

**Zaak C-243/21**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

14 april 2021

**Verwijzende rechter:**

Sąd Okręgowy w Warszawie (Polen)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

6 april 2021

**Verzoekende partijen:**

„TOYA” sp. z o.o.

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji

**Verwerende partij:**

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Het hoofdgeding heeft betrekking op het beroep van TOYA Sp. z o.o. tegen het besluit van de Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (directeur van de autoriteit voor elektronische communicatie, Polen; hierna: „directeur van de UKE”), waarbij deze laatste ex ante de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur van TOYA sp. z o.o. heeft vastgesteld en deze vennootschap heeft gelast ervoor te zorgen dat zij bereid is kaderovereenkomsten en specifieke overeenkomsten te sluiten en verzoeken om toegang tot haar fysieke infrastructuur in te willigen overeenkomstig de in dat besluit vastgestelde toegangsvoorwaarden.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

De verwijzende rechter wenst krachtens artikel 267 VWEU te vernemen of het bepaalde in het Unierecht inzake de regulering van de telecommunicatiemarkt eraan in de weg staat dat artikel 18, lid 3 van de wet ter bevordering van de

ontwikkeling van telecommunicatiediensten en –netwerken aldus wordt uitgelegd dat de directeur van de UKE een telecommunicatieonderneming met fysieke infrastructuur, die tegelijkertijd leverancier is van elektronische-communicatiediensten en/of -netwerken, maar niet over een aanmerkelijke marktmacht beschikt op de markt van kabelkanalen, een regelgevende verplichting mag opleggen in de vorm van de toepassing van door de directeur van de UKE ex ante vastgestelde voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur van die exploitant, met inbegrip van de regels en procedures voor het sluiten van overeenkomsten en de voor toegang toegepaste tarieven, ongeacht of er een geschil bestaat over de toegang tot de fysieke infrastructuur van deze exploitant, en er sprake is van werkelijke concurrentie op de markt.

Om de zaak af te doen, moet de verwijzende rechter de situatie feitelijk en rechtens toepassen op de datum dat het besluit werd genomen, dat wil zeggen op 11 september 2018, toen richtlijnen 2002/19/EG en 2002/21/EG van kracht waren, en die op 21 december 2020 zijn verstreken op grond van artikel 125 [van richtlijn (EU) 2018/1972] tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (hierna „EWEC-richtlijn”), die die richtlijnen heeft vervangen. Bovendien is de EWEC-richtlijn nog niet in het Poolse rechtssysteem geïmplementeerd. Mocht het Hof echter van oordeel zijn dat de gestelde vragen betrekking moeten hebben op het bepaalde in de EWEC-richtlijn, dan verzoekt de verwijzende rechter om beantwoording van de in optie II gestelde vraag.

### **Prejudiciële vraag/vragen**

1. Moeten artikel 8, lid 3, van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 5, en artikel 1, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake maatregelen ter verlaging van de kosten van de aanleg van elektronische-communicatienetwerken met hoge snelheid aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een nationale regelgevende instantie een exploitant die beschikt over fysieke infrastructuur en tegelijkertijd leverancier is van publiek toegankelijke elektronische-communicatiediensten en/of -netwerken, maar niet is aangemerkt als een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht, kan verplichten de door die instantie ex ante opgelegde voorwaarden inzake toegang tot de fysieke infrastructuur van die exploitant na te leven, met inbegrip van de regels en procedures voor het sluiten van overeenkomsten en de voor toegang toegepaste tarieven, ongeacht of er een geschil bestaat over de toegang tot de fysieke infrastructuur van deze exploitant en ongeacht of er sprake is van werkelijke mededinging op de markt?

Eventueel (optie II)

2. Moeten artikel 67, leden 1 en 3, gelezen in samenhang met artikel 68, leden 2 en 3, van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 5, en artikel 1, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake maatregelen ter verlaging van de kosten van de aanleg van elektronische communicatienetwerken met hoge snelheid aldus worden uitgelegd dat zij er zich tegen verzetten dat een nationale regelgevende instantie aan een exploitant die beschikt over fysieke infrastructuur en tegelijkertijd leverancier is van elektronische-communicatiediensten en/of -netwerken, maar niet is aangemerkt als exploitant met een aanmerkelijke marktmacht, kan verplichten de door die instantie ex ante opgelegde voorwaarden inzake toegang tot de fysieke infrastructuur van die exploitant na te leven, met inbegrip van de regels en procedures voor het sluiten van overeenkomsten en de voor toegang toegepaste tarieven, ongeacht of er een geschil bestaat over de toegang tot de fysieke infrastructuur van deze exploitant en ongeacht of er sprake is van werkelijke mededinging op de markt?

