovlig vis relativiseret, og den afvejning, der blev foretaget, var skæv. Endelig blev der i reguleringsafgørelsen ikke foretaget en kumulativ vurdering af betingelserne i § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation.

Sagsøgte har med hensyn til det præjudicielle spørgsmål som modargument gjort gældende, at Bundesnetzagentur ikke lagde en fejlagtig forståelse af lovgivningen til grund for reguleringsafgørelsen; navnlig lagde den ikke betingelserne i den tidligere § 21, stk. 1, første punktum, i lov om telekommunikation af 2004 til grund. § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation skal i overensstemmelse med direktivet fortolkes således, at der ved ordet »og« mellem betingelserne ikke skal forstås en kumulativ forbindelse, men derimod en opregning. Endvidere er det ikke redegørelsen for vurderingsproceduren – som fremgår af den indledende del af bestemmelsen – der er relevant for afvejningsafgørelsens lovlighed, men derimod den faktiske afvejningsafgørelse selv: Begge betingelser i § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation er blevet inddraget i afvejningsafgørelsen. Ordlyden af § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation gør det ikke muligt at konkludere, at Bundesnetzagentur er begrænset til at vurdere de to betingelser. Derimod kan myndigheden henset til § 26, stk. 2, i lov om telekommunikation inddrage andre forhold i afvejningen; Bundesverwaltungsgerichts (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) retspraksis vedrørende »vurderingen af formålskomplekset« angående § 21, stk. 1, første punktum, i lov om telekommunikation af 2004 kan overføres på § 26 i lov om telekommunikation.

[Udelades] [supplerende påstand om iværksættelse af foreløbige forholdsregler]

III.

Det forelagte EU-retlige spørgsmål er afgørende for udfaldet af tvisten. Princippet om fortolkning i overensstemmelse med direktivet finder anvendelse i den foreliggende sag (1). Tvistens udfald vil være forskelligt afhængigt af fortolkningen af artikel 72 og 73 i direktiv (EU) 2018/1972 (2).

1. Princippet om fortolkning i overensstemmelse med direktivet finder anvendelse i den foreliggende sag. En fortolkning i overensstemmelse med direktivet er ganske vist ikke mulig, hvis der foreligger *entydige* nationale bestemmelser. Dette er imidlertid ikke tilfældet her. I national lovgivning er der både holdepunkter for at lægge til grund, at § 26 i lov om telekommunikation skal fortolkes således, at sagsøgte »på forhånd« skal foretage en vurdering alene på grundlag af kriterierne i § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation (a), og for at

lægge til grund, at sagsøgte – fortsat – skal træffe afgørelse om pålæggelse af adgangsforspligtelser inden for rammerne af et »formålskompleks« (b).

a) I første omgang synes § 26 i lov om telekommunikation at tale *for det synspunkt*, at denne bestemmelse skal fortolkes således, at sagsøgte »på forhånd« burde have foretaget en vurdering alene på grundlag af kriterierne i § 21, stk. 1, i lov om telekommunikation (»hvis en undladelse heraf ville hindre udviklingen af et bæredygtigt konkurrencedygtigt marked og være til skade for slutbrugernes interesser«). I § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation blev ordet »navnlig« nemlig slettet – i forhold til § 21, stk. 1, første punktum, i lov om telekommunikation af 22. juni 2004, som blev ophævet ved artikel 61 i Gesetz vom 23.06.2021 (lov af 23.6.2021) (BgbI. I, s. 1858). Endvidere kan det som argument for denne fortolkning af § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation anføres, at lovgiver bevidst slettede ordet »navnlig« fra ordlyden for at tydeliggøre, at »reguleringen af adgangen på engrosniveauet havde til formål at fjerne konkurrenceproblemet på detailmarkedet« (jf. BT-Drs. 19/26108, s. 263). Heraf kan det muligvis udledes, at lovgiver havde til hensigt – til forskel fra den tidligere fremgangsmåde – at begrænse muligheden for at pålægge adgangsforspligtelser med hensyn til spørgsmålet, om sådanne forpligtelser kan pålægges, til specifikke reguleringsgrunde. Herfor taler også, at lovgiver i systematisk henseende i § 26 i lov om telekommunikation opdelte den hidtidige § 21, stk. 1, i lov om telekommunikation af 2004 i to stykker. Også følgende forhold taler for den hermed antydede selvstændighed af § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation: Fra et systematisk synspunkt ville der ikke have været behov for § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation, hvis der i henhold til § 26, stk. 2, i sidste ende skulle eller kunne foretages en bredt anlagt samlet vurdering. Det selvstændige anvendelsesområde for § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation fremgår kun ved en trininddelt vurdering.

