



Datum van inontvangstneming : 19/09/2014

Zaak C-395/14

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

19 augustus 2014

Verwijzende rechter:

Bundesverwaltungsgericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

25 juni 2014

Verzoekster en verzoekster tot „Revision”:

Vodafone GmbH

Verweerster en verweerster in „Revision”:

Bondsrepubliek Duitsland

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHIKKING

[OMISSIS]

van 25 juni 2014

[OMISSIS]

In de bestuursrechtelijke zaak

Vodafone GmbH,

[OMISSIS] Düsseldorf,

verzoekster en verzoekster tot „Revision”,

[OMISSIS]

tegen

de Bondsrepubliek Duitsland,

[OMISSIS]

verweerster en verweerster in „Revision”,

[Or. 2] heeft de 6. Senat van het Bundesverwaltungsgericht

[OMISSIS]

besloten:

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een beslissing over de volgende vraag:

Moet artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PB L 108, blz. 33; hierna: „kaderrichtlijn”) aldus worden uitgelegd dat een nationale regelgevende instantie die een exploitant met aanzienlijke marktmacht heeft verplicht diensten inzake mobiele gesprekstterminatie te verrichten en de terminatietarieven heeft onderworpen aan de inachtneming van de in dat artikel van de richtlijn genoemde procedure inzake vergunningsplicht, is gehouden de procedure van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 voor de vergunning van elk concreet gevraagd tarief opnieuw toe te passen?

Motivering:

I.

- 1 Verzoekster verkoopt mobiele netwerken die met telecommunicatienetwerken van andere exploitanten worden geconnecteerd. De door haar toegepaste tarieven voor gespreksafgifte op hun mobiel netwerk zijn op grond van een definitieve regeling van de Bundesnetzagentur (Duitse regelgevende instantie voor elektronische communicatie) vergunningsplichtig. In september 2010 verzocht verzoekster de Bundesnetzagentur om vergunning van de tarieven voor mobiele gesprekstterminatie voor de periode vanaf 1 december 2010. De Bundesnetzagentur, die van plan was om voor het eerst in een procedure tot tariefvergunning een raadplegings- **[Or. 3]** en consolidatieprocedure toe te passen, verleende bij besluit van 30 november 2010 eerst alleen voorlopig tot de inwerkingtreding van het besluit in de hoofdprocedure een vergunning voor een tarief voor gesprekstterminatie op verzoeksters mobiel netwerk. Na de voltooiing van de raadplegings- en consolidatieprocedure verleende verweerder verzoekster

bij besluit van 24 februari 2011 een definitieve tariefvergunning die terugwerkte tot 1 december 2010 en gold tot 30 november 2012.

- 2 Bij beslissing van 19 september 2012 wees het Verwaltungsgericht Köln (rechtbank in bestuurszaken, Keulen) het beroep tegen het besluit van de Bundesnetzagentur van 30 november 2010 af. De primaire vordering, namelijk het beroep tot nietigverklaring, is niet-ontvankelijk, daar het bestreden besluit niet langer geldt en dus procesbelang ontbreekt. De subsidiaire vordering tot vaststelling van onrechtmatigheid van het besluit van de Bundesnetzagentur kan evenmin worden toegewezen; de Bundesnetzagentur mocht immers een voorlopige vergunning verlenen. [OMISSIS] **[Or. 4]** [OMISSIS]
- 3 Verzoekster stelde tegen dat vonnis de door de Senat toegelaten „Revision” in, waarbij zij enkel nog om vaststelling verzoekt dat verweerders besluit van 30 november 2010 onrechtmatig was. [OMISSIS]

II

- 4 De behandeling van het geschil moet worden geschorst, daar de uitkomst ervan afhangt van een beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de uitlegging van afgeleid Unierecht (artikel 267, derde alinea, [OMISSIS] VWEU). **[Or. 5]**
- 5 Naar nationaal recht moet het verzoek om „Revision” worden toegewezen, daar naar nationaal recht een rechtsgrondslag voor de toepassing van een consolidatieprocedure voor de verlening van een tariefvergunning ontbreekt en dus geen voorlopige tariefvergunning mag kan worden verleend om de nadelen te verhelpen van de met een dergelijke procedure gepaard gaande vertraging van een definitief besluit (1.). De Senat kan evenwel niet zonder een prejudiciële beslissing van het Hof vaststellen of nationaal recht met die inhoud ingaat tegen het Unierecht en in voorkomend geval in overeenstemming met de richtlijn moet worden uitgelegd (2.).
- 6 1. Naar intern recht moet verzoeksters „Revision” worden toegewezen.
- 7 a) De lijst van de door de rechter te controleren punten volgt uit de bepalingen van het Telekommunikationsgesetz (telecommunicatiewet; hierna: „TKG”) van 22 juni 2004 [OMISSIS], dat op het hier relevante tijdstip van het besluit van de Bundesnetzagentur van 30 november 2010 laatst bij wet van 17 februari [OMISSIS] gewijzigd was geweest, en uit de bepalingen van het Verwaltungsverfahrensgesetz (wet administratieve procedure; hierna: „VwVfG”) [OMISSIS].
- 8 § 2 TKG in de hier nog toepasselijke versie luidt:

