

**Affaire C-327/24 [Lolach] <sup>i</sup>**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

3 mai 2024

**Jurisdiction de renvoi :**

Verwaltungsgericht Köln (tribunal administratif de Cologne, Allemagne)

**Date de la décision de renvoi :**

2 mai 2024

**Partie requérante :**

Telekom Deutschland GmbH

**Partie défenderesse :**

République fédérale d'Allemagne

---

**Verwaltungsgericht Köln (tribunal administratif de Cologne)**

**Ordonnance**

[OMISSIS]

Dans le cadre de la procédure administrative contentieuse opposant

Telekom Deutschland GmbH, [OMISSIS] Bonn,

partie requérante,

[OMISSIS]

à

République fédérale d'Allemagne [OMISSIS],

<sup>i</sup> Le nom de la présente affaire est un nom fictif. Il ne correspond au nom réel d'aucune partie à la procédure.

partie défenderesse,

en matière de droit des télécommunications

la 21<sup>e</sup> chambre du Verwaltungsgericht Köln (tribunal administratif de Cologne),

le 2 mai 2024

[OMISSIS]

a décidé ce qui suit :

Il est sursis à statuer.

La question suivante est posée à la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'une procédure de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE :

Les articles 72 et 73 de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2018, établissant le code des communications électroniques européen (JO 2018, L 321, p. 36), doivent-ils être interprétés en ce sens que les autorités de régulation nationales, lorsqu'elles examinent la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation d'accès à des actifs de génie civil qui ne font pas partie du marché pertinent selon l'analyse de marché,

doivent *uniquement* examiner le point de savoir si l'absence d'imposition de cette obligation empêcherait l'émergence d'un marché concurrentiel durable ou ne servirait pas les intérêts de l'utilisateur final \*,

*ou*

si l'imposition d'une obligation d'accès à de tels actifs peut être examinée au regard d'un « faisceau d'objectifs » qui inclut, en sus des conditions susmentionnées et *au même rang* que celles-ci, les autres objectifs énoncés à l'article 3 de la directive 2018/1972, voire d'autres objectifs encore.

\* Ndt : On observe une différence, à cet égard, entre la version de langue française et la version de langue allemande de l'article 72, paragraphe 1, in fine, de la directive 2018/1972, les deux propositions étant reliées par la conjonction « et » dans la version française (« empêcheraient l'émergence d'un marché concurrentiel durable **et** ne serviraient pas les intérêts de l'utilisateur final »), mais par la conjonction « oder » (« ou ») dans la version allemande (« die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes behindern **oder** den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden »).

## **Motifs**

### **I.**

Le litige porte, en substance, sur la question de la légalité de l'imposition d'obligations d'accès à la requérante.

En ce qui concerne l'imposition d'obligations d'accès, les articles 72 et 73 de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (ci-après le « CCEE »), dans leur version en langue allemande – il y a en effet des divergences entre les versions linguistiques, en tout cas en ce qui concerne l'article 73 – énoncent ce qui suit :

#### **Article 72**

##### **Accès au génie civil**

1. Une autorité de régulation nationale peut, conformément à l'article 68, imposer des obligations aux entreprises pour satisfaire les demandes raisonnables visant à obtenir l'accès au génie civil et à pouvoir utiliser celui-ci, y compris, mais pas uniquement, les bâtiments ou les accès aux bâtiments, le câblage des bâtiments, les antennes, les tours et autres constructions de soutènement, les poteaux, les pylônes, les gaines, les conduites, les chambres de visite, les regards de visite et les armoires, lorsque, ayant étudié l'analyse de marché, l'autorité de régulation nationale conclut qu'un refus d'octroi de l'accès ou des conditions d'accès déraisonnables ayant un effet similaire empêcheraient l'émergence d'un marché concurrentiel durable et ne serviraient pas les intérêts de l'utilisateur final.
2. Les autorités de régulation nationales peuvent imposer à une entreprise des obligations en matière de fourniture d'accès conformément au présent article, que les actifs touchés par les obligations fassent ou non partie du marché pertinent selon l'analyse de marché, à condition que lesdites obligations soient proportionnées et nécessaires pour atteindre les objectifs énoncés à l'article 3.

#### **Article 73**

##### **Obligations relatives à l'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées et à leur utilisation**

1. Les autorités de régulation nationales peuvent, conformément à l'article 68, imposer à des entreprises des obligations pour satisfaire les demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées et d'utilisation de ces éléments et ressources, notamment lorsqu'elles considèrent qu'un refus d'octroi de l'accès ou des

conditions déraisonnables ayant un effet similaire empêcheraient l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable et ne serviraient pas les intérêts de l'utilisateur final.

Les autorités de régulation nationales peuvent, entre autres, imposer aux entreprises :

- a) d'accorder à des tiers l'accès à des éléments physiques de réseau spécifiques et aux ressources associées, le cas échéant, y compris l'accès dégroupé à la boucle et à la sous-boucle locales, et d'en autoriser l'utilisation ;
- b) d'accorder à des tiers l'accès à des éléments et des services de réseau actifs ou virtuels spécifiques ;
- c) de négocier de bonne foi avec les entreprises qui demandent un accès ;
- d) de ne pas retirer l'accès aux ressources lorsqu'il a déjà été accordé ;
- e) d'offrir des services spécifiques en gros en vue de la revente par des tiers ;
- f) d'accorder un accès ouvert aux interfaces techniques, protocoles ou autres technologies clés qui revêtent une importance essentielle pour l'interopérabilité des services ou des services de réseaux virtuels ;
- g) de fournir une possibilité de colocalisation ou d'autres formes de partage des ressources associées ;
- h) de fournir les services spécifiques nécessaires pour garantir aux utilisateurs l'interopérabilité des services de bout en bout ou l'itinérance sur les réseaux mobiles ;
- i) de fournir l'accès à des systèmes d'assistance opérationnelle ou à des systèmes logiciels similaires nécessaires pour garantir l'existence d'une concurrence loyale dans la fourniture des services ;
- j) d'interconnecter des réseaux ou des ressources de réseau ;
- k) de donner accès à des services associés comme ceux relatifs à l'identité, à la localisation et à l'occupation.

Les autorités de régulation nationales peuvent soumettre ces obligations à des conditions concernant le caractère équitable ou raisonnable et le délai.

2. Lorsqu'elles examinent l'opportunité d'imposer l'une des obligations spécifiques possibles visées au paragraphe 1 du présent article, et en

particulier lorsqu'elles évaluent, conformément au principe de proportionnalité, si et comment ces obligations devraient être imposées, les autorités de régulation nationales analysent si d'autres formes d'accès aux intrants de gros, que ce soit sur le même marché ou sur un marché de gros connexe, seraient suffisantes pour remédier au problème constaté dans l'intérêt des utilisateurs finaux. Cette analyse englobe les offres d'accès commerciales, la régulation de l'accès en application de l'article 61, ou la régulation de l'accès, existante ou prévue, à d'autres intrants de gros en application du présent article. Les autorités de régulation nationales prennent, notamment, en considération les éléments suivants :

- a) la viabilité technique et économique de l'utilisation ou de la mise en place de ressources concurrentes, compte tenu du rythme auquel le marché évolue et de la nature et du type d'interconnexion ou d'accès concerné, y compris la viabilité d'autres produits d'accès en amont, tels que l'accès aux gaines ;
- b) l'évolution technologique attendue concernant la conception et la gestion des réseaux ;
- c) la nécessité de garantir une neutralité technologique permettant aux parties de concevoir et de gérer leurs propres réseaux ;
- d) le degré de faisabilité de la fourniture d'accès offerte, compte tenu de la capacité disponible ;
- e) l'investissement initial réalisé par le propriétaire des ressources, en tenant compte des éventuels investissements publics réalisés et des risques inhérents à l'investissement, une attention particulière étant accordée aux investissements réalisés dans les réseaux à très haute capacité et aux niveaux de risque associés à ces réseaux ;
- f) la nécessité de préserver la concurrence à long terme, une attention particulière étant accordée à la concurrence économiquement efficace fondée sur les infrastructures et aux modèles d'activité innovants au service d'une concurrence durable, tels que ceux fondés sur le co-investissement dans les réseaux ;
- g) le cas échéant, les éventuels droits de propriété intellectuelle pertinents ;
- h) la fourniture de services paneuropéens.