b) Imidlertid er der *også* tungtvejende argumenter *for det synspunkt*, at sagsøgte skulle træffe afgørelse om pålæggelse af adgangsforspligtelser inden for rammerne af et »formålskompleks«. Ganske vist var sletningen af ordet »navnlig« ifølge de lovforberedende arbejder begrundet i et ønske om at tydeliggøre, at »reguleringen af adgangen på engrosniveauet havde til formål at fjerne konkurrenceproblemet på detailmarkedet«. *Samtidig* blev sletningen af ordet »navnlig« dog også begrundet med, at der herved blev taget hensyn til den tilsvarende sletning i artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972. Denne henvisning er uforståelig. Artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 indeholder nemlig ganske vist ikke ordet »navnlig«, men indleder også i den gældende version opregningen af reguleringsgrundene med ordene »unter anderem wenn« [o.a.: »bl.a. når«; den danske version indeholder ikke et tilsvarende udtryk]. Denne indledning fremgår også af andre sprogversioner: nederlandsk (»onder andere wanneer«), fransk (»notamment lorsqu'elles«) og italiensk (»in particolare qualora«). I den engelske sprogversion fremgår der ikke nogen indledning af opregningen (»in situations when«). Der kan kun gisnes om, hvorvidt den engelske sprogversion blev taget i betragtning som en »korrekt version« i de tyske bemærkninger til lov om telekommunikation. Dermed kan det

på baggrund af oprindelseshistorien til § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation blot konstateres, at oprindelseshistorien rejser flere spørgsmål, end den besvarer. Først og fremmest kan det dog som argument for det andet synspunkt anføres, at Bundesverwaltungsgerichts (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) retspraksis vedrørende muligheden for at danne et »formålskompleks« i forbindelse med vurderingen i henhold til § 21, stk. 1, i lov om telekommunikation af 2004 ikke blev støttet på § 21, stk. 1, første punktum, i lov om telekommunikation af 2004 og ordet »navnlig«, der som indledning fortsat fremgik heraf, men derimod blev udledt direkte af § 21, stk. 1, andet punktum, i lov om telekommunikation af 2004, som med ordene »ved vurderingen« etablerede en tilknytning til første punktum (Bundesverwaltungsgericht, dom af 21.9.2018 – 6 C 8.17 – præmis 43, og 6 C 50.16, præmis 41 og 47). På dette grundlag kan § 26, stk. 2, i lov om telekommunikation, som indledes med de samme ord som § 21, stk. 1, andet punktum, i lov om telekommunikation af 2004, muligvis fortsat fortolkes som værende den bestemmelse, der fastsætter den (ensartede og samlede) vurderingsprocedure. Som modargument kan det imidlertid anføres, at § 26, stk. 2, første punktum, i lov om telekommunikation nu ud over den tidligere § 21, stk. 1, første punktum, i lov om telekommunikation af 2004 (ifølge ordlyden) som det første fastsætter den såkaldte »tilstrækkelighedstest« i § 26, stk. 2, første punktum, og at den indledte vurdering henset til de formål, der er fastsat i § 2 i lov om telekommunikation, tilsyneladende kun vedrører denne test. Herefter anfører § 26, stk. 2, andet punktum, i lov om telekommunikation dog yderligere afvejningskriterier, hvis tilknytning til »tilstrækkelighedstesten« er forholdsvis uklar, og hvis selvstændige betydning desuden er uforståelig (uden at inddrage første punktum, anden del sætning).

