

Zaak C-327/24 [Lolach]ⁱ

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

3 mei 2024

Verwijzende rechter:

Verwaltungsgericht Köln (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

2 mei 2024

Verzoekende partij:

Telekom Deutschland GmbH

Verwerende partij:

Bundesrepublik Deutschland

Verwaltungsgericht Köln

Beslissing

[OMISSIS]

In de bestuursrechtelijke procedure
van Telekom Deutschland GmbH, [OMISSIS] Bonn,

verzoekster,

[OMISSIS]

t e g e n

Bundesrepublik Deutschland [OMISSIS],

verweerster,

ⁱ Dit is een fictieve naam, die niet overeenkomt met de werkelijke naam van enige partij in de procedure.

wegens telecommunicatiewetgeving

heeft de 21e kamer van het Verwaltungsgericht Köln (bestuursrechter in eerste aanleg Keulen, Duitsland)

op 2 mei 2024

[OMISSIS]

als volgt beslist:

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Moeten de artikelen 72 en 73 van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 aldus worden uitgelegd dat de nationale regelgevende instanties bij het onderzoek van de vraag of een verplichting moet worden opgelegd om toegang te verlenen tot civieltechnische voorzieningen die in overeenstemming met de marktanalyse geen deel uitmaken van de betrokken markt,

uitsluitend moeten onderzoeken of het niet-opleggen van een dergelijke verplichting de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte markt zou belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn;

of

dat in het kader van het onderzoek naar het opleggen van een verplichting om toegang te verlenen tot dergelijke voorzieningen, naast de bovengenoemde voorwaarden, ook, en met dezelfde rang, de andere doelstellingen van artikel 3 van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 en in voorkomend geval verdere doelstellingen in een „geheel van doelstellingen” mogen worden opgenomen?

Motivering

I.

Het geschil betreft in wezen de vraag of de oplegging van toegangsverplichtingen aan verzoekster rechtmatig is.

Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 (EECC) regelt de oplegging van toegangsverplichtingen in de artikelen 72 en 73 volgens de Duitse taalversie – althans wat artikel 73 betreft zijn er afwijkende taalversies – als volgt:

Artikel 72

Toegang tot civieltechnische voorzieningen

1. Een nationale regelgevende instantie kan overeenkomstig artikel 68 aan ondernemingen verplichtingen opleggen om in te gaan op redelijke verzoeken om toegang tot en gebruik van civieltechnische voorzieningen, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, gebouwen of toegangen tot gebouwen, kabels in gebouwen inclusief bedrading, antennes, torens en andere ondersteuningsgebouwen, palen, masten, kabelgaten, leidingen, inspectieputten, mangaten en straatkasten, wanneer de nationale regelgevende instantie op basis van de marktanalyse concludeert dat het weigeren van toegang of verlening van toegang onder onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte markt zou belemmeren en niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn.

2. De nationale regelgevende instanties mogen aan een onderneming verplichtingen opleggen om toegang te verlenen overeenkomstig dit artikel, ongeacht of de activa die door de verplichtingen worden beïnvloed deel uitmaken van de betrokken markt in overeenstemming met de marktanalyse, mits de verplichting noodzakelijk en evenredig is met het oog op de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 3.

Artikel 73

Verplichtingen inzake toegang tot en gebruik van specifieke netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten

1. Nationale regelgevende instanties kunnen ondernemingen overeenkomstig artikel 68 de verplichting opleggen in te gaan op redelijke verzoeken om toegang tot en gebruik van specifieke netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten, onder andere wanneer de nationale regelgevende instanties van mening zijn dat het weigeren van toegang of het opleggen van onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte retailmarkt zou belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn.

Nationale regelgevende instanties kunnen van ondernemingen onder meer verlangen dat zij:

- a) derden toegang verlenen tot, en hun het gebruik toestaan van specifieke fysieke netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten, in voorkomend geval met inbegrip van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en subnetwerk;
- b) derden toegang verlenen tot specifieke actieve of virtuele netwerkelementen en -diensten;

- c) te goeder trouw onderhandelen met ondernemingen die verzoeken om toegang;
- d) reeds verleende toegang tot faciliteiten niet intrekken;
- e) op wholesalebasis specifieke diensten aanbieden voor doorverkoop door derden;
- f) open toegang verlenen tot technische interfaces, protocollen of andere kerntechnologieën die onmisbaar zijn voor de interoperabiliteit van diensten of virtuele netwerkdiensten;
- g) colocatie of andere vormen van gedeeld gebruik van bijbehorende faciliteiten aanbieden;
- h) specifieke diensten aanbieden die nodig zijn voor de interoperabiliteit van de aan gebruikers geleverde eind-tot-eind-diensten, of roaming binnen mobiele netwerken;
- i) toegang verlenen tot operationele ondersteuningssystemen of vergelijkbare softwaresystemen die nodig zijn om billijke concurrentie bij het aanbieden van diensten te waarborgen;
- j) zorgen voor interconnectie van netwerken of netwerkfaciliteiten;
- k) toegang verschaffen [tot] verwante diensten zoals identiteit, locatie en presentie-informatiediensten.

De nationale regelgevende instanties kunnen die verplichtingen aan voorwaarden aangaande billijkheid, redelijkheid en opportuniteit onderwerpen.

2. Indien de nationale regelgevende instanties overwegen of het passend is één of meer van de in lid 1 van dit artikel genoemde, eventueel specifieke, verplichtingen op te leggen, en in het bijzonder indien zij onderzoeken, in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, of en hoe dergelijke verplichtingen moeten worden opgelegd, analyseren zij of andere vormen van toegang tot wholesale-inputs op dezelfde of een verwante wholesalemarkt afdoende zouden zijn om het geconstateerde probleem in het belang van de eindgebruikers aan te pakken. Die beoordeling omvat commerciële aanbiedingen inzake toegang, gereguleerde toegang op grond van artikel 61 of bestaande dan wel geplande gereguleerde toegang tot andere wholesale-inputs op grond van dit artikel. De nationale regelgevende instanties betrekken met name de volgende factoren in hun overwegingen:

- a) de technische en economische levensvatbaarheid van het gebruik of de installatie van concurrerende faciliteiten, in het licht van het tempo van de marktontwikkeling, rekening houdend met de aard van

en het soort interconnectie of toegang, inclusief de levensvatbaarheid van andere toeleveringsproducten zoals toegang tot kabelgoten;

- b) de verwachte technologische ontwikkeling die van invloed is op het ontwerp en beheer van netwerken;
- c) de noodzaak om technologieneutraliteit te waarborgen teneinde de partijen in staat te stellen hun eigen netwerken te ontwerpen en te beheren;
- d) de haalbaarheid van de aangeboden toegangverlening, rekening houdend met de beschikbare capaciteit;
- e) de door de eigenaar van de faciliteit verrichte initiële investering, rekening houdend met de verrichte overheidsinvesteringen en de aan de investering verbonden risico's, in het bijzonder rekening houdend met investeringen in en risiconiveaus betreffende netwerken met zeer hoge capaciteit;
- f) de noodzaak om op de lange termijn de concurrentie in stand te houden, met speciale aandacht voor economisch doeltreffende concurrentie op basis van de infrastructuur en innovatieve bedrijfsmodellen die bevorderlijk zijn voor duurzame concurrentie, zoals de modellen op basis van mede-investeringen in netwerken;
- g) in voorkomend geval, ter zake geldende intellectuele-eigendomsrechten;
- h) het verlenen van pan-Europese diensten.