[OMISSIS] **[Or. 6]**

9 § 10 TKG in de toepasselijke versie luidt:

[OMISSIS]

10 § 11 TKG in de toepasselijke versie luidt:

[OMISSIS] **[Or. 7]** [OMISSIS]

[OMISSIS]

11 § 12 TKG in de toepasselijke versie luidt:

(1) De Bundesnetzagentur stelt de belanghebbenden in de gelegenheid binnen de door haar gestelde termijn een standpunt te bepalen over het ontwerp van de resultaten in de zin van de §§ 10 en 11. [...]

(2) Wanneer § 10, lid 3, en § 11, lid 3, voorzien in voorlegging volgens die regel, geldt de volgende procedure:

1. Na uitvoering van de procedure volgens lid 1 stelt

de Bundesnetzagentur de Commissie en tegelijk de nationale regelgevende instanties van de andere lidstaten met een motivering in kennis van het ontwerp van de resultaten in de zin van de §§ 10 en 11 en stelt de Commissie en de overige nationale regelgevende instanties daarvan in kennis. Vóór het verstrijken van een maand of vóór het verstrijken van een volgens lid 1 vastgestelde langere termijn mag de Bundesnetzagentur de resultaten in de zin van §§ 10 en 11 niet goedkeuren.

2. De Bundesnetzagentur moet zoveel mogelijk rekening houden met de opmerkingen van de Commissie en de andere nationale regelgevende instanties in de zin van punt 1.**[Or. 8]** Zij deelt het daaruit voortvloeiende ontwerp mee aan de Commissie.

3. Houdt een ontwerp in de zin van de §§ 10 en 11 de vaststelling in van een relevante markt, die zich onderscheidt van die welke in de aanbeveling inzake relevante markten voor producten en diensten, die de Commissie volgens artikel 15, lid 1, van de kaderrichtlijn publiceert, waarin zij in de ervoor telkens geldende versie gedefinieerd zijn, of de vaststelling in in hoeverre een of meerdere ondernemingen op deze markt over aanzienlijke marktmacht beschikken, en verklaart de Commissie binnen de termijn van punt 1, tweede zin, dat het ontwerp de interne markt zou belemmeren, of zij ernstige twijfels heeft aan de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht en in het bijzonder met de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn, moet de Bundesnetzagentur de goedkeuring van de overeenkomstige resultaten met twee maanden uitstellen. Een beslissing van de Commissie

binnen deze termijn, waarbij de Bundesnetzagentur wordt gelast het ontwerp in te trekken, bindt de Bundesnetzagentur. [OMISSIS]

4. In uitzonderlijke omstandigheden kan de Bundesnetzagentur die oordeelt dat er een dringende noodzaak is om te handelen, in afwijking van de procedure genoemd in lid 1 en onder de punten 1, 2 en 3, teneinde de concurrentie te waarborgen en de belangen van de gebruikers te beschermen, onmiddellijk evenredige en voorlopige maatregelen vaststellen. Zij deelt die maatregelen onverwijld volledig met redenen omkleed mede aan de Commissie en de andere nationale regelgevende instanties. Een besluit van de Bundesnetzagentur om dergelijke maatregelen permanent te maken of de periode waarvoor zij van toepassing zijn, te verlengen, valt onder de bepalingen van lid 1 en de punten 1, 2 en 3. **[Or. 9]**

12 § 13 TKG in de toepasselijke versie luidt:

(1) Voor zover de Bundesnetzagentur op basis van een marktanalyse volgens § 11 verplichtingen volgens de §§ 19, 20, 21, 24, 30, 39, 40, 41, lid 1, of § 42, lid 4, derde zin, oplegt, wijzigt, handhaaft of intrekt (regeling), is de procedure van § 12, leden 1 en 2, punten 1, 2 en 4, van overeenkomstige toepassing als de maatregel gevolgen voor de handel tussen de lidstaten heeft. [...]