#### **Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht**

Richtlijn 2014/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake maatregelen ter verlaging van de kosten van de aanleg van elektronische communicatienetwerken met hoge snelheid (PB 2014, L 155, blz. 1) zoals gewijzigd (hierna: „kostenrichtlijn”), artikel 1, lid 4, en artikel 3, leden 1, 2 en 5

Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 33), zoals gewijzigd, artikel 8, lid 5

Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 7), zoals gewijzigd – artikel 8, leden 1 tot en met 5, en artikel 9, leden 1 en 2

Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (PB 2018, L 321, blz. 36) – artikel 67, leden 1 en 3 en artikel 68

#### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (wet betreffende de ondersteuning van de ontwikkeling van telecommunicatiediensten en -netwerken) van 7 mei 2010 (geconsolideerde tekst Dz.U. 2017, volgnummer 2062)

(hierna: „Wruist”) – artikel 17, leden 1 en 2, artikel 18, leden 1 tot en met 3 en 6 tot en met 8, en artikel 22, leden 1 tot en met 3

Ustawa Prawo telekomunikacyjne (telecommunicatiewet) van 16 juli 2004 (geconsolideerde tekst: Dz.U. 2019, volgnr. 2460) (hierna: „PT”) – artikel 139

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 TOYA Sp. z o.o. is een telecommunicatieonderneming en tevens een exploitant van een netwerk in de zin van de Wruist.
- 2 De directeur van de UKE heeft ambtshalve een administratieve procedure ingeleid en TOYA sp. z o.o. verzocht om informatie over de voorwaarden voor toegang tot haar fysieke infrastructuur. In antwoord hierop heeft TOYA sp. z o.o. de gevraagde informatie verstrekt.
- 3 Op 11 september 2018 heeft de directeur van de UKE een besluit vastgesteld waarbij hij de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur van Toya sp. z o.o. heeft vastgesteld wat betreft de kabel- en telecommunicatiekanalen in gebouwen en heeft hij Toya sp. z o.o. gelast ervoor te zorgen dat zij gereed was om kaderovereenkomsten en specifieke overeenkomsten te sluiten en om verzoeken om toegang tot haar fysieke infrastructuur in te willigen overeenkomstig de in dat besluit vastgestelde toegangsvoorwaarden.
- 4 Toya sp. z o.o. heeft tegen het besluit van de directeur van de UKE beroep ingesteld bij de Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (bijzondere rechter voor mededingings- en consumentenzaken, Warschau, Polen) (de verwijzende rechter).

### **Belangrijkste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 5 De directeur van de UKE heeft zijn besluit gestoeld op artikel 18, lid 3, Wruist, op grond waarvan de directeur van de UKE, nadat de exploitant informatie over de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur heeft verstrekt, op basis van de in artikel 22, leden 1 tot en met 3, genoemde criteria, bij besluit de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur kan vaststellen. Overeenkomstig artikel 22, lid 1, Wruist stelt de directeur van de UKE een besluit vast inzake de toegang tot fysieke infrastructuur, waarbij hij met name rekening houdt met de noodzaak niet-discriminerende en evenredige toegangsvoorwaarden te waarborgen.
- 6 De directeur van de UKE heeft benadrukt dat deze beginselen zijn neergelegd in het Unierecht, met name in het Verdrag betreffende de Europese Unie. Bijgevolg moeten zij worden toegepast in het licht van de rechtsleer en de rechtspraak van de Unie. Het evenredigheidsbeginsel houdt in dat de in het kader van het administratieve besluit vastgestelde voorwaarden voor toegang tot de fysieke