Indien een nationale regelgevende instantie overeenkomstig artikel 68 de oplegging van verplichtingen op grond van artikel 72 of van dit artikel in overweging neemt, onderzoekt zij of de loutere oplegging van verplichtingen overeenkomstig artikel 72 een evenredig middel is om de concurrentie en het belang van de eindgebruiker te bevorderen.

3. Als een onderneming in overeenstemming met de bepalingen van dit artikel de verplichting wordt opgelegd toegang te verlenen, kunnen de nationale regelgevende instanties technische of operationele voorwaarden opleggen aan de aanbieder of de gebruikers van die toegang, wanneer dat nodig is om de normale werking van het netwerk te garanderen. Verplichtingen om specifieke technische normen of specificaties te volgen, zijn in overeenstemming met de overeenkomstig artikel 39 vastgestelde normen en specificaties.

De Duitse wetgever heeft deze twee bepalingen omgezet in een bepaling, te weten § 26 van de Telekommunikationsgesetz van 23 juni 2021, in de versie van

10 september 2021, zoals ten tijde van de feiten laatstelijk gewijzigd bij de wet van 20 juli 2022 (BGBl. I blz. 1166) (telecommunicatiewet, hierna: „TKG”):

§ 26 Toegangsverplichtingen

1) Het Bundesnetzagentur (energietoezichthouder, Duitsland) kan een onderneming met aanmerkelijke marktmacht verplichten toegang te verlenen aan andere ondernemingen, indien anders de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte retailmarkt zou worden belemmerd en het belang van de eindgebruiker zou worden aangetast.

2) Bij het onderzoek of en welke toegangsverplichtingen gerechtvaardigd zijn overeenkomstig lid 1 en of deze evenredig zijn met de doelstellingen overeenkomstig § 2, onderzoekt het Bundesnetzagentur of

1. verplichtingen die reeds zijn opgelegd of naar verwachting zullen worden opgelegd uit hoofde van dit deel, of commerciële toegangsovereenkomsten die reeds zijn gesloten of aangeboden op de betrokken wholesalemarkt of op een verwante wholesalemarkt, en

2. de loutere oplegging van verplichtingen uit hoofde van lid 3, punt 10,

voldoende zijn om de in § 2 genoemde doelstellingen te verwezenlijken. In dit verband houdt het Bundesnetzagentur met name rekening met:

1. de technische en economische levensvatbaarheid van het gebruik of de installatie van concurrerende faciliteiten, in het licht van het tempo van de marktontwikkeling, rekening houdend met de aard van en het soort interconnectie of toegang, inclusief de levensvatbaarheid van andere toeleveringsproducten;

2. de haalbaarheid van de aangeboden toegangverlening, rekening houdend met de beschikbare capaciteit;

3. de door de eigenaar van de faciliteit verrichte initiële investering, rekening houdend met de verrichte overheidsinvesteringen en de aan de investering verbonden risico's, in het bijzonder rekening houdend met investeringen in en risiconiveaus betreffende netwerken met zeer hoge capaciteit;

4. de noodzaak om op de lange termijn de concurrentie in stand te houden, met speciale aandacht voor economisch doeltreffende concurrentie op basis van de infrastructuur en innovatieve bedrijfsmodellen;

5. industriële- of intellectuele-eigendomsrechten;

6. het verlenen van pan-Europese diensten en
7. de verwachte technologische ontwikkeling die van invloed is op het ontwerp en beheer van netwerken.

3) Het Bundesnetzagentur kan, met inachtneming van lid 1, ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht onder meer de volgende verplichtingen opleggen:

1. toegang te verlenen tot specifieke fysieke netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten, in voorkomend geval met inbegrip van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk;
2. reeds verleende toegang tot faciliteiten niet in te trekken;
3. toegang te verlenen tot specifieke actieve of virtuele netwerkelementen en -diensten, met inbegrip van virtueel ontbundelde toegang tot breedband;
4. specifieke diensten aan te bieden die nodig zijn voor de interoperabiliteit van de aan gebruikers geleverde eind-tot-eind-diensten, of roaming binnen mobiele netwerken;
5. toegang te verlenen tot operationele ondersteuningssystemen of vergelijkbare softwaresystemen die nodig zijn om eerlijke concurrentie bij het aanbieden van diensten te waarborgen, waarbij de efficiëntie van de bestaande faciliteiten wordt gegarandeerd;
6. toegang te verschaffen tot verwante diensten zoals identiteit, locatie en presentie-informatiediensten;
7. te zorgen voor interconnectie van openbare telecommunicatienetwerken;
8. open toegang te verlenen tot technische interfaces, protocollen of andere kerntechnologieën die onmisbaar zijn voor de interoperabiliteit van diensten of voor diensten voor virtuele telecommunicatienetwerken;
9. collocatie of andere vormen van gedeeld gebruik van bijbehorende faciliteiten aan te bieden alsmede aan toegang vragende partijen of hun gemachtigden te allen tijde toegang te verlenen tot deze faciliteiten;
10. toegang te verlenen tot civieltechnische voorzieningen, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, gebouwen of toegangen tot gebouwen, kabels in gebouwen inclusief bedrading, antennes, torens en andere ondersteuningsgebouwen, palen, masten, kabelgaten,

leidingen, inspectieputten, mangaten en straatkasten, ook wanneer deze geen deel uitmaken van de betrokken productmarkt als bedoeld in § 10, voor zover de toegangsverplichting noodzakelijk en evenredig is met het oog op het probleem dat bij de in § 11 bedoelde marktanalyse is vastgesteld.

4) Indien een onderneming aantoont dat het gebruik van de dienst de handhaving van de integriteit van het netwerk of de veiligheid van het netwerk in gevaar zou brengen, zal het Bundesnetzagentur de desbetreffende toegangsverplichting niet of in een andere vorm opleggen. De handhaving van de netwerkintegriteit en de veiligheid van het netwerk moeten worden beoordeeld op basis van objectieve criteria.

5) Als het Bundesnetzagentur een onderneming de verplichting oplegt toegang te verlenen, kan het technische of operationele voorwaarden opleggen aan de aanbieder of de gebruikers van die toegang, wanneer dat nodig is om de normale exploitatie van het telecommunicatienetwerk te garanderen. Verplichtingen om specifieke technische normen of specificaties te volgen, zijn in overeenstemming met de overeenkomstig artikel 39 van richtlijn (EU) 2018/1972 vastgestelde normen en specificaties.

6) In het kader van de naleving van de verplichtingen om toegang te verlenen, dienen het gebruik van toegangsdiensten en samenwerking tussen toegangsgerechtigde ondernemingen te worden toegestaan, tenzij een onderneming per geval aantoont dat een mogelijkheid tot gebruik of een samenwerking om technische redenen niet of slechts in beperkte mate mogelijk is.

II.