Lorsqu'une autorité de régulation nationale envisage, conformément à l'article 68, d'imposer des obligations sur le fondement de l'article 72 ou du présent article, elle examine si l'imposition d'obligations sur le seul fondement de l'article 72 serait un moyen proportionné de promouvoir la concurrence et les intérêts de l'utilisateur final.

3. Lorsque les autorités de régulation nationales imposent à une entreprise l'obligation de fournir un accès conformément au présent article, elles peuvent fixer des conditions techniques ou opérationnelles auxquelles le fournisseur ou les bénéficiaires de cet accès doivent satisfaire lorsque cela est nécessaire pour assurer le fonctionnement normal du réseau. Les obligations de suivre des normes ou spécifications techniques particulières respectent les normes et spécifications établies conformément à l'article 39.

Le législateur allemand a transposé ces deux dispositions dans une seule, celle de l'article 26 du Telekommunikationsgesetz (loi sur les télécommunications) du 23 juin 2021, dans sa version du 10 septembre 2021, modifiée en dernier lieu, à la date pertinente en l'espèce, par la loi du 20 juillet 2022 (BGBl. I p. 1166) – ci-après le « TKG » –, qui est libellée en les termes suivants :

### **Article 26 Obligations d'accès**

(1) La Bundesnetzagentur (Agence fédérale des réseaux) peut obliger une entreprise disposant d'une puissance significative sur le marché à accorder un accès à d'autres entreprises lorsqu'un refus d'accès empêcherait l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable et nuirait aux intérêts de l'utilisateur final.

(2) Lorsqu'elle examine si les obligations d'accès visées au paragraphe 1 sont justifiées et, le cas échéant, lesquelles, et si elles sont proportionnées aux objectifs visés à l'article 2, la Bundesnetzagentur vérifie si

1. les obligations qui ont déjà été imposées ou qui vont selon toute prévision être imposées en vertu de la présente partie, ou les accords commerciaux en matière d'accès qui ont déjà été conclus ou qui sont proposés sur le marché de gros, qu'il s'agisse du marché concerné ou d'un marché connexe, et

2. la simple imposition d'obligations au titre du paragraphe 3, point 10,

suffisent à garantir les objectifs visés à l'article 2. Ce faisant, la Bundesnetzagentur prend notamment en considération :

1. la viabilité technique et économique de l'utilisation ou de la mise en place de ressources concurrentes, compte tenu du rythme auquel le marché évolue et de la nature et du type d'interconnexion et d'accès concerné, y compris la viabilité d'autres produits d'accès en amont ;

2. le degré de faisabilité de la fourniture d'accès proposée, compte tenu de la capacité disponible ;

3. l'investissement initial réalisé par le propriétaire des ressources, en tenant compte des éventuels investissements publics réalisés et des

risques inhérents à l'investissement, et notamment des risques associés aux investissements réalisés dans les réseaux à très haute capacité ;

4. la nécessité de préserver la concurrence à long terme, une attention particulière étant accordée à la concurrence économiquement efficace fondée sur les infrastructures et aux modèles d'activité innovants ;

5. les droits de propriété intellectuelle pertinents ;

6. la fourniture de services paneuropéens, et

7. l'évolution technologique attendue concernant la conception et la gestion des réseaux ;

(3) Dans le respect du paragraphe 1, la Bundesnetzagentur peut notamment imposer les obligations suivantes aux entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché :

1. accorder l'accès à des éléments physiques de réseau spécifiques et aux ressources associées, y compris l'accès physiquement dégroupé à la boucle locale ;

2. ne pas retirer l'accès aux ressources lorsqu'il a déjà été accordé ;

3. accorder l'accès à certains composants et services de réseau actifs ou virtuels, y compris l'accès virtuellement dégroupé au haut débit ;

4. fournir les services spécifiques nécessaires pour garantir aux utilisateurs l'interopérabilité des services de bout en bout ou l'itinérance sur les réseaux mobiles ;

5. fournir l'accès à des systèmes d'assistance opérationnelle ou à des systèmes logiciels similaires nécessaires pour garantir l'égalité des chances dans la concurrence dans la fourniture des services, tout en assurant l'efficacité des installations existantes ;

6. donner accès à des services associés comme ceux relatifs à l'identité, à la localisation et à l'occupation.

7. permettre l'interconnexion de réseaux publics de télécommunications ;

8. accorder un accès ouvert aux interfaces techniques, protocoles ou autres technologies clés qui revêtent une importance essentielle pour l'interopérabilité des services ou des services de réseaux de télécommunications virtuels ;

9. permettre la colocalisation ou d'autres formes de partage des ressources associées et d'accorder à tout moment l'accès à ces ressources aux demandeurs ou à leurs mandataires ; et

10. accorder l'accès au génie civil, y compris, mais pas uniquement, les bâtiments ou les accès aux bâtiments, le câblage des bâtiments, les antennes, les tours et autres constructions de soutènement, les poteaux, les pylônes, les gaines, les conduites, les chambres de visite, les regards de visite et les armoires, même si ces actifs ne font pas partie du marché pertinent visé à l'article 10, à condition que l'obligation d'accès soit nécessaire et proportionnée au regard du problème identifié dans l'analyse de marché visée à l'article 11.

(4) Si une entreprise démontre que l'utilisation de la prestation compromettrait la préservation de l'intégrité du réseau ou la sécurité de son exploitation, la Bundesnetzagentur n'impose pas l'obligation d'accès en question ou l'impose sous une autre forme. Le maintien de l'intégrité du réseau et la sécurité de son exploitation doivent être évalués selon des critères objectifs.

(5) Lorsque la Bundesnetzagentur impose à une entreprise une obligation d'accès, elle peut fixer des conditions techniques ou opérationnelles auxquelles le fournisseur ou les bénéficiaires de cet accès doivent satisfaire lorsque cela est nécessaire pour assurer le fonctionnement normal du réseau de télécommunications. Les obligations de suivre des normes ou spécifications techniques particulières respectent les normes et spécifications établies conformément à l'article 39 de la directive (UE) 2018/1972.

(6) Il convient, dans le cadre de l'exécution des obligations d'accès, d'autoriser les possibilités d'utilisation des prestations d'accès et de coopération entre les entreprises ayant obtenu un droit d'accès, à moins qu'une entreprise ne démontre, au cas par cas, qu'une possibilité d'utilisation ou de coopération n'est pas possible ou ne l'est que de manière limitée pour des raisons techniques.