2. På baggrund af muligheden for en fortolkning i overensstemmelse med direktivet afhænger tvistens udfald af besvarelsen af de rejste spørgsmål. Hvis artikel 72 eller 73 i direktiv (EU) 2018/1972 er til hinder for en national lovgivning eller en fortolkning heraf, hvorefter der ved vurderingen ex officio af, om tilsynsmyndigheden skal pålægge en adgangsforpligtelse til anlægsarbejder, ud over de betingelser, der er fastsat i artikel 72, stk. 1 (hindring for skabelsen af et bæredygtigt konkurrencebaseret marked og modstrid med slutbrugernes interesser), også skal tages hensyn til de formål, der er fastsat i artikel 3 i direktiv (EU) 2018/1972 og eventuelt yderligere formål ved en samlet vurdering, kan der ikke gives medhold i sagsøgerens påstande (a). Hvis artikel 72 og 73 i direktiv (EU) 2018/1972 derimod ikke er til hinder for en national lovgivning eller en fortolkning heraf, hvorefter der ved vurderingen ex officio af, om tilsynsmyndigheden skal pålægge en adgangsforpligtelse til anlægsarbejder, ud over de betingelser, der er fastsat i artikel 72, stk. 1 (hindring for skabelsen af et bæredygtigt konkurrencebaseret marked og modstrid med slutbrugernes interesser), også skal tages hensyn til de formål, der er fastsat i artikel 3 i direktiv (EU) 2018/1972 og eventuelt yderligere formål ved en samlet vurdering, kan der ikke gives medhold i sagsøgerens påstande (b).

a) Såfremt artikel 72, stk. 1, eller artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972, begge sammenholdt med artikel 68, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972, er til hinder for en national lovgivning eller en fortolkning heraf, hvorefter der ved vurderingen ex officio af, om tilsynsmyndigheden skal pålægge en adgangsforsigtelse til anlægsarbejder, ud over de betingelser, der er fastsat i artikel 72, stk. 1 (hindring for skabelsen af et bæredygtigt konkurrencebaseret marked og modstrid med slutbrugernes interesser), også skal tages hensyn til de formål, der er fastsat i artikel 3 i direktiv (EU) 2018/1972 og eventuelt yderligere formål ved en samlet vurdering, kan der ikke gives medhold i sagsøgerens påstande. I så fald skal § 26, stk. 1 og 2, i lov om telekommunikation nemlig fortolkes således, at sagsøgte »på forhånd« burde have foretaget en vurdering alene på grundlag af kriterierne i § 21, stk. 1, i lov om telekommunikation (»hvis en undladelse heraf ville hindre udviklingen af et bæredygtigt konkurrencebaseret marked og være til skade for slutbrugernes interesser«). Dette vil medføre, at den anfægtede afgørelse formentlig er retsstridig; dette gælder, uanset om vurderingen af, om der skal pålægges adgangsforsigtelser, i første omgang kun skal foretages »globalt«, forstået som vedrørende »en eller anden« adgangsforsigtelse som omhandlet i § 3, nr. 74, i lov om telekommunikation, eller »konkret« med hensyn til et af de alternativer til at give adgang, som er anført i § 26, stk. 3, i lov om telekommunikation. Dette tydeliggøres allerede af, at sagsøgte i materiel henseende ikke har citeret bestemmelsen i § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation i den nuværende version, men derimod § 21 i lov om telekommunikation i den tidligere version, selv om der foreligger relevante ændringer; dette tyder allerede på, at der foreligger en fejl. Ligeledes i materiel henseende har sagsøgte på intet tidspunkt selvstændigt vurderet, om en undladelse af at give adgang generelt ville hindre udviklingen af et bæredygtigt konkurrencebaseret marked og være i strid med slutbrugernes interesser. Sagsøgtes »fragmenterede« vurderinger af disse kriterier kan ikke afhjælpe denne mangel: For så vidt som der på side 106 f. i den anfægtede afgørelse (offentlig version) i forbindelse med et »formålskompleks« også nævnes fremme af konkurrencen og sikring af forbrugernes interesser, er dette åbenbart ikke tilstrækkeligt til at opfylde de således fortolkede krav i § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation. For det første vurderes det ikke, om en undladelse af at give adgang ville hindre udviklingen af et bæredygtigt konkurrencebaseret detailmarked og være i strid med slutbrugernes interesser; »fremme« eller »sikring« af bestemte interesser og »hindring« af eller »modstrid« med disse interesser er forskellige kriterier. For det andet blev der ud over de to nævnte interesser taget hensyn til yderligere interesser. Noget tilsvarende gælder betragtningerne på side 117, 119, 129 og 134 f. i den anfægtede afgørelse (offentlig version). Denne konklusion ændres ikke, hvis ordet »og« erstattes med ordet »eller« (som i § 21, stk. 1, i den tidligere version af lov om telekommunikation) i § 26, stk. 1, i lov om telekommunikation på grundlag af en fortolkning i overensstemmelse med direktivet. Sagsøgte har nemlig ikke i tilstrækkelig grad vurderet, om en undladelse af at give adgang ville hindre udviklingen af et bæredygtigt konkurrencebaseret detailmarked eller ville være i strid med slutbrugernes interesser (jf. ovenfor).