Verzoekster is een onderneming die telecommunicatiediensten aanbiedt en die in het kader van de afbakening van de markt van 10 oktober 2019 is aangewezen als een onderneming met aanmerkelijke marktmacht op de gemeenschappelijke productmarkt betreffende de toegang tot het aansluitnetwerk op vaste locaties. Een markt met betrekking tot de toegang tot civieltechnische voorzieningen was echter *niet* het onderwerp van de afbakening van de markt.

Vervolgens heeft het Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Duits federaal agentschap voor netwerken voor elektriciteit, gas, telecommunicatie, post en spoorwegen; hierna: „Bundesnetzagentur”) verzoekster bij besluit van 21 juli 2022 onder meer het volgende opgelegd:

„1.1.: Andere ondernemingen toegang verlenen tot kabelgoten, masten en ondersteuningssystemen van bovengrondse lijnen die bestaan op het moment van de vraag, met het oog op de aanleg en exploitatie van netwerken met zeer hoge capaciteit op vaste locaties of voor toegang tot het aansluitnetwerk bij het subnet of MSAN (punten 1.2 of 1.3) binnen de grenzen van de

beschikbare capaciteit, zodat (verzoekster) over een passende exploitatiereserve kan beschikken en bij voorrang aan haar eigen behoeften kan voldoen. Voor zover de toegang niet dient voor de toegang tot het aansluitnetwerk, beginnen de dienstverplichting en de daarmee samenhangende verdere verplichtingen uit de punten 2., 4. en 5. op 1 januari 2024.

1.2. Aan andere ondernemingen de ontbundelde fysieke toegang tot het koperaansluitnetwerk bij de hoofdverdeler of op een punt dichterbij de aansluitinrichting dan de hoofdverdeler (met name kabelaftakkasten of eindaftakkasten – APL) verlenen, voor zover zij de toegang niet overeenkomstig de bepalingen van bijlage 1 – weigering van toegang tot het aansluitnetwerk buiten het hoofddistributiegebied – en bijlage 2 – weigering van toegang tot het aansluitnetwerk binnen het hoofddistributiegebied – met betrekking tot dit punt kan of moet weigeren [...]”.

Ter motivering voert het Bundesnetzagentur onder meer het volgende aan:

„Toegangsverplichtingen

De Beschlusskammer [van het Bundesnetzagentur] heeft [OMISSIS] de toegangsverplichtingen die aan (verzoekster) zijn opgelegd op de litigieuze markt, bij regelgevend besluit BK3g-09/085 van 21 maart 2011 (zoals gewijzigd bij regelgevend besluit BK3g-15/004 van 1 september 2016) als volgt gehandhaafd of gewijzigd:

1. Onderzoeksprogramma van § 26 TKG

De oplegging van toegangsverplichtingen vloeit voort uit § 26 TKG.

Volgens § 26, lid 1, eerste zin, TKG kan het Bundesnetzagentur exploitanten van openbare telecommunicatienetwerken met marktmacht verplichten andere ondernemingen toegang te verlenen, met inbegrip van vraaggerichte ontbundeling, met name wanneer de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte downstreammarkt voor eindgebruikers anders zou worden belemmerd of deze ontwikkeling in strijd zou zijn met het belangen van de eindgebruiker. Bij het onderzoek of en, zo ja, welke toegangsverplichtingen gerechtvaardigd zijn en of deze in een redelijke verhouding staan tot de doelstellingen van de regelgeving overeenkomstig § 2 TKG, moet het Bundesnetzagentur in het bijzonder rekening houden met de criteria die zijn opgesomd in § 26, lid 2, tweede zin, punten 1 tot en met 7, TKG. Uit de aangehaalde norm en de verwijzing daarin naar de doelstellingen (en beginselen) van de regelgeving op grond van § 2 TKG volgt dat de opgelegde maatregelen moeten voldoen aan een alomvattend geheel van doelstellingen en tegelijkertijd aan bepaalde randvoorwaarden (zie wat betreft § 21 TKG 2004 BVerwG, arrest van 21 september 2018 – 6 C 50/16 –, punt 48, BVerwG, arrest van 21 september 2018 – 6 C 8/17 –, BVerwGE 163, 181-232, punt 51). Het in deze context relevante geheel van

doelstellingen bestaat uit vier fundamentele doelstellingen die deels verschillende verdere nuances vertonen.

De eerste fundamentele doelstelling is het waarborgen van connectiviteit en het bevorderen van de toegang tot en het gebruik van netwerken met zeer hoge capaciteit voor alle burgers en ondernemingen (§ 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 2, punt 1, TKG). De tweede fundamentele doelstelling is de bevordering van de mededinging. Van bijzonder belang is hier de mededinging op de eindgebruikersmarkt (§ 26, lid 1, TKG). Doel is het bevorderen van door duurzame concurrentie gekenmerkte telecommunicatiemarkten en de daarmee gepaard gaande investeringen in infrastructuur en innovaties (§ 26, lid 1; § 26, lid 2, tweede zin, punt 4; § 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 2, punt 2 en punt 3, onder e), en lid 3, punt 4, TKG). De mededinging moet ook eerlijk zijn (§ 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 2, punt 2, en lid 3, punt 2, TKG). Bij de bevordering van de mededinging moet naar behoren rekening worden gehouden met zowel de belangen van landelijke gebieden (§ 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 2, punt 2 in fine, TKG) als met de uiteenlopende voorwaarden in verband met de mededinging in de verschillende geografische gebieden binnen de Bondsrepubliek Duitsland (§ 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 3, punt 5, tweede alternatief, TKG). Volgens de derde fundamentele doelstelling moeten de gebruikers, met name de belangen van de consumenten op het gebied van telecommunicatie, worden beschermd (§ 26, lid 1 in fine; § 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 2, punt 3, TKG). Er moet worden gestreefd naar een maximaal voordeel voor de gebruikers op het gebied van keuze, prijs en kwaliteit (§ 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 2, punt 3, onder b), TKG). De belangen van de gebruikers en de consumenten moeten met name worden bevorderd door de connectiviteit, de brede beschikbaarheid en de versnelde uitbreiding van netwerken met zeer hoge capaciteit te waarborgen en het gebruik ervan te bevorderen (§ 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 2, punten 1 en 3a, TKG). Bovendien moet worden gezorgd voor gelijkwaardige levensomstandigheden in stedelijke en plattelandsgebieden (§ 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 2, punt 3b, TKG). Ook hier moet terdege rekening worden gehouden met de uiteenlopende voorwaarden in verband met consumenten in de verschillende geografische gebieden van de Bondsrepubliek Duitsland (§ 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 3, punt 5, derde alternatief, TKG). Ten vierde moet de ontwikkeling van de interne markt van de Europese Unie worden bevorderd (§ 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 2, punt 4, TKG). Dit omvat ook de levering van pan-Europese diensten (§ 26, lid 2, tweede zin, punt 6, TKG).