## II.

La requérante est une entreprise qui offre des services de télécommunications et qui, dans ce contexte, a été désignée, dans le cadre de la définition du marché, du 10 octobre 2019, comme entreprise puissante sur le marché unique de produits et services pertinent concernant l'accès à la boucle locale en position déterminée. Toutefois, ce n'était *pas* un marché concernant l'accès aux actifs de génie civil qui faisait l'objet de cette définition du marché.

Par la suite, par décision du 21 juillet 2022, la Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Agence fédérale des réseaux pour l'électricité, le gaz, les télécommunications, la poste et les chemins de fer) de la défenderesse a imposé à la requérante, entre autres, ce qui suit :



« 1.1. : Donner à d'autres entreprises accès aux canalisations de câbles, ainsi qu'aux pylônes et systèmes de soutènement des lignes aériennes existant au moment de la demande, aux fins du déploiement et de l'exploitation de réseaux à très haute capacité en position déterminée, ou de l'accès à la boucle locale au niveau du sous-répartiteur ou MultiService Access Node (MSAN) (points 1.2 ou 1.3) dans le cadre des capacités disponibles, la (requérante) étant autorisée à conserver une réserve d'exploitation appropriée et à satisfaire en priorité ses propres besoins. Dans la mesure où l'accès ne sert pas à accéder à la boucle locale, l'obligation de prestation ainsi que les autres obligations qui s'y rattachent en vertu des points 2, 4, et 5, du dispositif commencent le 1<sup>er</sup> janvier 2024.

1.2. Accorder à d'autres entreprises un accès physiquement dégroupé à la boucle locale cuivre au niveau du répartiteur principal ou d'un point situé plus près de l'unité de raccordement d'abonnés que du répartiteur principal (notamment au niveau du sous-répartiteur ou du boîtier de terminaison – point de démarcation), sauf si les dispositions des annexes 1 et 2 au présent point du dispositif – respectivement, refus d'accès à la boucle locale à l'extérieur de la zone de proximité du répartiteur principal, et refus d'accès à la boucle locale à l'intérieur de la zone de proximité du répartiteur principal – lui permettent ou lui font obligation de refuser l'accès... »

Pour justifier sa décision, la Bundesnetzagentur explique notamment ce qui suit :

« Obligations d'accès

La chambre compétente a [OMISSIS] maintenu ou modifié comme suit les obligations d'accès qui avaient été imposées à la (requérante) sur le marché faisant l'objet de la présente procédure par la décision de régulation BK3g-09/085 du 21 mars 2011 (telle que modifiée par la décision de régulation BK3g-15/004 du 1<sup>er</sup> septembre 2016) :

1. Grille d'examen des critères d'évaluation en vertu de l'article 26 du TKG.

L'imposition d'obligations d'accès découle de l'article 26 du TKG.

En vertu de l'article 26, paragraphe 1, première phrase, du TKG, la Bundesnetzagentur peut obliger les opérateurs de réseaux publics de télécommunications puissants sur le marché à accorder à d'autres entreprises l'accès, y compris un accès dégroupé adapté à la demande, notamment lorsqu'un refus d'accès empêcherait l'émergence, en aval, d'un marché de détail concurrentiel durable, ou que cette évolution ne servirait pas les intérêts de l'utilisateur final. Lorsqu'elle examine si les obligations d'accès visées au paragraphe 1 sont justifiées et, le cas échéant, lesquelles, et si elles sont proportionnées aux objectifs de régulation visés à l'article 2 du TKG, la Bundesnetzagentur doit tenir compte, notamment, des critères énumérés à l'article 26, paragraphe 2, seconde phrase, points 1 à 7, du TKG. Il ressort de

la disposition susmentionnée et de son renvoi aux objectifs (et principes) de régulation prévus à l'article 2 du TKG que les mesures imposées doivent s'inscrire dans un vaste faisceau d'objectifs, tout en respectant, simultanément, certaines conditions qui s'imposent en amont (voir, à propos de l'article 21 du TKG 2004, BVerwG, arrêt du 21 septembre 2018 – 6 C 50/16 –, point 48, BVerwG, arrêt du 21 septembre 2018 – 6 C 8/17 –, BVerwGE 163, 181-232, considérant 51). Le faisceau d'objectifs pertinent dans le présent contexte se compose de quatre objectifs fondamentaux, certains étant déclinés en des nuances supplémentaires.

Le premier objectif fondamental est d'assurer la connectivité et de promouvoir l'accès, pour l'ensemble des citoyens et des entreprises, à des réseaux à très haute capacité, et la pénétration de tels réseaux (article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 2, point 1, du TKG). Le deuxième objectif fondamental est de promouvoir la concurrence. La concurrence sur le marché de détail (article 26, paragraphe 1, du TKG) est particulièrement pertinente à cet égard. Il s'agit de promouvoir des marchés de télécommunications durablement concurrentiels ainsi que les investissements d'infrastructure et les innovations qui y sont liés (article 26, paragraphe 1 ; article 26, paragraphe 2, seconde phrase, point 4 ; article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 2, point 2, point 3, sous e), et paragraphe 3, point 4, du TKG). L'égalité des chances doit en outre être garantie dans le cadre de la concurrence [article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 2, point 2, et paragraphe 3, point 2, du TKG]. Dans le cadre de la promotion de la concurrence, il convient de tenir dûment compte à la fois des zones à faible densité de population (article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 2, point 2 in fine, du TKG) et de la diversité des conditions liées à la concurrence qui prévalent dans les différentes zones géographiques au sein de la République fédérale d'Allemagne (article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 3, point 5, deuxième option, du TKG). Selon le troisième objectif fondamental, les intérêts des utilisateurs, et notamment des consommateurs, doivent être protégés dans le domaine des télécommunications (article 26, paragraphe 1 in fine ; article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 2, point 3, du TKG). L'objectif doit être d'offrir aux utilisateurs un maximum d'avantages en termes de choix, de prix et de qualité [article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 2, point 3, sous b), du TKG]. Les intérêts des utilisateurs et des consommateurs doivent notamment être promus en assurant la connectivité, la disponibilité à grande échelle et le déploiement accéléré de réseaux à très haute capacité, ainsi qu'en encourageant leur pénétration (article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 2, points 1 et 3a, du TKG). Il convient en outre de garantir des conditions de vie équivalentes dans les zones urbaines et rurales (article 26, paragraphe 2, première phrase,

lu conjointement à l'article 2, paragraphe 2, point 3b, du TKG). Dans ce contexte également, il convient de tenir dûment compte de la diversité des situations des consommateurs dans les différentes zones géographiques à l'intérieur de la République fédérale d'Allemagne (article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 3, point 5, troisième option, du TKG). Quatrièmement, il convient de promouvoir le développement du marché intérieur de l'Union européenne (article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 2, point 4, du TKG). Cela inclut la fourniture de services paneuropéens (article 26, paragraphe 2, seconde phrase, point 6, du TKG).