[OMISSIS]

13 § 15 TKG in de toepasselijke versie luidt:

[OMISSIS]

14 § 30 TKG in de toepasselijke versie luidt:

(1) Onder voorbehoud van de volgende leden zijn de tarieven van een exploitant van een openbaar telecommunicatienetwerk met aanzienlijke marktmacht voor de volgens § 21 te verrichten diensten tot toegang onderworpen aan een vergunning van de Bundesnetzagentur volgens § 31. [...]

[...]

15 § 31 TKG in de toepasselijke versie luidt:

(1) Tarieven die volgens § 30, lid 1, eerste zin, of lid 3, eerste zin, vergunningsplichtig zijn, komen voor vergunning in aanmerking wanneer zij de kosten voor een efficiënte dienstverlening niet overschrijden. [OMISSIS] **[Or. 10]**

[OMISSIS]

(6) [OMISSIS] De Bundesnetzagentur beslist over tariefaanvragen binnen tien weken na indiening van het tariefvoorstel of na inleiding van de procedure ambtshalve. [...]

16 § 33 TKG in de toepasselijke versie luidt:

[OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 11]** [OMISSIS]

17 § 35 TKG in de toepasselijke versie luidt:

[...]

(3) De vergunning moet volledig of gedeeltelijk worden verleend, voor zover de tarieven voldoen aan de vereisten van de §§ 28 en 31 volgens lid 2 en weigeringsgronden volgens leden 2 of 3 ontbreken. [OMISSIS]

18 § 130 TKG luidt:

[OMISSIS]

19 § 10 VwVfG luidt:

[OMISSIS]

20 § 24 VwVfG luidt:

[OMISSIS]

21 b) Op basis van voormelde nationaalrechtelijke bepalingen heeft verzoekster recht op de door haar gevraagde vaststelling door het Gericht, **[Or. 12]** dat verweerders besluit van 30 november 2010 onrechtmatig was. [OMISSIS] [wordt in het volgende punt nader uitgewerkt]

22 [OMISSIS]

23 [OMISSIS] **[Or. 13]**

24 [OMISSIS]

25 [OMISSIS]

26 [OMISSIS] **[Or. 14]**

27 [OMISSIS]

28 [OMISSIS] **[Or. 15]**

- 29 [OMISSIS] **[Or. 16]**
- 30 [OMISSIS]
- 31 [OMISSIS] **[Or. 17]**
- 32 [OMISSIS] **[Or. 18]**
- 33 [OMISSIS]
- 34 [OMISSIS] **[Or. 19]**
- 35 [OMISSIS]
- 36 [OMISSIS] **[Or. 20]**
- 37 [OMISSIS] **[Or. 21]** [OMISSIS]
- 38 [OMISSIS]
- 39 2. Het verzoek om „Revision” van de bestreden beslissing van het Verwaltungsgericht moet evenwel worden afgewezen, wanneer het onverenigbaar is met het Unierecht dat een rechtsgrondslag voor de toepassing van een consolidatieprocedure voor de verlening van een tariefvergunning ontbreekt. Daarvan moet worden uitgegaan indien het Unierecht de toepassing van de consolidatieprocedure niet alleen voor de oplegging van een vergunningsplicht, maar ook voor elke vergunning van concreet aangevraagde tarieven gebiedt.
- 40 a) Voor het antwoord op de vraag of het Unierecht gebiedt dat de raadplegings- en consolideringsprocedure, waarin het nationale recht niet voorziet, voor elke procedure tot vergunning van een vergoeding wordt toegepast, zijn de bepalingen van de kaderrichtlijn en van richtlijn **[Or 22]** 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn) (PB L 108, blz. 7; hierna: „toegangsrichtlijn”) relevant. Beide richtlijnen waren op het hier relevante tijdstip van verlening van de litigieuze voorlopige tariefvergunning op 30 november 2010 nog in hun oorspronkelijke versie van toepassing; de termijn voor omzetting van richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (PB L 337, blz. 37) is volgens artikel 5, lid 1, van deze richtlijn namelijk eerst verstreken op 25 mei 2011.