Voor de verwezenlijking van het bovengenoemde geheel van doelstellingen moeten verschillende randvoorwaarden in acht worden genomen. In het algemeen bepaalt § 2, lid 3, TKG dat het Bundesnetzagentur bij het nastreven van de in lid 2 genoemde doelstellingen objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige regelgevingsbeginselen toepast. Deze beginselen zijn nader uitgewerkt in § 2, lid 3, en § 26, lid 2, tweede zin,

TKG. Als onderdeel van de noodzakelijkheidstoets moeten in het bijzonder de technische en economische levensvatbaarheid van het gebruik of de installatie van concurrerende faciliteiten met het oog op het tempo van de marktontwikkeling (§ 26, lid 2, tweede zin, punt 1, TKG) en de vraag worden beoordeeld of verplichtingen die reeds zijn opgelegd op grond van deel 2 van het TKG, of commerciële toegangsovereenkomsten die reeds zijn gesloten of aangeboden op de betrokken of een verwante wholesalemarkt (§ 26, lid 2, eerste zin, punt 1, TKG) en de loutere oplegging van toegangsverplichtingen met betrekking tot kabelgoten alsmede masten en ondersteuningssystemen van bovengrondse lijnen (§ 26, lid 2, eerste zin, punt 2, TKG) volstaan om de in § 2, TKG genoemde doelstellingen van de regelgeving te waarborgen (§ 26, lid 2, eerste zin, TKG).

Bij de beoordeling van de redelijkheid moet rekening worden gehouden met het fundamentele recht op vrije beroepskeuze (artikel 12, lid 1, van de grondwet) en de bescherming van eigendom (artikel 14, lid 1, van de grondwet) van de betrokkene. Dit geldt in het bijzonder met betrekking tot de mogelijkheden om toegang te verlenen met het oog op de beschikbare capaciteit (§ 26, lid 2, tweede zin, punt 2, TKG) en met betrekking tot de initiële investeringen van de eigenaar van de faciliteit, rekening houdend met eventuele overheidsinvesteringen en de investeringsrisico's (§ 26, lid 2, tweede zin, punt 3, TKG) alsmede in het algemeen met betrekking tot investeringsrisico's van de investerende onderneming en in de context van samenwerking tussen investeerders en hun toegangsvragers (§ 26, lid 1, eerste zin in fine; § 26, lid 2, tweede zin, punt 4; § 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 2, eerste zin, en lid 3, punt 4, TKG). Bovendien kunnen het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel relevant zijn. De voorspelbaarheid van de regelgeving moet bijvoorbeeld worden bevorderd doordat het Bundesnetzagentur gedurende redelijke termijnen een uniforme regelgevingsaanpak handhaaft (§ 26, lid 2, eerste zin, juncto § 2, lid 3, punt 1, TKG). De gevolgen voor andere juridische belangen, zoals industriële-eigendomsrechten, intellectuele-eigendomsrechten en de levering van pan-Europese diensten (§ 26, lid 2, tweede zin, punten 5 en 6, TKG), alsmede het belang bij het behoud van de integriteit van het netwerk en de veiligheid van het netwerk (§ 26, leden 4 en 5, TKG) kunnen in afzonderlijke gevallen ook relevant zijn.

Op basis van deze norm onderzocht het Bundesnetzagentur vervolgens het opleggen van de bovengenoemde toegangsverplichtingen, waaronder de toegangsverplichting tot de civieltechnische voorzieningen.

Op 19 augustus 2022 heeft verzoekster bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tegen dit besluit van het Bundesnetzagentur van 21 juli 2022 en onder meer het volgende gevorderd:

„1. Het besluit van verweerster van 21 juli 2022 (BK3i-19/020) gedeeltelijk nietig te verklaren, voor zover daarbij aan verzoekster de volgende verplichtingen worden opgelegd:

a) de in punt 1.1. van het dictum opgenomen verplichting om andere ondernemingen toegang te verlenen tot kabelgoten, masten en ondersteuningssystemen van bovengrondse lijnen met het oog op de aanleg en exploitatie van netwerken met zeer hoge capaciteit op vaste locaties;

subsidiar bij a),

b) de in punt 1.1 van het dictum opgenomen verplichting om andere ondernemingen toegang te verlenen tot dergelijke kabelgoten, masten en ondersteuningssystemen van bovengrondse lijnen met het oog op de aanleg en exploitatie van netwerken met zeer hoge capaciteit op vaste locaties die verzoekster voor de ontwikkeling van haar FTTB/H-netwerk nieuw heeft aangelegd,

meer subsidiar bij a) en b),

c) de in punt 1.1 van het dictum opgenomen verplichting om andere ondernemingen toegang te verlenen tot deze kabelgoten, masten en ondersteuningssystemen van bovengrondse lijnen met het oog op de aanleg en exploitatie van netwerken met zeer hoge capaciteit op vaste locaties die minder dan zeven jaar geleden zijn voltooid;

d) de in punt 4 van het dictum opgenomen verplichting om een referentieaanbod te publiceren voor toegangsdiensten voor kabelgoten, masten en ondersteuningssystemen van bovengrondse lijnen met het oog op de aanleg en exploitatie van netwerken met zeer hoge capaciteit op vaste locaties;

e) de in punt 5.1 van het dictum opgenomen verplichting om, overeenkomstig § 39 TKG, de tarieven voor het verlenen van toegang tot kabelgoten, masten en ondersteuningssystemen van bovengrondse lijnen met het oog op de aanleg en exploitatie van netwerken met zeer hoge capaciteit op vaste locaties te laten goedkeuren;

f) de in punt 4 van het dictum opgenomen verplichting om een referentieaanbod voor toegangsdiensten voor virtuele ontbundelde toegang in de vorm van een Layer-2-toegangsproduct op de switch/BNG bij FTTB/H-infrastructuren voor de massamarkt te publiceren;

2. subsidiar bij de verzoeken onder 1., het besluit van verweerster van 21 juli 2022 (BK3i-19/020) in zijn geheel nietig te verklaren, indien de rechter van oordeel is dat het besluit in dit verband ondeelbaar is.”

Met betrekking tot de voor deze zaak relevante vraag werd gesteld dat het opleggen van toegangsverplichtingen door het Bundesnetzagentur overeenkomstig § 26, lid 1, TKG gebaseerd was op een onjuiste uitlegging van de norm. Bij de presentatie van het onderzoeksprogramma wordt in de toelichting op het regelgevend besluit de verouderde formulering van § 21, lid 1, eerste zin, TKG 2004 gebruikt, maar in feite is daarvan afgeweken in de nu geldende § 26, lid 1, TKG. In het bijzonder is het begrip „insbesondere (met name)” geschrapt en zijn de voorwaarden voor „belemmering van de mededinging op de retailmarkt” en de „aantasting van het belang van de eindgebruiker” in plaats van met een „of” thans verbonden met een „en”. Het Bundesnetzagentur heeft vervolgens geen rekening gehouden met deze twee wijzigingen en zijn besluit gebaseerd op een onjuist onderzoeksprogramma. Deze wijzigingen waren niet louter van redactionele aard, maar waren volgens de memorie van toelichting weloverwogen wetgevingsbesluiten. Richtlijnconforme uitlegging is niet mogelijk. Dit zou in strijd zijn met de wil van de Duitse wetgever, die uitdrukkelijk tot uitdrukking is gebracht in de totstandkomingsgeschiedenis van de wet. Bovendien is er per saldo geen verschil tussen het recht van de richtlijn en het nationale recht. Bijgevolg moest eerst in het kader van § 26, lid 1, TKG worden vastgesteld dat aan de daarin genoemde cumulatieve voorwaarden was voldaan, voordat mocht worden overgegaan tot het onderzoek van § 26, lid 2, TKG en de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid. De afwijkende benadering van het Bundesnetzagentur heeft de primaire doelstellingen van de toegangsregeling, die door de wetgever uitdrukkelijk op de voorgrond waren geplaatst, op ontoelaatbare wijze gerelativeerd en tot een onevenwichtige belangenafweging geleid. Ten slotte wordt in het regelgevend besluit afgezien van een cumulatief onderzoek van de voorwaarden van § 26, lid 1, TKG.