Il convient, lors de la réalisation des objectifs qui composent le faisceau susmentionné, de respecter un certain nombre de conditions qui s'imposent en amont. De manière générale, l'article 2, paragraphe 3, du TKG énonce que la Bundesnetzagentur applique des principes de régulation objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés dans la poursuite des objectifs définis au paragraphe 2. Ces principes sont précisés à l'article 2, paragraphe 3, ainsi qu'à l'article 26, paragraphe 2, seconde phrase, du TKG. Dans le cadre de l'examen de la nécessité, il convient notamment d'évaluer la viabilité technique et économique de l'utilisation ou de la mise en place de ressources concurrentes, compte tenu du rythme auquel le marché évolue (article 26, paragraphe 2, seconde phrase, point 1, du TKG), ainsi que la question de savoir si des obligations qui ont déjà été imposées en vertu de la deuxième partie du TKG, ou des accords commerciaux en matière d'accès qui ont déjà été conclus ou qui sont proposés sur le marché de gros, qu'il s'agisse du marché concerné ou d'un marché connexe (article 26, paragraphe 2, première phrase, point 1, du TKG), et la simple imposition d'obligations d'accès concernant les canalisations de câbles ainsi que les pylônes et systèmes de soutènement des lignes aériennes (article 26, paragraphe 2, première phrase, point 2, du TKG) suffisent à garantir les objectifs de régulation mentionnés à l'article 2 du TKG (article 26, paragraphe 2, première phrase, du TKG).

Lors de l'examen de l'adéquation de l'obligation imposée, il convient de ne pas perdre de vue les droits fondamentaux à la liberté professionnelle [article 12, paragraphe 1, du Grundgesetz (Loi fondamentale, ci-après le "GG")] et à la protection de la propriété (article 14, paragraphe 1, du GG) des personnes concernées. Ces considérations présentent de la pertinence au regard, notamment, des possibilités d'octroi d'accès compte tenu de la capacité disponible (article 26, paragraphe 2, seconde phrase, point 2, du TKG) ainsi que de l'investissement initial réalisé par le propriétaire des ressources, en tenant compte des éventuels investissements publics réalisés et des risques inhérents à l'investissement (article 26, paragraphe 2, seconde phrase, point 3, du TKG), ainsi que, de manière générale, du risque encouru par les entreprises qui investissent et des modalités de coopération entre les investisseurs et les parties qui recherchent un accès (article 26, paragraphe 1, première phrase, in fine ; article 26, paragraphe 2, seconde phrase, point 4 ;

article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 2, première phrase, et paragraphe 3, point 4, du TKG). Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique peuvent également être pertinents. Ainsi par exemple, la Bundesnetzagentur, en assurant une approche de la régulation cohérente sur des périodes appropriées, est censée favoriser la prévisibilité de la régulation (article 26, paragraphe 2, première phrase, lu conjointement à l'article 2, paragraphe 3, point 1, du TKG). Les effets sur d'autres biens juridiques tels que les droits de propriété industrielle, les droits de propriété intellectuelle et la fourniture de services paneuropéens (article 26, paragraphe 2, seconde phrase, points 5 et 6 du TKG) ainsi que l'intérêt à la préservation de l'intégrité du réseau et de la sécurité de son exploitation (article 26, paragraphes 4 et 5 du TKG) peuvent également être pertinents dans certains cas ».

C'est à l'aune de ces critères que la Bundesnetzagentur a ensuite examiné l'imposition des obligations d'accès susmentionnées, dont l'obligation d'accès aux actifs de génie civil.

Le 19 août 2022, la requérante a introduit un recours devant la juridiction de céans contre cette décision de la Bundesnetzagentur du 21 juillet 2022, en demandant notamment ce qui suit :

« 1. annuler partiellement la décision de la défenderesse du 21 juillet 2022 (BK3i-19/020), dans la mesure où les obligations suivantes sont imposées à la requérante :

a) obligation, conformément au point 1.1 du dispositif, de donner à d'autres entreprises accès aux canalisations de câbles, ainsi qu'aux pylônes et systèmes de soutènement des lignes aériennes aux fins du déploiement et de l'exploitation de réseaux à très haute capacité en position déterminée ;

s'il n'est pas fait droit à la demande sous a), à titre subsidiaire,

b) obligation, conformément au point 1.1 du dispositif, de donner à d'autres entreprises accès aux canalisations de câbles, ainsi qu'aux pylônes et systèmes de soutènement des lignes aériennes existant au moment de la demande, aux fins du déploiement et de l'exploitation de réseaux à très haute capacité en position déterminée, nouvellement construits par la requérante pour le déploiement de son réseau FTTB/H (fibre jusqu'au bâtiment),

s'il n'est fait droit ni à la demande sous a) ni à la demande sous b), à titre plus subsidiaire,

c) obligation, conformément au point 1.1 du dispositif, de donner à d'autres entreprises accès aux canalisations de câbles, ainsi qu'aux pylônes et systèmes de soutènement des lignes aériennes existant au

moment de la demande, aux fins du déploiement et de l'exploitation de réseaux à très haute capacité en position déterminée, qui ont été achevés depuis moins de sept ans ;

d) obligation, conformément au point 4 du dispositif, de publier une offre de référence concernant les prestations d'accès aux canalisations de câbles, ainsi qu'aux pylônes et systèmes de soutènement des lignes aériennes aux fins du déploiement et de l'exploitation de réseaux à très haute capacité en position déterminée ;

e) obligation, conformément au point 5.1 du dispositif, de faire approuver, conformément aux dispositions des articles 39 et suivants du TKG, les redevances pour l'octroi de l'accès aux installations de canalisations de câbles, ainsi qu'aux pylônes et systèmes de support des lignes aériennes aux fins du déploiement et de l'exploitation de réseaux à très grande capacité en position déterminée ;

f) obligation, conformément au point 4 du dispositif, de publier une offre de référence concernant les prestations d'accès pour un produit VULA (accès local virtuel dégroupé) de couche 2 au niveau du commutateur/serveur d'accès à large bande dans le cadre d'infrastructures FTTB/H pertinentes pour le marché de masse ;

2. s'il n'est pas fait droit aux demandes formulées au point 1 ci-dessus, à titre subsidiaire, annuler dans son ensemble la décision de la défenderesse du 21 juillet 2022 (BK3i-19/020), si le tribunal estime que la décision n'est pas divisible à cet égard ».

En ce qui concerne la question pertinente pour le présent renvoi préjudiciel, il a été expliqué qu'une compréhension erronée de l'article 26, paragraphe 1, du TKG était à l'origine des obligations d'accès imposées par la Bundesnetzagentur. La motivation de la décision de régulation fait référence, dans la présentation de la grille d'examen des critères d'évaluation, au libellé obsolète de l'article 21, paragraphe 1, première phrase, du TKG 2004, alors que celui de l'article 26, paragraphe 1, du TKG, désormais en vigueur, est en réalité différent. Notamment, l'expression « en particulier » a disparu du texte et les conditions tenant à ce que le refus d'accès « empêche l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable » et « nuise aux intérêts de l'utilisateur final » sont désormais liées par un « et » au lieu d'un « ou ». La Bundesnetzagentur a ignoré ces deux différences et pris sa décision en suivant une grille d'examen erronée des critères d'évaluation. Or, selon la requérante, ces modifications ne sont pas seulement de nature rédactionnelle, mais relèvent, ainsi qu'en témoigne l'exposé des motifs de la loi, de choix législatifs délibérés. Elle ajoute qu'une interprétation conforme à la directive n'est pas envisageable : d'une part, celle-ci est exclue en raison de la volonté du législateur allemand, qui est explicitement transcrite dans les documents législatifs ; d'autre part, il n'existe, finalement, aucune différence entre le droit de la directive et le droit national. En conséquence de cela, il aurait fallu

commencer par constater, dans le cadre de l'article 26, paragraphe 1, du TKG, que les conditions mentionnées dans cet article étaient cumulativement remplies, avant de pouvoir passer à l'examen de l'article 26, paragraphe 2, du TKG et à l'exercice du pouvoir d'appréciation quant au choix des moyens. La Bundesnetzagentur, en adoptant une démarche différente, a relativisé de manière inadmissible la portée des objectifs primaires de la régulation de l'accès, expressément placés en première position par le législateur, ce qui a faussé la mise en balance effectuée. Enfin, la Bundesnetzagentur n'a pas procédé à un examen cumulatif des conditions de l'article 26, paragraphe 1, du TKG.