b) Hvis artikel 72, stk. 1, eller artikel 73 i direktiv (EU) 2018/1972 derimod ikke er til hinder for en national lovgivning eller en fortolkning heraf, hvorefter der ved vurderingen *ex officio* af, »om« tilsynsmyndigheden skal pålægge en adgangsforpligtelse til anlægsarbejder, ud over de betingelser, der er fastsat i artikel 72, stk. 1 (hindring for skabelsen af et bæredygtigt konkurrencebaseret marked og modstrid med slutbrugernes interesser), også skal tages hensyn til de formål, der er fastsat i artikel 3 i direktiv (EU) 2018/1972 og eventuelt yderligere formål ved en samlet vurdering, kan der ikke gives medhold i sagsøgerens påstande. I så fald skal § 26, stk. 1 og 2, i lov om telekommunikation nemlig ikke fortolkes således, at sagsøgte »på forhånd« burde have foretaget en vurdering alene på grundlag af kriterierne i § 21, stk. 1, i lov om telekommunikation (»hvis en undladelse heraf ville hindre udviklingen af et bæredygtigt konkurrencebaseret marked og være til skade for slutbrugernes interesser«). Dette vil medføre, at den anfægtede afgørelse formentlig er lovlig, eftersom sagsøgte i så fald – således som det er sket – havde ret til at foretage en »vurdering af et formålskompleks«.

Det ville ikke ændre noget ved det forhold, at tvistens udfald afhænger af besvarelsen af det nævnte spørgsmål, såfremt den anfægtede afgørelse skulle annulleres af andre grunde. For så vidt som sagsøgeren har gjort andre argumenter gældende over for Bundesnetzagenturs afgørelse end dem, der er gengivet her, kan disse argumenter formentlig ikke tages til følge (jf. afgørelsen i hasteproceduren).

IV.

Det rejste spørgsmål kan ikke besvares af den forelæggende ret som »*acte clair*«. Det rejste spørgsmål besvares efter den forelæggende rets opfattelse ikke umiddelbart af artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 (1) og heller ikke af artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972 (2). Det er imidlertid uklart, hvorledes bestemmelsen i artikel 73, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 skal anvendes (3).

1. Det rejste spørgsmål besvares efter den forelæggende rets opfattelse ikke umiddelbart af artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972. Dette følger allerede af, at det ifølge den forelæggende ret kun er bestemmelsen i artikel 72 i direktiv (EU) 2018/1972 (*lex specialis*), der er relevant for pålæggelse af adgang til anlægsarbejder. Hvis en anden opfattelse lægges til grund, rejser artikel 73 i direktiv (EU) 2018/1972 imidlertid tre problemstillinger med hensyn til det rejste spørgsmål: For det første er der forskelle mellem sprogversionerne af bestemmelsen (a), og for det andet er indholdet af artikel 73, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 uklart (b). Endelig er forholdet til artikel 68, stk. 4, litra c), i direktiv (EU) 2018/1972 problematisk (c).