Verweerster brengt, wat de voor deze zaak relevante vragen betreft, hiertegen in dat het Bundesnetzagentur het regelgevend besluit niet heeft gebaseerd op een onjuiste uitlegging van de norm; in het bijzonder heeft het geen rekening gehouden met de vereisten van de oude § 21, lid 1, eerste zin, TKG 2004. § 26, lid 1, TKG moet in overeenstemming met de richtlijn aldus worden uitgelegd dat met het woord „en” tussen de voorwaarden niet een cumulatief verband, maar een opsomming is bedoeld. Voorts is niet de presentatie van het vóór de haakjes geplaatste onderzoeksprogramma relevant voor de rechtmatigheid van het afwegingsbesluit, maar het feitelijke afwegingsbesluit zelf: Beide voorwaarden van § 26, lid 1, TKG zijn opgenomen in het afwegingsbesluit. Uit de bewoordingen van § 26, lid 1, TKG kan niet worden geconcludeerd dat het Bundesnetzagentur beperkt is in het kader van het onderzoek van de twee voorwaarden. Integendeel, met het oog op § 26, lid 2, TKG zou het Bundesnetzagentur andere aspecten in de afweging kunnen betrekken; de rechtspraak van het Bundesverwaltungsgericht over het „geheel van doelstellingen” met betrekking tot § 21, lid 1, eerste zin, TKG 2004 kan worden toegepast op § 26 TKG, aldus verweerster.

[OMISSIS] [aanvullend verzoek om voorlopige rechtsbescherming]

III.

De gestelde vraag van gemeenschapsrecht is bepalend voor de uitkomst van het geding. Het beginsel van richtlijnconforme uitlegging is hier van toepassing (1). De uitkomst van het geding verschilt naargelang van de uitlegging van de artikelen 72 en 73 EECC (2).

1. Het beginsel van richtlijnconforme uitlegging is hier van toepassing. Een richtlijnconforme uitlegging is weliswaar uitgesloten wanneer er *duidelijke* nationale regels bestaan. Dit is hier echter niet het geval. In het nationale recht zijn er zowel aspecten die pleiten voor een uitlegging van § 26 TKG in die zin dat verweerster uitsluitend op basis van de elementen van § 26, lid 1, TKG een onderzoek „vooraf” had moeten uitvoeren (a), als aspecten die ervoor pleiten dat verweerster – zoals voorheen – moet beslissen over het opleggen van toegangsverplichtingen in het kader van een „geheel van doelstellingen” (b).

a) De bewoordingen van de bepaling lijken in eerste instantie te pleiten *voor* een uitlegging van § 26 TKG in die zin dat verweerster uitsluitend op basis van de elementen van § 21, lid 1, TKG „vooraf” een onderzoek had moeten uitvoeren („indien anders de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte retailmarkt zou worden belemmerd en het belang van de eindgebruiker zou worden aangetast.”). De reden hiervoor is dat in § 26, lid 1, TKG – in tegenstelling tot § 21, lid 1, eerste zin, van de Telekommunikationsgesetz van 22 juni 2004, ingetrokken bij artikel 61 van de wet van 23 juni 2021 (BGBl. I blz. 1858) [,] – de formulering „met name” is geschrapt. Ter ondersteuning van deze uitlegging van § 26, lid 1, TKG kan ook worden betoogd dat de wetgever de formulering „met name” systematisch uit de bewoordingen heeft geschrapt om „de oriëntatie van de toegangsregelgeving op wholesaleniveau op het wegnemen van het mededingingsprobleem op de retailmarkt” te verduidelijken (zie BT-Drs. 19/26108, blz. 263). Hieruit kan in voorkomend geval de bedoeling van de wetgever worden afgeleid om de mogelijkheid om toegangsverplichtingen op te leggen op het „of”-niveau te beperken tot specifieke redenen voor regelgeving, dit in tegenstelling tot de tot dan toe gevolgde benadering. Hiervoor kan ook worden aangevoerd dat de wetgever in § 26 TKG de vroegere § 21, lid 1, TKG 2004 systematisch heeft opgesplitst in twee leden. Ook het volgende pleit voor de hiermee gesuggereerde autonomie van § 26, lid 1, TKG: Vanuit systematisch oogpunt zou § 26, lid 1, TKG, die de individuele redenen voor regelgeving limitatief benoemt, niet nodig zijn als er uiteindelijk een breed, gezamenlijk onderzoek zou moeten plaatsvinden of zou mogen plaatsvinden via § 26, lid 2, TKG. De autonome werkingsfeer van § 26, lid 1, TKG is alleen herkenbaar in een gefaseerd onderzoek.

b) Er zijn echter *ook* sterke aanwijzingen dat verweerster moest beslissen om toegangsverplichtingen op te leggen in het kader van een „geheel van doelstellingen”. Het is juist dat volgens de totstandkomingsgeschiedenis de schrapping van de formulering „met name” was ingegeven door de wens „de oriëntatie van de toegangsregelgeving op wholesaleniveau op het wegnemen van

het mededingingsprobleem op de retailmarkt” te verduidelijken. *Tegelijkertijd* werd de schrapping van de formulering „met name” ook gerechtvaardigd door het feit dat in dit verband rekening werd gehouden met de overeenkomstige schrapping in artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC. Deze verwijzing is onbegrijpelijk. Artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC bevat weliswaar niet het woord „insbesondere”, maar de opsomming van de redenen voor regelgeving wordt ook in de geldende versie ingeleid met de woorden „unter anderem wenn”. Deze inleiding is ook in andere taalversies te vinden: Nederlands („onder andere wanneer”), Frans („notamment lorsqu’elles”), Italiaans („in particolare qualora”). In de Engelstalige versie lijkt er daarentegen geen inleiding van de opsomming te zijn („in situations when”). Of de Engelstalige versie in de Duitse toelichting op het TKG als de „juiste versie” werd aangeduid, kan slechts worden vermoed. De enige conclusie die uit de totstandkomingsgeschiedenis van § 26, lid 1, TKG kan worden getrokken, is dat de totstandkomingsgeschiedenis meer vragen oproept dan beantwoordt. Maar vooral: Ter ondersteuning van deze tweede opvatting kan worden betoogd dat de rechtspraak van het Bundesverwaltungsgericht inzake de mogelijkheid om in het kader van het onderzoek van § 21, lid 1, TKG 2004 een „geheel van doelstellingen” te vormen, niet is gebaseerd op § 21, lid 1, eerste zin, TKG 2004 en op de formulering „met name” die daarin nog als inleidingspunt voorkwam, maar rechtstreeks is ontleend aan § 21, lid 1, tweede zin, TKG 2004, dat door de woorden „bij het onderzoek” een verband legde met de eerste zin (BVerwG, arresten van 21 september 2018 – 6 C 8.17 –, juris punt 43, en 6 C 50.16, punten 41 en 47). Op basis hiervan kan § 26, lid 2, TKG, die met dezelfde woorden begint als § 21, lid 1, tweede zin, TKG 2004, mogelijk nog steeds worden geïnterpreteerd als de bepaling die het (uniforme en gezamenlijke) onderzoeksprogramma specificiert. Hier kan echter weer tegenin worden gebracht dat § 26, lid 2, eerste zin, TKG thans allereerst de zogenoemde „toereikendheidstoets” in § 26, lid 2, eerste zin, TKG bevat die verder gaat dan de oude § 21, lid 1, eerste zin, TKG 2004 (volgens de bewoordingen) en dat het onderzoek met verwijzing naar de doelstellingen van § 2 TKG alleen hierop betrekking lijkt te hebben. In § 26, lid 2, tweede zin, TKG worden vervolgens evenwel nog andere overwegingen genoemd, waarvan enerzijds niet helemaal duidelijk is hoe ze zich verhouden tot de „toereikendheidstoets” en waarvan anderzijds de autonome betekenis (zonder dat de eerste zin, tweede zinsdeel, erbij wordt betrokken) niet te begrijpen is.