La défenderesse fait valoir, en ce qui concerne les questions pertinentes au regard du présent renvoi préjudiciel, que la Bundesnetzagentur n'a commis aucune erreur d'interprétation des dispositions qu'elle a appliquées pour adopter sa décision ; en particulier, elle ne s'est pas fondée sur les conditions de l'ancien article 21, paragraphe 1, première phrase, du TKG 2004. Il convient d'interpréter l'article 26, paragraphe 1, du TKG de manière conforme à la directive, en ce sens que le mot « et », placé entre les conditions, est utilisé non pas pour associer de manière cumulative les termes qu'il relie, mais pour les énumérer. En outre, ce n'est pas la présentation de la grille d'examen des critères d'évaluation, placée en tête de la décision, qui est pertinente au regard de la légalité de la mise en balance opérée, mais la décision qui en résulte effectivement : les deux conditions de l'article 26, paragraphe 1, du TKG ont été prises en compte dans la mise en balance dont résulte la décision. Il n'y a dans le libellé de l'article 26, paragraphe 1, du TKG rien qui permette de considérer que la Bundesnetzagentur devrait se limiter à l'examen de ces deux conditions. Au contraire, au regard de l'article 26, paragraphe 2, du TKG, elle peut intégrer d'autres aspects dans la mise en balance ; la jurisprudence du Bundesverwaltungsgericht (Cour administrative fédérale, Allemagne) relative au « faisceau d'objectifs » concernant l'article 21, paragraphe 1, première phrase, du TKG 2004 peut être transposée à l'article 26 du TKG.

[OMISSIS] [demande additionnelle de mesures provisoires]

### III.

La question de droit communautaire soumise à la Cour est déterminante pour l'issue du litige. Le principe de l'interprétation conforme à la directive est applicable en l'espèce (1.). L'issue du litige varie en fonction de l'interprétation des articles 72 et 73 du CCEE (2.).

1. Le principe de l'interprétation conforme à la directive est applicable en l'espèce (1.). Certes, une interprétation conforme à la directive est exclue en présence de règles nationales *claires*. Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce. En droit national, certains éléments plaident en faveur de l'interprétation de l'article 26 du TKG en ce sens que la défenderesse aurait dû procéder « à titre liminaire » à un examen au regard des seules conditions d'application de l'article 26, paragraphe 1, du TKG (a), mais d'autres semblent plutôt indiquer que

la défenderesse doit – comme auparavant – décider de l'imposition d'obligations d'accès au regard d'un « faisceau d'objectifs » (b).

a) Tout d'abord, le libellé de la disposition semble plaider *en faveur* de l'interprétation de l'article 26 de la TKG en ce sens que la défenderesse aurait dû procéder « à titre liminaire » à un examen au regard des seules conditions d'application de l'article 21, paragraphe 1, du TKG (« ...lorsqu'un refus d'accès empêcherait l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable et nuirait aux intérêts de l'utilisateur final »). En effet, les termes « en particulier », qui figuraient à l'article 21, paragraphe 1, première phrase, du Telekommunikationsgesetz (loi sur les télécommunications) du 22 juin 2004, abrogée par l'article 61 de la loi du 23 juin 2021 (BGBl. I, p. 1858), ont disparu de l'article 26, paragraphe 1, du TKG. Un autre argument en faveur de cette lecture de l'article 26, paragraphe 1, du TKG est que le législateur a délibérément supprimé ces termes « en particulier », afin de mettre l'accent sur « le rôle dévolu à la régulation de l'accès au niveau du marché de gros pour résoudre le problème de concurrence sur le marché de détail » (voir BT-Drs. 19/26108, p. 263). On peut éventuellement y voir l'expression de l'intention du législateur de rompre avec la pratique qui avait prévalu jusqu'alors et de limiter à des motifs de régulation spécifiques la possibilité d'apprécier la question de savoir s'il y a lieu d'imposer des obligations d'accès. De même, on peut observer que le législateur, du point de vue de l'économie des dispositions pertinentes, a réparti le contenu de l'ancien article 21, paragraphe 1, du TKG 2004 sur deux paragraphes de l'article 26 du TKG. Il s'agit d'un élément qui suggère une autonomie de l'article 26, paragraphe 1, du TKG, ce que vient renforcer l'idée que, d'un point de vue de logique législative, ledit article 26, paragraphe 1, du TKG, qui met en avant différents motifs de régulation de manière exhaustive, n'aurait guère d'utilité si, par le jeu de l'article 26, paragraphe 2, du TKG, l'examen de ses conditions d'application devait en définitive se fondre dans une évaluation commune comportant une large palette de critères. L'échelonnement de l'examen en plusieurs étapes est la condition pour que l'autonomie du champ d'application de l'article 26, paragraphe 1, de la TKG reste perceptible.

b) Toutefois, de solides arguments plaident *également en faveur* du fait que la défenderesse devait décider de l'imposition d'obligations d'accès au regard d'un « faisceau d'objectifs ». Certes, il résulte des travaux préparatoires que la suppression de l'expression « en particulier » avait été motivée par la volonté de mettre l'accent sur « le rôle dévolu à la régulation de l'accès au niveau du marché de gros pour résoudre le problème de concurrence sur le marché de détail ». *En même temps*, il a été avancé que l'expression « en particulier » avait été supprimée en écho à une suppression correspondante à l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE. Cet argument est incompréhensible. En effet, s'il est vrai que l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE ne contient pas l'expression « en particulier » (« insbesondere »), il contient néanmoins, y compris dans sa version actuellement en vigueur, l'expression « notamment » (« unter anderem wenn »), qui suggère que la liste des motifs de régulation qui suit n'est pas exhaustive. Cette idée est présente dans d'autres versions