a) For det første er der forskelle mellem sprogversionerne af artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972: Den tyske sprogversion indeholder nemlig ganske vist ikke ordet »navnlig«, men opregningen af reguleringsgrundene indledes også i den gældende version med ordene »unter anderem wenn« [o.a.:

»bl.a. når«; den danske version indeholder ikke et tilsvarende udtryk]. Denne indledning fremgår også af andre sprogversioner: nederlandsk (»onder andere wanneer«), fransk (»notamment lorsqu'elles«) og italiensk (»in particolare qualora«). I den engelske sprogversion fremgår der ikke nogen indledning af opregningen (»in situations when«). Det forholder sig derimod anderledes med artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972. I samtlige de sprogversioner, som forstås af afdelingens medlemmer, har bestemmelsen samme indhold.

b) For det andet rejser bestemmelsen i artikel 73, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 det spørgsmål, om det følger af denne bestemmelse, at der ud over de forhold, der er nævnt i artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972, skal tages hensyn til yderligere afvejningskriterier. I denne forbindelse rejser denne bestemmelse først og fremmest det spørgsmål, om den indeholder mere end den såkaldte »tilstrækkelighedstest«. Den umiddelbare ordlyd af artikel 73, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 taler for en begrænsning af »tilstrækkelighedstesten«, mens de kriterier, der er opført i artikel 73, stk. 2, tredje punktum, litra d), e), f) og h), i direktiv (EU) 2018/1972, hvoraf tilknytningen til en »tilstrækkelighedstest« ikke fremgår klart, taler imod en sådan begrænsning. Også 188. betragtning og de følgende betragtninger til direktivet synes at tale for, at bestemmelsens indhold ikke er begrænset til »tilstrækkelighedstesten« (jf. i denne retning vel også Broemel i Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, femte oplag, 2023, Einleitung B, punkt 30). Hvis det lægges til grund, at de kriterier, der er opregnet i artikel 73, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972, ikke blot skal tages i betragtning i forbindelse med tilstrækkelighedstesten, rejser bestemmelsen desuden det spørgsmål, om der ud over de kriterier, der er opregnet i artikel 73, stk. 2, tredje punktum, litra a)-h), i direktiv (EU) 2018/1972, også skal tages hensyn til de formål, der er fastsat i artikel 3 i direktiv (EU) 2018/1972.

c) Endelig er forholdet til artikel 68, stk. 4, litra c), i direktiv (EU) 2018/1972 problematisk. Det følger af denne bestemmelse, at forpligtelser, der pålægges i henhold til artikel 68, skal være berettigede i lyset af de målsætninger, der er fastlagt i artikel 3 i direktiv (EU) 2018/1972; denne bestemmelse skal også overholdes ved pålæggelse af forpligtelser i henhold til artikel 73 i direktiv (EU) 2018/1972 (artikel 68, stk. 2 og stk. 3, første afsnit, og artikel 73, stk. 1, første afsnit). Artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 indeholder ligesom artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972 og i modsætning til artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 ingen henvisning til de formål, der er fastsat i artikel 3 i direktiv (EU) 2018/1972. Skal der uanset denne opbygning tages hensyn til de formål, der er fastsat i artikel 3 i direktiv (EU) 2018/1972, allerede ved vurderingen af, om der skal pålægges en adgangsforpligtelse? Eller skal opbygningen af artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 og artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972, sammenholdt med artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972, forstås således, at der i forbindelse med de to førstnævnte bestemmelser ved vurderingen af, om der skal pålægges en adgangsforpligtelse, ikke skal tages hensyn til de formål, der er fastsat i artikel 3 i direktiv (EU) 2018/1972. Først når spørgsmålet om, hvorvidt der skal pålægges en adgangsforpligtelse, besvares bekræftende på dette første trin, skal artikel 68,

stk. 4, litra c), i direktiv (EU) 2018/1972 på det næste trin inddrages ved vurderingen af de konkrete foranstaltninger.