2. Tegen de achtergrond van de mogelijkheid van richtlijnconforme uitlegging hangt de uitkomst van het geding af van het antwoord op de gestelde vragen. Indien artikel 72 of artikel 73 EECC zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling of de uitlegging daarvan, volgens welke bij het ambtshalve onderzoek van de „vraag of” een toegangsverplichting moet worden opgelegd voor civieltechnische voorzieningen, door de regelgevende instantie ook de doelstellingen van artikel 3 EECC en, in voorkomend geval, andere doelstellingen in een gebundeld onderzoek kunnen worden opgenomen, naast de voorwaarden vermeld in artikel 72, lid 1, EECC (belemmering van de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte markt of aantasting van het belang van de eindgebruiker), zou het beroep van verzoekster slagen (a). Indien artikel 72 of

artikel 73 EECB zich daarentegen niet verzetten tegen een nationale wettelijke regeling of de uitlegging daarvan, volgens welke bij het ambtshalve onderzoek van de „vraag of” een toegangsverplichting moet worden opgelegd voor civieltechnische voorzieningen, door de regelgevende instantie ook de doelstellingen van artikel 3 EECB en, in voorkomend geval, andere doelstellingen in een gebundeld onderzoek kunnen worden opgenomen, naast de voorwaarden vermeld in artikel 72, lid 1, EECB (belemmering van de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte markt of aantasting van het belang van de eindgebruiker), zou het beroep van verzoekster niet slagen (b).

a) Indien artikel 72, lid 1, of artikel 72, lid 2, EECB, telkens in samenhang met artikel 68, lid 1, EECB, zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling of de uitlegging daarvan, volgens welke bij het ambtshalve onderzoek van de „vraag of” een toegangsverplichting moet worden opgelegd voor civieltechnische voorzieningen, door de regelgevende instantie ook de doelstellingen van artikel 3 EECB en, in voorkomend geval, andere doelstellingen in een gebundeld onderzoek kunnen worden opgenomen, naast de voorwaarden vermeld in artikel 72, lid 1, EECB (belemmering van de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte markt of aantasting van het belang van de eindgebruiker), zou het beroep van verzoekster slagen. In dat geval zou § 26, leden 1 en 2, TKG immers aldus moeten worden uitgelegd dat verweerster „vooraf” een onderzoek had moeten uitvoeren aan de hand van enkel de elementen van § 21, lid 1, TKG („indien anders de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte retailmarkt zou worden belemmerd en het belang van de eindgebruiker zou worden aangetast”). Dit zou tot gevolg hebben dat het bestreden besluit waarschijnlijk onwettig is; dit geldt los van de vraag of het onderzoek van de „vraag of” een toegangsverplichting moet worden opgelegd, in eerste instantie slechts „globaal” in de zin van „een” toegangsverplichting in de zin van § 3, punt 74, TKG aan de orde is, dan wel „concreet” met het oog op een alternatief voor het verlenen van toegang als bedoeld in § 26, lid 3, TKG. Dit blijkt reeds uit het feit dat verweerster ten gronde niet de bepaling van § 26, lid 1, TKG in de nieuwe versie, maar die van § 21 TKG in de oude versie heeft aangehaald, hoewel er relevante wijzigingen zijn; dit alleen al wijst op het bestaan van een vergissing. Ook ten gronde heeft verweerster nooit zelfstandig onderzocht of zonder de verlening van toegang de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte retailmarkt in het algemeen zou worden belemmerd en het belang van de eindgebruiker zou worden aangetast. De „verspreide” onderzoeken van deze kenmerken door verweerster kunnen deze tekortkoming niet verhelpen: Voor zover op de bladzijden 106 e.v. van het bestreden besluit (openbare versie) in het kader van een „geheel van doelstellingen” ook melding wordt gemaakt van de bevordering van de mededinging en de bescherming van de consumentenbelangen, is dit kennelijk niet voldoende om recht te doen aan de aldus begrepen vereisten van § 26, lid 1, TKG. Enerzijds wordt niet onderzocht of zonder de verlening van toegang de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte retailmarkt zou worden belemmerd en het belang van de eindgebruiker zou worden aangetast; de „bevordering” of „bescherming” van bepaalde belangen en hun „belemmering” of „aantasting” zijn verschillende

criteria. Anderzijds werd naast de twee genoemde belangen ook rekening gehouden met andere belangen. Hetzelfde geldt voor de verklaringen op de bladzijden 117, 119, 129 en 134 e.v. van het bestreden besluit (openbare versie). Aan het voorgaande wordt ook niet afgedaan door de vervanging van het woord „en” door het woord „of” (zoals in § 21, lid 1, TKG oude versie) in § 26, lid 1, TKG op basis van een uitlegging conform het gemeenschapsrecht. Verweerster heeft namelijk onvoldoende onderzocht of zonder de verlening van toegang de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte retailmarkt zou worden belemmerd, en of het belang van de eindgebruiker zou worden aangetast (zie hierboven).

b) Indien artikel 72, lid 1, of artikel 73 EECC zich daarentegen niet verzetten tegen een nationale wettelijke regeling of de uitlegging daarvan, volgens welke bij het ambtshalve onderzoek van de „vraag of” een toegangsverplichting moet worden opgelegd voor civieltechnische voorzieningen, door de regelgevende instantie ook de doelstellingen van artikel 3 EECC en, in voorkomend geval, andere doelstellingen in een gebundeld onderzoek kunnen worden opgenomen, naast de voorwaarden vermeld in artikel 72, lid 1, EECC (belemmering van de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte markt of aantasting van het belang van de eindgebruiker), zou het beroep van verzoekster niet slagen. In dat geval zou § 26, leden 1 en 2, TKG immers aldus moeten worden uitgelegd dat verweerster „vooraf” een onderzoek had moeten uitvoeren aan de hand van enkel de elementen van § 21, lid 1, TKG („indien anders de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte retailmarkt zou worden belemmerd en het belang van de eindgebruiker zou worden aangetast”). Het bestreden besluit zou dan waarschijnlijk rechtmatig zijn, aangezien verweerster dan een „onderzoek van het geheel van doelstellingen” had mogen uitvoeren, zoals zij heeft gedaan.