linguistiques : dans la version en langue néerlandaise (« onder andere wanneer »), dans la version en langue française (« notamment lorsqu'elles »), dans la version en langue italienne (« in particolare qualora »). En revanche, elle est absente de la version en langue anglaise (« in situations when »). Il est possible que ce soit cette version en langue anglaise qui ait été prise en considération dans l'exposé des motifs allemand du TKG en tant que « version de référence », mais ce n'est qu'une hypothèse. Ainsi, la seule conclusion que l'on peut tirer de la genèse de l'article 26, paragraphe 1, du TKG est que celle-ci soulève plus de questions qu'elle n'apporte de réponses. Mais surtout : à l'appui de cette seconde thèse, on peut faire observer que la possibilité, selon la jurisprudence du Bundesverwaltungsgericht (Cour administrative fédérale), de constituer un « faisceau d'objectifs » dans le cadre de l'examen de l'article 21, paragraphe 1, du TKG 2004, a été admise non pas en raison de l'article 21, paragraphe 1, première phrase de la TKG 2004 et de l'absence d'exhaustivité suggérée par l'expression « en particulier », qui y figurait encore à l'époque, mais qu'elle a été directement déduite de l'article 21, paragraphe 1, seconde phrase, du TKG 2004, qui établissait un lien avec la première phrase par les mots « lors de l'examen » (BVerwG, arrêts du 21 septembre 2018 – 6 C 8.17 –, juris, point 43 et 6 C 50.16, points 41 et 47). Dans ces conditions, il serait éventuellement concevable de continuer à interpréter l'article 26, paragraphe 2, du TKG, qui est introduit par les mêmes mots que l'article 21, paragraphe 1, seconde phrase, du TKG 2004, comme étant la disposition qui détermine le contenu de la grille d'examen (unique et commune) des critères d'évaluation. Toutefois, on pourrait objecter à cela que l'article 26, paragraphe 2, première phrase, du TKG, au-delà de l'ancien article 21, paragraphe 1, première phrase, du TKG 2004, impose désormais (par son libellé même) de commencer par vérifier, avant d'aller plus loin, le caractère « suffisant » de certaines mesures, et que cette vérification, pour laquelle il est fait référence aux objectifs de l'article 2 du TKG, semble se rapporter uniquement à ce dernier. Toutefois, l'article 26, paragraphe 2, seconde phrase, du TKG mentionne ensuite d'autres éléments à prendre en considération, éléments dont le rapport avec la vérification du caractère « suffisant » d'autres mesures n'est pas très clair, d'une part, et dont la signification autonome (sans rapprochement avec la seconde partie de la première phrase) n'est pas compréhensible, d'autre part.

2. Compte tenu de la possibilité d'une interprétation conforme à la directive, l'issue du litige au principal dépend de la réponse qui sera donnée aux questions soulevées. Si les articles 72 ou 73 du CCEE s'opposent à une réglementation nationale, ou à l'interprétation d'une telle réglementation, en vertu de laquelle les autorités de régulation nationales, lorsqu'elles examinent d'office la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation d'accès à des actifs de génie civil, peuvent se référer à un « faisceau d'objectifs » qui inclut, en sus des conditions énoncées à l'article 72, paragraphe 1 (fait d'empêcher l'émergence d'un marché concurrentiel durable ou de ne pas servir les intérêts de l'utilisateur final), les objectifs de l'article 3 du CCEE, voire d'autres objectifs encore, le recours de la requérante aboutirait (a). Si, en revanche, les articles 72 ou 73 du CCEE ne s'opposent pas à une réglementation nationale, ou à l'interprétation d'une telle réglementation, en vertu de laquelle les autorités de régulation nationales,



lorsqu'elles examinent d'office la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation d'accès à des actifs de génie civil, peuvent se référer à un « faisceau d'objectifs » qui inclut, en sus des conditions énoncées à l'article 72, paragraphe 1 (fait d'empêcher l'émergence d'un marché concurrentiel durable ou de ne pas servir les intérêts de l'utilisateur final), les objectifs de l'article 3 du CCEE, voire d'autres objectifs encore, le recours de la requérante serait voué à l'échec (b).

a) Si l'article 72, paragraphe 1, ou l'article 72, paragraphe 2, du CCEE, lus conjointement à l'article 68, paragraphe 1, du CCEE, s'opposent à une réglementation nationale, ou à l'interprétation d'une telle réglementation, en vertu de laquelle les autorités de régulation nationales, lorsqu'elles examinent d'office la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation d'accès à des actifs de génie civil, peuvent, outre les conditions énoncées à l'article 72, paragraphe 1 (fait d'empêcher l'émergence d'un marché concurrentiel durable ou de ne pas servir les intérêts de l'utilisateur final), également intégrer les objectifs de l'article 3 du CCEE, voire d'autres objectifs encore, dans un « faisceau d'objectifs », le recours de la requérante aboutirait. En effet, l'article 26, paragraphes 1 et 2, du TKG devrait alors être interprété en ce sens que la défenderesse aurait dû procéder « à titre liminaire » à un examen au regard des seules conditions d'application de l'article 21, paragraphe 1, du TKG (« ...lorsqu'un refus d'accès empêcherait l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable et nuirait aux intérêts de l'utilisateur final »). En conséquence, la décision attaquée serait probablement illégale ; peu importe à cet égard que la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation d'accès se pose dans un premier temps seulement « globalement », au regard de « n'importe quelle » obligation d'accès visée à l'article 3, point 74, du TKG, ou qu'elle se pose « concrètement », au regard de l'une des variantes de l'octroi d'accès mentionnées à l'article 26, paragraphe 3, du TKG. Un élément significatif en ce sens est le fait, déjà, que la défenderesse a cité non pas la disposition de l'article 26, paragraphe 1, de la TKG dans sa nouvelle version, mais celle de l'article 21 du TKG dans son ancienne version, alors que des modifications pertinentes sont intervenues ; cela peut déjà être vu comme l'indice d'une erreur. Sur le fond aussi, la défenderesse n'a nulle part dans sa décision examiné de manière autonome si, de manière générale, un refus d'accès empêcherait l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable et nuirait aux intérêts de l'utilisateur final. L'examen « disséminé » de ces critères par la défenderesse ne permet pas de remédier à cette lacune : certes, aux pages 106 et suivante de la décision attaquée (version publique), la promotion de la concurrence et la préservation des intérêts des consommateurs sont évoquées dans le cadre d'un « faisceau d'objectifs », mais cela est manifestement insuffisant à satisfaire aux exigences ainsi comprises de l'article 26, paragraphe 1, du TKG. D'une part, il n'y a pas d'examen du point de savoir si un refus d'accès empêcherait l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable et nuirait aux intérêts de l'utilisateur final ; la « promotion » de certains intérêts, ou leur « préservation », et le fait de les « empêcher », ou de leur « nuire », sont des critères différents. D'autre part, d'autres intérêts ont été pris en considération, en sus des deux intérêts susmentionnés. Les mêmes considérations sont valables en ce qui concerne les explications données aux pages 117, 119, 129 et 134 et

suivante de la décision attaquée (version publique). Un éventuel remplacement, en raison d'une interprétation conforme au droit communautaire, du mot « et » par le mot « ou » à l'article 26, paragraphe 1, du TKG (comme dans l'article 21, paragraphe 1, du TKG, ancienne version), ne changerait rien à cela. En effet, la défenderesse n'a suffisamment examiné ni si un refus d'accès empêcherait l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable, ni s'il nuirait aux intérêts de l'utilisateur final (voir ci-dessus).

b) Si, en revanche, l'article 72, paragraphe 1, ou l'article 73 du CCEE, ne s'opposent pas à une réglementation nationale, ou à l'interprétation d'une telle réglementation, en vertu de laquelle les autorités de régulation nationales, lorsqu'elles examinent d'office la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation d'accès à des actifs de génie civil, peuvent, outre les conditions énoncées à l'article 72, paragraphe 1 (fait d'empêcher l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable ou de ne pas servir les intérêts de l'utilisateur final), également intégrer les objectifs de l'article 3 du CCEE, voire d'autres objectifs encore, dans un « faisceau d'objectifs », le recours de la requérante serait voué à l'échec. En effet, l'article 26, paragraphes 1 et 2, du TKG ne devrait alors pas être interprété en ce sens que la défenderesse aurait dû procéder « à titre liminaire » à un examen au regard des seules conditions d'application de l'article 21, paragraphe 1, du TKG (« ...lorsqu'un refus d'accès empêcherait l'émergence d'un marché concurrentiel durable et nuirait aux intérêts de l'utilisateur final »). La décision attaquée serait alors probablement légale, puisque la défenderesse aurait alors pu – comme elle l'a fait – procéder à un « examen au regard d'un faisceau d'objectifs ».