infrastructuur noodzakelijk en doeltreffend moeten zijn en tegelijkertijd de minste belasting met zich brengen. Dit beginsel houdt een verbod in op handelingen van autoriteiten die verder gaan dan noodzakelijk is. Bij de beoordeling van de noodzaak van een concrete maatregel door een lidstaat moet dus eerst worden nagegaan of er voor een soortgelijke feitelijke situatie geen minder ingrijpende maatregel bestaat. De beoordeling van de noodzaak en de omvang van de handeling behoort tot de bevoegdheid van de autoriteit die de in de regeling gestelde voorwaarden onderzoekt. Het evenredigheidsbeginsel houdt altijd verband met specifieke en concurrerende belangen. Wat dit beginsel betreft, heeft de directeur van de UKE geoordeeld dat er geen andere mogelijkheid bestond om de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur van TOYA sp. z o.o. vast te stellen dan bij administratief besluit. De directeur van de UKE is van mening dat de bij het besluit vastgestelde regels inzake toegang, hoewel zij het eigendomsrecht van TOYA Sp. z o.o. aantasten, geen buitensporige belasting voor haar vormen en naar behoren rekening houden met haar rechten en belangen. Met name wordt haar niet de mogelijkheid ontnomen om de inhoud van de raamovereenkomst zodanig vast te stellen dat deze beantwoordt aan de in haar onderneming toegepaste bedrijfsbeginselen, mits de bepalingen van die raamovereenkomst niet in strijd zijn met de in het besluit vastgestelde voorwaarden voor toegang en niet minder gunstig zijn voor de ondernemingen die er gebruik van maken.

- 7 De directeur van de UKE heeft ook aangegeven dat de bepalingen van de Wruist op grond waarvan hij besluiten kan nemen over de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur, geen betrekking hebben op de omvang van de beschikbare infrastructuur en evenmin op het aantal geschillen over de toegang tot de infrastructuur. Daarom heeft de directeur van de UKE bij zijn besluit rekening gehouden met het feit dat TOYA Sp. z o.o. verplicht zal zijn om de ondernemingen die het in artikel 17 van de Wruist bedoelde verzoek om toegang aanvragen, gelijk te behandelen. Gelet op de noodzaak om evenredige voorwaarden voor toegang te waarborgen, heeft de directeur van de UKE de voorwaarden voor toegang vastgesteld door maatregelen te treffen die voldoende en tegelijkertijd zo klein mogelijk zijn om het met die toegang nagestreefde doel te bereiken.
- 8 De directeur van de UKE heeft gepreciseerd dat de in het besluit vervatte regeling in overeenstemming is met de door de kostenrichtlijn nagestreefde doelen, waarvan de bepalingen zijn uitgevoerd in de Wruist. In het bijzonder heeft hij rekening gehouden met de overwegingen 4, 5, 7, 8 en 9 van deze richtlijn, waarin wordt gewezen op de voordelen die verband houden met het delen van infrastructuur en met de noodzaak om de drempels op te heffen die leiden tot een inefficiënt gebruik van bestaande hulpbronnen. Volgens de directeur van de UKE zal de in het dispositief van het besluit vastgestelde universele procedure om de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur vast te stellen, bijdragen tot een coherentie in termijnen, procedures en markttarieven in verband met het verlenen van toegang tot kabelkanalen. Bijgevolg draagt de gelijke behandeling van alle exploitanten bij tot een beperking van de kosten voor de verwerving van

infrastructuur door telecommunicatieondernemingen die toegang hebben tot de fysieke infrastructuur en maakt zij een ruimere toegang tot kanalen mogelijk.

- 9 De directeur van de UKE is van oordeel dat artikel 18, lid 3, van de Wruist hem machtigt om de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur in elk geval vast te stellen, ook al bestaat er geen geschil is tussen de partijen en ook al heeft de exploitant geen aanmerkelijke macht op de betrokken markt.
- 10 Volgens Toya sp. z o.o. is het besluit waarbij haar ex ante de verplichting wordt opgelegd om een standaardofferte te gebruiken, kennelijk in strijd met artikel 3, leden 2 en 5, van de kostenrichtlijn en met overweging 12 en artikel 1, lid 4, van de kostenrichtlijn, gelezen in samenhang met artikel 8, leden 2 en 3, van de toegangsrichtlijn, alsook artikel 8, lid 5, onder f), van de kaderrichtlijn, volgens welke een dergelijke verplichting slechts kan worden opgelegd aan een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht op de markt die door de regelgevende instantie is aangeduid en naar behoren onderzocht.

#### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

- 11 De kernvraag in deze zaak is de uitlegging van artikel 18, lid 3, Wruist in het licht van de bepalingen van de Unie betreffende de regulering van de telecommunicatiemarkt.
- 12 Artikel 18 is in het Poolse recht opgenomen om te beantwoorden aan de doelstellingen en oplossingen van de kostenrichtlijn, die tot doel had de kosten van het aanbieden van breedbanddekking te verminderen.
- 13 Artikel 3, lid 2, van de kostenrichtlijn bepaalt dat de netwerkexploitanten moeten voldoen aan redelijke verzoeken om toegang tot hun fysieke infrastructuur onder billijke en redelijke eisen en voorwaarden. In geval van weigering van toegang of een geschil over de nadere voorwaarden en regels voor deze toegang, moet de nationale regelgevende instantie overeenkomstig artikel 3, lid 5, van de kostenrichtlijn een besluit nemen om het geschil te beslechten. De kostenrichtlijn voorziet dus alleen in het optreden van de nationale regelgevende instantie in geval van een concreet geschil en bevat geen bepalingen op grond waarvan deze instantie het gebruik van standaardoffertes ter zake kan opleggen, noch om zich in dergelijke offertes in te mengen.
- 14 In het licht van de bepalingen van de kostenrichtlijn rijst de twijfel of de directeur van de UKE overheidsmaatregelen kan treffen in de vorm van de vaststelling van een administratief besluit houdende de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur en dat Toya sp. z o.o. verplicht om deze toe te passen op elke exploitant die haar om toegang verzoekt. Om de doelstellingen van de kostenrichtlijn te bereiken, volstaat het immers slechts administratieve besluiten te nemen in geval van een geschil of een ontwrichting van de mededinging op een bepaalde markt.

- 15 Bovendien legt het besluit Toya sp. z o.o. ex ante verplichtingen op, terwijl uit de bepalingen van de toegangsrichtlijn en de kaderrichtlijn en thans de EWEC-richtlijn, blijkt dat dergelijke verplichtingen enkel kunnen worden opgelegd aan exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht wanneer op een bepaalde markt geen werkelijke en duurzame mededinging heerst. De directeur van de UKE heeft echter alvorens zijn besluit vast te stellen niet onderzocht of op de markt van kabelkanalen daadwerkelijk mededinging bestond, en Toya sp. z o.o. heeft zonder twijfel geen aanmerkelijke macht op die markt. De verwijzende rechter wijst er ook op dat artikel 1, lid 4, van de kostenrichtlijn bepaalt dat indien een bepaling van deze richtlijn strijdig is met een van de bepalingen van de daarin genoemde richtlijnen, in het bijzonder de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn, de desbetreffende bepalingen van de genoemde richtlijnen voorrang hebben.
- 16 Er zij op gewezen dat ook naar Pools recht de mogelijkheid om ex ante verplichtingen inzake toegang tot telecommunicatie op te leggen aan een telecommunicatieonderneming door de directeur van de UKE afhangt van de vraag of dit noodzakelijk is om daadwerkelijke mededinging te waarborgen. Uit artikel 139, lid 1b, juncto artikel 139, lid 1, PT, blijkt dat de verplichting toegang tot telecommunicatiegebouwen en -infrastructuur te verzekeren van rechtswege rust op alle telecommunicatieondernemingen, ongeacht of zij aanmerkelijke marktmacht bezitten, maar dat de uitvoering van een besluit waarbij ex ante verplichtingen worden opgelegd, moet worden gerechtvaardigd door het ontbreken van daadwerkelijke mededinging.
- 17 Naast het besluit betreffende TOYA sp. z o.o. heeft de directeur van de UKE zes soortgelijke besluiten vastgesteld ten aanzien van zes andere exploitanten, die daartegen eveneens beroep hebben aangetekend. De prejudiciële beslissing zal ook van invloed zijn op de uitkomst van deze andere beroepen en is derhalve van groot belang voor de werking van de nationale telecommunicatiemarkt.