Aan het feit dat de uitkomst van het geding afhangt van het antwoord op deze vraag, wordt evenmin afgedaan doordat het bestreden besluit om andere redenen nietig moet worden verklaard. Voor zover verzoekster het besluit van het Bundesnetzagentur heeft aangevochten met andere dan de hierboven aangehaalde argumenten, kunnen deze argumenten waarschijnlijk niet slagen (zie de beslissing in kort geding).

IV.

De gestelde vraag kan door de verwijzende rechter niet worden beantwoord in de zin van een „acte clair”. Volgens de verwijzende rechter wordt de gestelde vraag niet rechtstreeks beantwoord door artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC (1.) en evenmin door artikel 72, lid 1, EECC (2.). Het is echter niet duidelijk hoe artikel 73, lid 2, EECC moet worden toegepast (3.).

1. Volgens de verwijzende rechter wordt de gestelde vraag niet rechtstreeks beantwoord door artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC. Dit is reeds te verklaren door het feit dat volgens de verwijzende rechter voor het opleggen van een

verplichting om toegang te verlenen tot civieltechnische voorzieningen allereerst alleen de bepaling van artikel 72 EK van toepassing is (*lex specialis*). Als men dit echter anders zou bekijken, roept artikel 73 EECC drie problemen op met betrekking tot de gestelde vraag: In de eerste plaats lopen de taalversies van de bepaling uiteen (a); in de tweede plaats is de inhoud van artikel 73, lid 2, EECC onduidelijk (b). Ten slotte is de verhouding tot artikel 68, lid 4, onder c), EECC problematisch (c).

a) In de eerste plaats lopen de taalversies van artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC uiteen met betrekking tot de gestelde vraag: De Duitse versie van artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC bevat weliswaar niet het woord „insbesondere”, maar de opsomming van de redenen voor regelgeving wordt ook in de geldende versie ingeleid met de woorden „unter anderem wenn”. Deze inleiding is ook in andere taalversies te vinden: Nederlands („onder andere wanneer”), Frans („notamment lorsqu’elles”), Italiaans („in particolare qualora”). In de Engelstalige versie lijkt er daarentegen geen inleiding van de opsomming te zijn („in situations when”). Dat is anders in het geval van artikel 72, lid 1, EECC. In alle door de leden van de kamer begrepen taalversies heeft de bepaling dezelfde inhoud.

b) In de tweede plaats doet artikel 73, lid 2, EECC de vraag rijzen of uit deze bepaling volgt dat naast de in artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC genoemde belangen rekening dient te worden gehouden met andere afwegingsfactoren. In dit verband roept deze bepaling om te beginnen de vraag op of zij meer bevat dan de „toereikendheidstoets”. De rechtstreekse bewoordingen van artikel 73, lid 2, EECC pleiten voor een beperking tot een „toereikendheidstoets”; hiertegen pleiten evenwel de criteria van artikel 73, lid 2, derde zin, onder d), e), f) en h), EECC, waar de verwijzing naar een „toereikendheidstoets” niet helemaal duidelijk is. Evenzo lijken de overwegingen 188 e.v. van de richtlijn er eerder voor te pleiten om de inhoud van de bepaling niet te beperken tot de „toereikendheidstoets” (aldus uiteindelijk ook Broemel, in: Geppert/Schütz, Beck’scher TKG-Kommentar, 5e editie 2023, Inleiding B punt 30). Ervan uitgaande dat de in artikel 73, lid 2, EECC genoemde voorschriften niet alleen in aanmerking moeten worden genomen in het kader van de toereikendheidstoets, roept de bepaling ook de vraag op of naast de in artikel 73, lid 2, derde zin, onder a) tot en met h), EECC genoemde criteria ook de doelstellingen van artikel 3 EECC in aanmerking moeten worden genomen.

c) Tot slot is de verhouding tot artikel 68, lid 4, onder c), EECC problematisch. Volgens deze bepaling moeten de overeenkomstig artikel 68 opgelegde verplichtingen gerechtvaardigd zijn in het licht van de doelstellingen vervat in artikel 3 EECC; deze bepaling moet ook in acht worden genomen bij het opleggen van verplichtingen uit hoofde van artikel 73 EECC (artikel 68, lid 2, lid 3, eerste alinea, artikel 73, lid 1, eerste alinea). Nu bevat artikel 73, lid 1, eerste alinea, net als artikel 72, lid 1, EECC en anders dan artikel 72, lid 2, EECC geen verwijzing naar de doelstellingen van artikel 3 EECC. Moeten de doelstellingen van artikel 3 EECC, niettegenstaande deze opzet, reeds in aanmerking worden genomen bij het onderzoek van de „vraag of” een toegangsverplichting moet worden opgelegd? Of

wordt de opzet van artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC respectievelijk artikel 72, lid 1, EECC met betrekking tot artikel 72, lid 2, EECC aldus opgevat dat in het kader van de eerste twee bepalingen bij het onderzoek van de „vraag of” een toegangsverplichting moet worden opgelegd, de doelstellingen van artikel 3 EECC om te beginnen niet in aanmerking hoeven te worden genomen. Pas wanneer in deze eerste stap de „vraag of” een toegangsverplichting moet worden opgelegd, bevestigend wordt beantwoord, dient vervolgens in een tweede stap bij het onderzoek van de concrete maatregelen te worden gerefereerd aan artikel 68, lid 4, onder c), EECC.

2. Volgens de verwijzende rechter wordt de gestelde vraag ook niet rechtstreeks beantwoord door artikel 72, lid 1, EECC. Deze bepaling veronderstelt immers dat de civieltechnische voorzieningen in overeenstemming met de marktanalyse deel uitmaken van de betrokken markt. Dit wordt ondersteund door de verwijzing in de bepaling naar artikel 68 EECC (zie ook Neumann, N&R 2019, 152 <158>) en de bepaling van artikel 72, lid 2, EECC (*argumentum e contrario*). Dit is hier niet het geval. Om te beginnen doet het dus niet ter zake dat de bepaling van artikel 72, lid 1, EECC, gelet op de bewoordingen ervan – in alle bovengenoemde door de leden van de kamer begrepen taalversies – een gesloten of uitputtende lijst van redenen voor regelgeving bevat die pleit tegen de toelaatbaarheid van een „onderzoek van een geheel van doelstellingen”. Ook kan worden voorbijgegaan aan het feit dat de verhouding tussen artikel 72, lid 1, EECC en artikel 68, lid 4, onder c), EECC – net als bij artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC – onduidelijk is (IV 1 c).