La réponse apportée à cette question est décisive pour l'issue du litige, indépendamment de l'éventuelle existence d'autres motifs d'annulation. Les arguments que la requérante a invoqués pour attaquer la décision de la Bundesnetzagentur, autres que ceux qui précèdent, sont probablement inopérants (voir l'ordonnance de référé rendue en l'espèce).

#### IV.

La question soulevée ne peut pas être résolue par la juridiction de céans en application de la théorie de l'« acte clair ». Certes, selon la juridiction de céans, ni l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa du CCEE (1.), ni l'article 72, paragraphe 1, du CCEE (2.) ne fournissent de réponse immédiate à la question soulevée. Toutefois, la manière dont la disposition de l'article 73, paragraphe 2, du CCEE doit être appliquée n'est pas claire (3.).

1. Selon la juridiction de céans, l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE ne répond pas directement à la question soulevée. La raison en est tout d'abord que, selon la juridiction de céans, c'est a priori la disposition de l'article 72 du CCEE qui est seule pertinente pour l'imposition d'une obligation d'accès aux actifs de génie civil (*lex specialis*). Dans l'hypothèse toutefois où l'on considèrerait qu'il en va autrement, l'article 73 du CCEE pose trois problèmes en

ce qui concerne la question soulevée : d'une part, les versions linguistiques de cette disposition divergent (a), d'autre part, le contenu de l'article 73, paragraphe 2, du CCEE n'est pas clair (b). Enfin, son articulation avec l'article 68, paragraphe 4, sous c), du CCEE pose problème (c).

a) D'une part, les versions linguistiques de l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE divergent en ce qui concerne la question soulevée : en effet, s'il est vrai que l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE ne contient pas l'expression « en particulier » (« insbesondere »), il contient néanmoins, y compris dans sa version actuellement en vigueur, l'expression « notamment » (« unter anderem wenn »), qui suggère que la liste des motifs de régulation qui suit n'est pas exhaustive. Cette idée est présente dans d'autres versions linguistiques : dans la version en langue néerlandaise (« onder andere wanneer »), dans la version en langue française (« notamment lorsqu'elles »), dans la version en langue italienne (« in particolare qualora »). En revanche, elle est absente de la version en langue anglaise (« in situations when »). Il en va autrement, en revanche, de l'article 72, paragraphe 1, du CCEE. Cette disposition a le même contenu dans toutes les versions linguistiques comprises par les membres de la chambre de céans.

b) D'autre part, on peut se demander s'il résulte de la disposition de l'article 73, paragraphe 2, du CCEE que d'autres éléments, outre les intérêts évoqués à l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE, doivent être pris en considération. Tout d'abord, la question se pose de savoir si cette disposition contient davantage que la vérification du « caractère suffisant » d'autres mesures. Le libellé immédiat de l'article 73, paragraphe 2, du CCEE semblerait plaider en faveur d'une limitation à une vérification du « caractère suffisant » d'autres mesures, mais les critères énumérés à l'article 73, paragraphe 2, troisième phrase, sous d), e), f) et h) du CCEE, dont le rapport avec un examen du « caractère suffisant » d'autres mesures n'apparaît pas clairement, viennent contredire cette analyse. De même, les considérants 188 et suivants de la directive semblent également plutôt indiquer que le contenu de la disposition en question ne se limite pas à une vérification du « caractère suffisant » d'autres mesures (c'est également l'avis de Broemel, in : Geppert/Schütz, *Beck'scher TKG-Kommentar*, 5<sup>e</sup> édition 2023, introduction B, point 30). Si l'on part du principe que les critères énumérés à l'article 73, paragraphe 2 du CCEE ne doivent pas être pris en compte uniquement dans le cadre de l'examen du « caractère suffisant » d'autres mesures, il se pose en outre la question de savoir si, outre les critères énumérés dans cette même disposition, à l'article 73, paragraphe 2, troisième phrase, sous a) à h), du CCEE, les objectifs visés à l'article 3 du CCEE doivent également être pris en compte.

c) Enfin, l'articulation avec l'article 68, paragraphe 4, sous c), du CCEE pose problème. Selon cette disposition, les obligations imposées conformément à l'article 68 doivent être justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 3 du CCEE ; cette disposition doit également être respectée lors de l'imposition d'obligations conformément à l'article 73 du CCEE (article 68, paragraphe 2,

paragraphe 3, premier alinéa, article 73, paragraphe 1, premier alinéa). Or, l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, tout comme l'article 72, paragraphe 1, du CCEE, ne contient, à la différence de l'article 72, paragraphe 2, du CCEE, aucune référence aux objectifs énoncés à l'article 3 du CCEE. Les objectifs énoncés à l'article 3 du CCEE doivent-ils, indépendamment de l'économie des dispositions susmentionnées, être pris en compte déjà au stade de l'examen de la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation d'accès ? Ou bien faut-il comprendre la manière dont l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, et l'article 72, paragraphe 1, du CCEE, s'articulent avec l'article 72, paragraphe 2, du CCEE, en ce sens que, dans le cadre de ces deux premières dispositions, les objectifs énoncés à l'article 3 du CCEE n'ont dans un premier temps pas à être pris en compte au stade de l'examen de la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation d'accès. Ce n'est que si, à l'issue de cette première étape, il est répondu par l'affirmative à la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation d'accès, qu'il convient, dans un second temps, lors de l'examen de la mesure concrète, de se référer à l'article 68, paragraphe 4, sous c), du CCEE.

2. Selon la juridiction de céans, l'article 72, paragraphe 1, du CCEE ne donne pas non plus de réponse immédiate à la question soulevée. En effet, cette disposition suppose vraisemblablement que les actifs de génie civil fassent partie du marché pertinent selon l'analyse de marché. La référence à l'article 68 du CCEE (ainsi que le fait également valoir Neumann, N&R 2019, p. 152, 158) et la disposition de l'article 72, paragraphe 2 du CECT (par un raisonnement a contrario) plaident en ce sens. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Il est donc indifférent, tout d'abord, que la disposition de l'article 72, paragraphe 1, du CCEE établisse par son libellé-même – dans toutes les versions linguistiques susmentionnées comprises par les membres de la chambre de céans – une liste limitative, ou exhaustive, de motifs de régulation, qui plaide contre la licéité d'un « examen au regard d'un faisceau d'objectifs ». De même, peu importe que l'articulation entre l'article 72, paragraphe 1, du CCEE et l'article 68, paragraphe 4, sous c), du CCEE – tout comme dans le cas de l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE – ne soit pas claire (IV 1 c).