41 Artikel 6 van de kaderrichtlijn in de hier toepasselijke versie luidt:

Behoudens in gevallen die onder de artikelen 7, lid 6, 20 of 21 vallen, zorgen de lidstaten ervoor dat de nationale regelgevende instanties die voornemens zijn maatregelen in overeenstemming met deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen te nemen die aanzienlijke gevolgen voor de relevante markt hebben de belanghebbenden in staat stellen om binnen een redelijke termijn hun zienswijzen te geven op de ontwerpmaatregel. [...]

42 Artikel 7 van de kaderrichtlijn in de hier toepasselijke versie luidt:

1) De nationale regelgevende instanties houden bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven taken zoveel mogelijk rekening met de doelstellingen van artikel 8, waaronder die welke verband houden met de werking van de interne markt.

2) Nationale regelgevende instanties werken op transparante wijze met elkaar en met de Commissie samen om te zorgen voor de consistente toepassing in alle lidstaten van deze richtlijn en van de bijzondere richtlijnen. Hiertoe moeten zij met name samenwerken met de Commissie en BEREC om na te gaan welke soorten instrumenten en oplossingen het meest geschikt **[Or. 23]** zijn om bepaalde soorten situaties op de markt aan te pakken.

3) Indien de nationale regelgevende instantie, naast de raadpleging als bedoeld in artikel 6, voornemens is een maatregel te nemen die:

- a) valt onder de artikelen 15 of 16 van de onderhavige richtlijn, de artikelen 5 of 8 van richtlijn 2002/19/EG (toegangsrichtlijn) of artikel 16 van richtlijn 2002/22/EG (universeledienstrichtlijn); en
- b) van aanzienlijke invloed is op de handel tussen de lidstaten,

stelt zij de Commissie en de nationale regelgevende instanties in de andere lidstaten in kennis van de ontwerpmaatregel, tezamen met de motivering voor de maatregel, overeenkomstig artikel 5, lid 3, en stelt zij de Commissie en de andere nationale regelgevende autoriteiten daarvan in kennis. Nationale regelgevende instanties en de Commissie kunnen de betrokken nationale regelgevende instantie hun opmerkingen meedelen binnen maximaal één maand of binnen de in artikel 6 genoemde termijn indien deze langer is. De periode van één maand kan niet worden verlengd.

4) Indien een maatregel als bedoeld in lid 3 betrekking heeft op:

- a) het definiëren van een relevante markt die verschilt van de markten die in de aanbeveling overeenkomstig artikel 15, lid 1, zijn gedefinieerd; of

- b) het al dan niet aanwijzen van een onderneming die, hetzij individueel of gezamenlijk met anderen, aanzienlijke marktmacht bezit overeenkomstig artikel 16, lid 3, 4 of 5,

en van invloed zou zijn op de handel tussen de lidstaten, en de Commissie de nationale regelgevende instantie heeft meegedeeld dat de ontwerpmaatregel een belemmering voor de interne Europese markt opwerpt of indien zij ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het gemeenschapsrecht en met name met de in artikel 8 genoemde doelstellingen, wordt de vaststelling van de maatregel met nog eens twee maanden uitgesteld. Deze periode kan niet worden verlengd. Binnen deze termijn **[Or. 24]** kan de Commissie, overeenkomstig de procedure van artikel 22, lid 2, het besluit nemen om van de betrokken nationale regelgevende instantie te verlangen dat zij haar ontwerpmaatregel intrekt. Dit besluit gaat vergezeld van een gedetailleerde en objectieve analyse van de redenen waarom de Commissie van mening is dat de ontwerpmaatregel niet moet worden genomen, tezamen met specifieke voorstellen tot wijziging van de ontwerpmaatregel.

5) De betrokken nationale regelgevende instantie houdt zoveel mogelijk rekening met opmerkingen van andere nationale regelgevende instanties en van de Commissie en kan, uitgezonderd in de in lid 4 genoemde gevallen, de uiteindelijke ontwerpmaatregel goedkeuren en, in voorkomend geval, aan de Commissie meedelen.

6) In uitzonderlijke omstandigheden kan een nationale regelgevende instantie die oordeelt dat er een dringende noodzaak is om te handelen, in afwijking van de procedure genoemd in de leden 3 en 4, teneinde de concurrentie te waarborgen en de belangen van de gebruikers te beschermen, onmiddellijk evenredige en voorlopige maatregelen vaststellen. Zij deelt die maatregelen onverwijld volledig met redenen omkleed mede aan de Commissie en de andere nationale regelgevende instanties. Een besluit van de nationale regelgevende instantie om dergelijke maatregelen permanent te maken of de periode waarvoor zij van toepassing zijn, te verlengen, valt onder de bepalingen van de leden 3 en 4.