3. Volgens de verwijzende rechter zal artikel 72, lid 2, EECC „*sedes materiae*” van de probleemoplossing zijn. Volgens de bewoordingen van de bepaling – verwijzing naar de doelstellingen van artikel 3 EECC – lijkt de gestelde vraag duidelijk te moeten worden beantwoord in die zin dat de nationale regelgevende instanties bij het onderzoek van de „vraag of” een verplichting moet worden opgelegd om toegang te verlenen tot civieltechnische voorzieningen die in overeenstemming met de marktanalyse geen deel uitmaken van de betrokken markt, in ieder geval ook mogen onderzoeken of de verplichting noodzakelijk en evenredig is met het oog op de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 3; in dit verband is er ook een parallel met artikel 68, lid 4, onder c), EECC. Maar de bepaling is in zoverre ook slechts schijnbaar duidelijk, omdat zowel de verhouding tot artikel 72, lid 1, EECC (a) als de verhouding tot artikel 73 EECC (b) onduidelijk zijn.

a) In de eerste plaats is niet duidelijk hoe de verhouding tussen de leden 1 en 2 van artikel 72 EECC moet worden begrepen: Enerzijds volgt uit de bewoordingen van artikel 72, lid 1, EECC met het oog op artikel 68 EECC dat de bepaling slechts kan worden begrepen in relatie tot een onderneming met aanmerkelijke marktmacht op een eventuele markt voor civieltechnische voorzieningen (zie boven). Dit zou tot gevolg hebben dat artikel 72, lid 2, EECC zou kunnen worden opgevat als een afzonderlijk regelgevend instrument, waaraan autonome voorwaarden zijn verbonden voor gevallen waarin, zoals in casu, een dergelijke

markt juist niet in aanmerking is genomen. Dit zou echter weer tot gevolg hebben dat aan de onderneming met aanmerkelijke marktmacht op een markt voor civieltechnische voorzieningen slechts verplichtingen inzake toegang tot de civieltechnische voorzieningen kunnen worden opgelegd onder strengere voorwaarden dan die welke gelden in de in artikel 72, lid 2, EECC bedoelde gevallen; hoe dan ook is de strekking van een dergelijk onderscheid niet onmiddellijk duidelijk. Anderzijds kan artikel 72, lid 1, EECC in voorkomend geval ook worden gelezen als een basisnorm die in artikel 72, lid 2, EECC slechts voor een specifiek geval wordt geconcretiseerd. Een dergelijke uitlegging wordt ondersteund door het feit dat in artikel 72, lid 2, EECC sprake is van een toegang „overeenkomstig dit artikel”; het lijkt er dus op dat de toegang onder uniforme basisvoorwaarden wordt verleend, en dat, met een dergelijke uitlegging, een uniforme inhoud van artikel 72, leden 1 en 2, EECC zou kunnen worden vastgesteld.

b) In de tweede plaats is niet duidelijk hoe de verhouding van artikel 72, lid 2, EECC tot artikel 73 EECC moet worden begrepen. Het is moeilijk vast te stellen of de voorwaarden van artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC ook dan van toepassing zijn op de in artikel 72, lid 2, EECC bedoelde maatregelen wanneer besluiten worden genomen in het kader van een „geheel van maatregelen” (aa). Verdere problemen rijzen wanneer wordt uitgegaan van een „uniforme” uitlegging van artikel 72, leden 1 en 2, EECC – zoals zojuist toegelicht onder IV 3 a (bb).

aa) Het is onduidelijk of de voorwaarden van artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC ook dan van toepassing zijn op maatregelen op grond van artikel 72, lid 2, EECC wanneer – zoals in casu – in het kader van een „geheel van maatregelen” wordt beslist. Het is juist dat – ook in verhouding tot artikel 72, lid 1, EECC – het ontbreken van de onderzoekspunten „de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte retailmarkt [...] belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker” in artikel 72, lid 2, EECC in beginsel kan worden verklaard door het feit dat de gemeenschapswetgever ervan uitging dat de maatregelen van artikel 73 en artikel 72 EECC worden opgelegd in een „geheel van maatregelen”, waardoor de beperkingen volgens artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC ook van toepassing zijn op het opleggen van verplichtingen op grond van artikel 72, lid 2, EECC; dit zou resulteren in een „synchronisatie” van de vereisten van artikel 73, lid 1, eerste alinea, en van artikel 72, lid 2, EECC. Dit lijkt ook te worden ondersteund door artikel 73, lid 2, tweede alinea, EECC en het lijkt ook de opvatting van de Duitse wetgever te zijn geweest. Het gevolg zou zijn dat de moeilijkheden bij de uitlegging van artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC (IV 1.) ook „doorwerken” in artikel 72, lid 2, EECC.

Uit de bewoordingen van de normen kan deze opvatting voor een handelen in een „geheel van maatregelen”, met als gevolg dat de vereisten van artikel 73, lid 1, eerste alinea, worden overgenomen voor een handelen op grond van artikel 72, lid 2, EECC, niet worden afgeleid. Tegen een „synchroon lopen” van de vereisten voor een handelen op grond van artikel 72, lid 2, en een handelen op grond van artikel 73 EECC pleit veeleer dat artikel 73, lid 2, tweede alinea, EECC en in het

bijzonder de daarin in de Duitse taalversie gebruikte formulering „bloße Auferlegung” (loutere oplegging) erop wijzen dat de Uniewetgever de toegangsverplichting met betrekking tot civieltechnische voorzieningen in beginsel minder ingrijpend acht; ook overweging 187 EECC wijst in die richting (zie Neumann, N&R 2016, 262 <267> en N&R 2018, 204 <206 f.>; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Als dit het geval zou zijn, zou dit ervoor pleiten om aan een handelen op grond van artikel 72, lid 2, EECC minder verstrekkende – en niet synchroon lopende – eisen te stellen.

bb) Verdere problemen rijzen wanneer wordt uitgegaan van een „uniforme” uitlegging van artikel 72, leden 1 en 2, EECC – zoals zojuist toegelicht onder IV 3 a). Als men dan kijkt naar de verhouding tussen artikel 72, lid 1, en artikel 73 EECC[,] wordt – mogelijk afhankelijk van de taalversies van artikel 73 EECC – in artikel 72, lid 1, EECC een beperkter onderzoeksprogramma geformuleerd dan in artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC. Anderzijds wijst het bestaan van artikel 73, lid 2, tweede alinea, EECC er evenwel op dat de Uniewetgever de toegangsverplichting met betrekking tot civieltechnische voorzieningen in beginsel als minder ingrijpend beschouwt (zie hierboven). Dit staat op zijn beurt in zekere zin op gespannen voet met artikel 72, lid 1, EECC dat de redenen voor regelgeving die in dit opzicht mogelijk zijn, nauwer definieert dan artikel 73, lid 1, eerste alinea, EECC – in de Duitse versie, zie hierboven – en in het bijzonder mogelijk niet voor andere afwegingsbelangen openstelt. Veelzeggend is dat in het kader van artikel 73, lid 2, tweede alinea, EECC niet de vraag wordt gesteld of de loutere oplegging van verplichtingen op grond van artikel 72 EECC een evenredig middel is om een belemmering van de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte markt te voorkomen, maar of de verplichting op grond van artikel 72 EECC een evenredig middel is om de concurrentie en de belangen van de eindgebruiker te bevorderen. Of iets wordt belemmerd of slechts wordt bevorderd, zijn twee verschillende criteria.

[OMISSIS]