2. Det rejste spørgsmål besvares efter den forelæggende rets opfattelse ikke umiddelbart af artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972. Den nævnte bestemmelse forudsætter nemlig formentlig, at anlægsarbejderne ifølge markedsanalysen er en del af det relevante marked. Herfor taler henvisningen i bestemmelsen til artikel 68 i direktiv (EU) 2018/1972 (jf. også Neumann, N&R 2019, 152 <158>) og bestemmelsen i artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 (argumentum e contrario). Dette er ikke tilfældet her. Dermed er det i første omgang ikke relevant, at bestemmelsen i artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972 henset til sin ordlyd – i alle de sprogversioner, som forstås af afdelingens medlemmer – fastsætter en lukket eller udtømmende opregning af reguleringsgrunde, som taler imod, at en »vurdering af et formålskompleks« er lovlig. Det kan også lades ude af betragtning, at forholdet mellem artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972 og artikel 68, stk. 4, litra c), i direktiv (EU) 2018/1972 – ligesom det er tilfældet for artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 – også er uklart [jf. IV, 1, c)].

3. »Sedes materiae« for løsningen af problemstillingen bør efter den forelæggende rets opfattelse være artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972. I henhold til bestemmelsens ordlyd – henvisning til de formål, der er fastsat i artikel 3 i direktiv (EU) 2018/1972 – synes det forelagte spørgsmål klart at skulle besvares således, at de nationale tilsynsmyndigheder ved vurderingen af, om der skal pålægges en adgangsfpligtelse til anlægsarbejder, som ifølge markedsanalysen ikke er en del af det relevante marked, i hvert fald også kan vurdere, om forpligtelsen er nødvendig og rimelig henset til opnåelsen af de formål, der er fastsat i artikel 3; for så vidt foreligger der også en parallel med artikel 68, stk. 4, litra c). Bestemmelsen er desuden kun tilsyneladende entydig, eftersom både forholdet til artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972 (a) og forholdet til artikel 73 i direktiv (EU) 2018/1972 er uklart:

a) For det første er det uklart, hvordan forholdet mellem artikel 72, stk. 1 og 2, i direktiv (EU) 2018/1972 skal forstås: På den ene side kan artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972 i henhold til bestemmelsens ordlyd kun forstås således, at den vedrører en virksomhed med en stærk markedsposition på et eventuelt marked for anlægsarbejder (jf. ovenfor). Dette vil medføre, at artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 kan forstås som et separat reguleringsinstrument med selvstændige betingelser for tilfælde, hvor det – som her – netop ikke lægges til grund, at der foreligger et sådant marked. Dette vil imidlertid medføre, at denne virksomhed med en stærk markedsposition på et marked for anlægsarbejder kun kan pålægges adgangsfpligtelser til anlægsarbejder under strengere betingelser end dem, der ville gælde i de situationer, der er omhandlet i artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972; formålet med en sådan sontring fremgår i hvert fald ikke åbenbart. På den anden side kan artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972 eventuelt også opfattes som en grundregel, som ved artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 blot konkretiseres med henblik på et specielt tilfælde. For en

sådan fortolkning taler det forhold, at artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 ifølge sin ordlyd omhandler en »adgang i henhold til denne artikel« og altså tilsyneladende lægger til grund, at der kan gives adgang under samlede grundbetingelser, og at en sådan fortolkning indebærer, at artikel 72, stk. 1 og 2, i direktiv (EU) 2018/1972 har et samlet indhold.

b) For det andet er det uklart, hvordan forholdet mellem artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 og artikel 73 i direktiv (EU) 2018/1972 skal forstås. Det er vanskeligt at afklare, om betingelserne i artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 også finder anvendelse på foranstaltninger i henhold til artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972, når der træffes afgørelse inden for rammerne af et »kompleks af foranstaltninger« (aa). Der opstår yderligere problemer, hvis der tages udgangspunkt i en »samlet« forståelse af artikel 72, stk. 1 og 2, i direktiv (EU) 2018/1972 – som netop beskrevet under IV, 3, a) (bb).