43 Artikel 8 van de kaderrichtlijn in de hier toepasselijke versie luidt:

1) De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in de leden 2, 3 en 4 genoemde doelstellingen. Die maatregelen dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen.

[...]

3) De nationale regelgevende instanties dragen bij aan de ontwikkeling van de interne markt, onder meer op de volgende wijze:

[...]

d) zij werken met elkaar en met de Commissie op transparante wijze samen om de ontwikkeling van een consistente regelgevende praktijk en de consistente toepassing **[Or. 25]** van deze richtlijn en van de bijzondere richtlijnen te waarborgen.

44 Artikel 8 van de toegangsrichtlijn in de hier toepasselijke versie luidt:

1) De lidstaten zien erop toe dat de nationale regelgevende instanties de nodige bevoegdheden krijgen om de in de artikelen 9, 10, 11, 12 en 13 van deze richtlijn vermelde verplichtingen op te leggen.

2) Wanneer een overeenkomstig artikel 16 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) verrichte marktanalyse uitwijst dat een exploitant een aanmerkelijke macht op een specifieke markt bezit, leggen de nationale regelgevende instanties hem, waar passend, de in de artikelen 9, 10, 11, 12 en 13 van deze richtlijn genoemde verplichtingen op.

[...]

4) De overeenkomstig dit artikel opgelegde verplichtingen worden op de aard van het geconstateerde probleem gebaseerd en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Die verplichtingen worden alleen opgelegd na overleg als bedoeld in de artikelen 6 en 7 van die richtlijn.

45 Artikel 13 van de toegangsrichtlijn in de hier toepasselijke versie luidt:

1) Een nationale regelgevende instantie kan overeenkomstig artikel 8 verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes, wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, ten nadele van de eindgebruikers. De nationale regelgevende instanties houden rekening met de door de exploitant gedane investeringen en laten toe dat hij een redelijke opbrengst verkrijgt uit zijn kapitaalbreng, de aangegane risico's in aanmerking genomen.

2) De nationale regelgevende instanties zien erop toe dat regelingen voor het terugverdienen van kosten en tarifieringsmethoden die worden opgelegd

erop gericht zijn efficiëntie en duurzame concurrentie te bevorderen en de consument maximaal voordeel te bieden. In dat verband **[Or. 26]** kunnen de nationale regelgevende autoriteiten ook rekening houden met beschikbare prijzen van vergelijkbare concurrerende markten.

3) Wanneer voor een exploitant een verplichting inzake kostenoriëntering van zijn tarieven geldt, is het aan hem om aan te tonen dat de tarieven worden bepaald op basis van de kosten verhoogd met een redelijk investeringsrendement. Voor de berekening van de kosten verbonden aan efficiënte dienstverlening, kunnen de nationale regelgevende instanties boekhoudkundige kostenberekeningsmethoden gebruiken die los staan van de door de onderneming gebruikte methoden. De nationale regelgevende instanties kunnen van een exploitant verlangen dat deze volledige verantwoording aflegt over zijn tarieven en indien nodig dat deze worden aangepast.

[...]

- 46 b) Volgens de Senat pleiten zwaarwichtige redenen ervoor om uit voormelde Unierechtelijke bepalingen een plicht voor de Bundesnetzagentur af te leiden om de in § 12, lid 2, TKG geregelde consolidatieprocedure toe te passen voor de verlening van tariefvergunningen overeenkomstig § 35, lid 3, eerste zin, § 31, lid 1, eerste zin, TKG.
- 47 Als Unierechtelijke grondslag voor de consolidatieprocedure geldt artikel 7, lid 3, van de kaderrichtlijn. Een nationale regelgevende instantie stelt volgens dat artikel tegelijk de Commissie en de nationale regelgevende instanties in de andere lidstaten in kennis van de ontwerpmaatregel, tezamen met de motivering voor de maatregel, en stelt de Commissie en de andere nationale regelgevende autoriteiten daarvan in kennis. De nationale regelgevende instanties en de Commissie kunnen de betrokken nationale regelgevende instantie hun opmerkingen meedelen binnen maximaal één maand of binnen de in artikel 6 genoemde termijn indien deze langer is. De betrokken nationale regelgevende instantie houdt overeenkomstig artikel 7, lid 5, van de kaderrichtlijn zoveel mogelijk rekening met deze opmerkingen. De Commissie heeft in de in artikel 7, lid 4, van de kaderrichtlijn genoemde gevallen, waarop hier niet hoeft te worden ingegaan, verdergaande bevoegdheden. **[Or. 27]**
- 48 De consolidatieprocedure moet volgens artikel 7, lid 3, eerste zin, van de kaderrichtlijn in de hier toepasselijke versie met name worden toegepast, wanneer een nationale regelgevende instantie voornemens is een maatregel te nemen die valt onder artikel 8 van de toegangsrichtlijn en van aanzienlijke invloed kan zijn op de handel tussen de lidstaten. Volgens artikel 8, lid 2, van de toegangsrichtlijn legt de nationale regelgevende instantie een exploitant, die blijkens een marktanalyse overeenkomstig artikel 16 van de kaderrichtlijn een aanmerkelijke macht op een specifieke markt bezit, waar passend, de in de artikelen 9, 10, 11, 12