3. La juridiction de céans estime que c'est probablement l'article 72, paragraphe 2, du CCEE qui constitue la « *sedes materiae* » de la résolution du problème. Au vu du libellé de cette disposition, qui fait référence aux objectifs énoncés à l'article 3 du CCEE, il semble que la réponse à la question posée soit clairement que les autorités de régulation nationales, lorsqu'elles examinent la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation d'accès à des actifs de génie civil qui ne font pas partie du marché pertinent selon l'analyse de marché, peuvent en tout état de cause également vérifier si l'obligation est nécessaire et proportionnée à la réalisation des objectifs de l'article 3 ; à cet égard, il y a également parallélisme avec l'article 68, paragraphe 4, sous a), du CCEE. Toutefois, cette disposition elle n'est claire qu'en apparence, car la manière dont elle s'articule tant avec l'article 72, paragraphe 1, du CCEE (a) qu'avec l'article 73 du CCEE (b) n'est pas évidente.

a) D'une part, l'articulation entre l'article 72, paragraphe 1, et l'article 72, paragraphe 2, du CCEE, n'est pas claire : d'un côté, l'article 72, paragraphe 1, du CCEE peut, compte tenu du libellé de l'article 68 du CCEE, être compris comme se rapportant uniquement à une entreprise puissante sur un éventuel marché des actifs de génie civil (voir ci-dessus). Cela aurait pour conséquence que l'article 72, paragraphe 2, du CCEE pourrait être compris comme un instrument de régulation séparé avec des conditions autonomes pour les cas où, justement, un tel marché n'a pas été retenu, comme en l'espèce. Cela aurait toutefois pour conséquence que l'entreprise puissante sur un marché d'actifs de génie civil ne pourrait se voir imposer des obligations d'accès en rapport avec de tels actifs de génie civil qu'à des conditions plus strictes que dans les cas relevant l'article 72, paragraphe 2, du CCEE ; on ne voit pas bien – à première vue en tout cas – quel pourrait être le sens d'une telle différenciation. D'un autre côté, l'article 72, paragraphe 1, du CCEE peut, éventuellement, être vu comme une règle de base, concrétisée par l'article 72, paragraphe 2, du CCEE uniquement dans la perspective d'un cas particulier. Des arguments plaidant en faveur de cette interprétation sont, d'une part, le fait que l'article 72, paragraphe 2 du CCEE fasse référence à une fourniture d'« accès conformément au présent article », considérant ainsi manifestement que l'accès est octroyé sur le fondement de conditions de base uniformes, et, d'autre part, le fait qu'une telle interprétation permettrait de retenir un contenu « moniste » de l'article 72, paragraphes 1 et 2, du CCEE.

b) D'autre part, l'articulation entre l'article 72, paragraphe 2, et l'article 73, du CCEE, n'est pas claire : il est difficile de dire si les conditions de l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE s'appliquent également aux mesures visées à l'article 72, paragraphe 2, du CCEE, lorsque celles-ci sont prises dans le cadre d'un « paquet de mesures » (aa) ; et retenir une lecture « moniste » de l'article 72, paragraphes 1 et 2, de la CET – telle qu'exposée au point IV. 3. a) – ferait surgir des problèmes supplémentaires (bb).

aa) Il est difficile de dire si les conditions de l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE s'appliquent également aux mesures visées à l'article 72, paragraphe 2, du CCEE, lorsque – comme en l'espèce – celles-ci sont prises dans le cadre d'un « paquet de mesures ». Certes, on peut en principe expliquer l'absence – aussi par rapport à l'article 72, paragraphe 1, du CCEE – des critères d'évaluation résidant dans « le fait d'empêcher l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable ou de ne pas servir les intérêts de l'utilisateur final » à l'article 72, paragraphe 2, du CCEE, en faisant valoir que le législateur communautaire a considéré que les mesures relevant de l'article 73 et de l'article 72 du CCEE seraient imposées sous la forme d'un « paquet », de sorte que les restrictions prévues à l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE auraient également vocation à s'appliquer à l'imposition d'obligations au titre de l'article 72, paragraphe 2, du CCEE ; il en résulterait un « parallélisme » des conditions prévues à l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, et à l'article 72, paragraphe 2, du CCEE. Il se peut, certes, que l'article 73, paragraphe 2, second alinéa, du CCEE plaide en ce sens, et c'est d'ailleurs ce que le législateur allemand semble avoir compris. La conséquence serait que les difficultés

d'interprétation de l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE (IV 1.) « se répercuteraient » également sur l'article 72, paragraphe 2, du CCEE.

Toutefois, cette construction – à savoir que l'autorité de régulation agirait dans le cadre d'un « paquet de mesures », ce qui impliquerait une reprise des conditions de l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa dans le cadre de mesures au titre de l'article 72, paragraphe 2, du CCEE – n'est pas confortée par le libellé de ces dispositions. En effet, l'article 73, paragraphe 2, second alinéa, du CCEE, et en particulier l'expression « la simple imposition » (« bloße Auferlegung ») qui y est utilisée dans la version allemande [« l'imposition [...] sur le seul fondement », dans la version française], indique que le législateur de l'Union considère en principe l'obligation d'accès concernant les actifs de génie civil comme étant moins intrusive, ce qui plaide en défaveur d'un « parallélisme » des conditions applicables pour l'adoption de mesures au titre de l'article 72, paragraphe 2, d'une part, et au titre de l'article 73 du CCEE, d'autre part ; cette impression est corroborée par le considérant 187 du CCEE (voir Neumann, *N&R* 2016, p. 262, p. 267, et *N&R* 2018, p. 204, p. 206 et suiv. ; Scherer/Heinickel, *MMR* 2017, p. 71, p. 75). Si cela s'avérait être exact, cela signifierait que l'adoption d'une mesure au titre de l'article 72, paragraphe 2, du CCEE est subordonnée à des conditions non pas analogues (« parallèles »), mais moins strictes.

bb) Retenir une lecture « moniste » de l'article 72, paragraphes 1 et 2, de la CET – telle qu'exposée au point IV. 3. a) – ferait surgir des problèmes supplémentaires. En effet, si l'on considère l'articulation entre l'article 72, paragraphe 1, et l'article 73 du CCEE, on constate – éventuellement, en fonction des versions linguistiques de l'article 73 du CCEE – que la grille d'examen des critères d'évaluation est définie plus étroitement à l'article 72, paragraphe 1, du CCEE qu'à l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE. D'un autre côté, l'existence même de l'article 73, paragraphe 2, second alinéa, du CCEE indique que le législateur de l'Union considère que l'obligation d'accès concernant les actifs de génie civil est en principe moins intrusive (voir ci-dessus). Or, il est à cet égard quelque peu paradoxal que, par rapport à l'article 73, paragraphe 1, premier alinéa, du CCEE, l'article 72, paragraphe 1, du CCEE – dans sa version en langue allemande, voir plus haut – définisse de manière plus restrictive les motifs de régulation ainsi prévus et, surtout, exclue éventuellement la prise en compte d'autres intérêts. Il est révélateur que, dans le cadre de l'article 73, paragraphe 2, second alinéa, du CCEE, la question ne soit pas de savoir si l'imposition d'obligations sur le seul fondement de l'article 72 du CCEE serait un moyen proportionné d'éviter « d'empêcher l'émergence d'un marché concurrentiel durable », mais si l'imposition d'obligations sur le fondement de l'article 72 serait un moyen proportionné de « promouvoir la concurrence et les intérêts de l'utilisateur final ». La question de savoir si quelque chose est empêché, d'une part, et celle de savoir si quelque chose est simplement promu, d'autre part, correspondent à deux critères d'appréciation différents.

[OMISSIS]