aa) Det er uklart, om betingelserne i artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 også finder anvendelse på foranstaltninger i henhold til artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972, når der – som her – træffes afgørelse inden for rammerne af et »kompleks af foranstaltninger«. Fraværet af vurderingskriterierne om at »hindre, at der skabes et bæredygtigt konkurrencebaseret marked, og være i strid med slutbrugernes interesser« i artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 kan ganske vist – også i forhold til artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972 – principielt forklares med, at EU-lovgiver lagde til grund, at foranstaltningerne i henhold til artikel 73 og i henhold til artikel 72 i direktiv (EU) 2018/1972 kan pålægges ved et »kompleks af foranstaltninger«, hvorfor begrænsningerne i henhold til artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 også gælder for pålæggelse af forpligtelser i henhold til artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972; følgen heraf vil være en »parallelitet« mellem betingelserne i artikel 73, stk. 1, første afsnit, og betingelserne i artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972. Artikel 73, stk. 2, andet afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 taler muligvis også herfor, og dette synes også at have været den tyske lovgivers opfattelse. Følgen heraf vil være, at vanskelighederne med at fortolke artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 (IV 1) også »gør sig gældende« for artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972.

Denne opfattelse, hvorefter der skal handles ved et »kompleks af foranstaltninger« – således at betingelserne i artikel 73, stk. 1, første afsnit, for at handle i henhold til artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 overtages – fremgår imidlertid ikke af bestemmelsernes ordlyd. Det taler derimod imod en »parallelitet« mellem betingelserne for at handle i henhold til artikel 72, stk. 2, og betingelserne for at handle i henhold til artikel 73 i direktiv (EU) 2018/1972, at artikel 73, stk. 2, andet afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 og navnlig det heri anvendte udtryk »alene pålæggelse« tyder på, at EU-lovgiver principielt anser en adgangsforpligtelse til anlægsarbejder for at være en mindre indgribende foranstaltning; i samme retning peger også 187. betragtning til direktiv (EU) 2018/1972 (jf. Neumann, N&R 2016, 262 <267>, og N&R 2018, 204 <206 f.>, og Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Hvis det forholder sig således, taler dette for, at handlen i henhold til

artikel 72, stk. 2, i direktiv (EU) 2018/1972 er underlagt mindre strenge – og ikke-parallelle – betingelser.

bb) Der opstår yderligere problemer, hvis der tages udgangspunkt i en »samlet« forståelse af artikel 72, stk. 1 og 2, i direktiv (EU) 2018/1972 – som netop beskrevet under IV, 3, a). Det fremgår nemlig af en betragtning af forholdet mellem artikel 72, stk. 1, og artikel 73 i direktiv (EU) 2018/1972, at artikel 72, stk. 1 – muligvis, afhængigt af sprogversionerne af artikel 73 i direktiv (EU) 2018/1972 – fastsætter en snævrere vurderingsprocedure end artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972. På den anden side tyder eksistensen af artikel 73, stk. 2, andet afsnit, imidlertid på, at EU-lovgiver principielt anser adgangsforpligtelsen til anlægsarbejder for at være en mindre indgribende foranstaltning (jf. ovenfor). Dette står igen i et vist spændingsforhold til artikel 72, stk. 1, i direktiv (EU) 2018/1972, som – i den tyske version, jf. ovenfor – formulerer de heri fastsatte reguleringsgrunde mere snævert i forhold til artikel 73, stk. 1, første afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 og navnlig muligvis ikke giver mulighed for, at yderligere forhold kan indgå i afvejningen. Det er betegnende, at der i forbindelse med artikel 72, stk. 2, andet afsnit, i direktiv (EU) 2018/1972 ikke spørges til, om alene pålæggelse af forpligtelser i henhold til artikel 72 i direktiv (EU) 2018/1972 er et forholdsmæssigt middel til at undgå at »hindre udviklingen af et bæredygtigt konkurrencebaseret marked«, men derimod om forpligtelsen i henhold til artikel 72 i direktiv (EU) 2018/1972 er et forholdsmæssigt middel til at »fremme konkurrencen og slutbrugernes interesser«. Spørgsmålet om, hvorvidt noget hindres eller blot fremmes, er to forskellige kriterier.

[Udelades]