en 13 van de toegangsrichtlijn genoemde verplichtingen op. Van voormelde bepalingen dient in de onderhavige context te worden gewezen op artikel 13 van de toegangsrichtlijn. Volgens artikel 13, lid 1, eerste zin, van de toegangsrichtlijn kan de nationale regelgevende instantie een exploitant overeenkomstig artikel 8 verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes, wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, ten nadele van de eindgebruikers. Dienaangaande geeft artikel 13, lid 1, tweede zin, leden 2 en 3, van de toegangsrichtlijn enige aanwijzingen inzake kostenoriëntering van prijzen: lid 1, tweede zin, en lid 3, eerste zin, stellen in materieel opzicht het vereiste dat rekening wordt gehouden met een „redelijk investeringsrendement”. Lid 2, eerste zin, verduidelijkt dat alleen de kosten van een efficiënte exploitant in aanmerking kunnen worden genomen. Voorts zijn er aanwijzingen over de procedure voor kostenberekening zoals bijvoorbeeld de bewijsplicht van de exploitant (lid 3, eerste zin) en de bevoegdheid van de regelgevende instantie om markten te vergelijken en een onafhankelijke kostenberekening te hanteren (lid 2, tweede zin, en lid 3, tweede zin).

- 49 De Senat vat voormelde bepalingen van afgeleid Unierecht aldus op dat niet alleen de oplegging van de plicht tot tarifieringvergunning in een regeling, maar ook de „omzetting” ervan door de verlening **[Or. 28]** van een tariefvergunning overeenkomstig § 35, lid 3, eerste zin, TKG valt onder het begrip „verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole [...], inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen”, die de regelgevende instantie volgens artikel 13, lid 1, eerste zin, van de toegangsrichtlijn kan opleggen. Als maatregel die binnen de werkingssfeer van artikel 8 van de toegangsrichtlijn valt en die typisch van invloed is op de handel tussen de lidstaten, is een voorgenomen tariefvergunning derhalve onderworpen aan de kennisgevingsplicht van artikel 7, lid 3, eerste zin, van de kaderrichtlijn.
- 50 De Bundesnetzagentur heeft de redenen voor een ruime uitlegging van de Unierechtelijke bepalingen uiteengezet in het bij de litigieuze voorlopige tariefvergunning bijgevoegde raadplegingsontwerp: juist de concrete afzonderlijke besluiten, waarbij de in een regeling vastgestelde abstracte verplichtingen zijn omgezet, hebben concrete en rechtstreekse gevolgen zowel voor de aan de regeling onderworpen ondernemingen als voor wie verzoekt om toegang, en derhalve grote praktische betekenis. Dat geldt in het bijzonder bij vergunningsprocedures die de markt beïnvloeden zoals bijvoorbeeld voor het litigieuze tarief voor diensten inzake mobiele gesprekstterminatie. Zin en strekking van de raadplegings- en consolidatieprocedure is voldoende informatie-inwinning en proceduretransparantie mogelijk te maken, die de strikte groep van de belanghebbenden bij een regelingsprocedure overschrijden. De Commissie en de overige nationale regelgevende instanties worden daarbij betrokken voornamelijk

ter wille van de juridische uniformiteit en het belang van het doel van de Europese interne markt. De gevolgen voor de handel tussen de lidstaten staan vast, daar ook ondernemingen uit andere lidstaten de gereguleerde prijzen voor diensten inzake mobiele gesprekstterminatie van de betrokken exploitant moeten voldoen, hetgeen wordt doorgerekend in de prijzen die de gebruikers uit andere lidstaten moeten betalen bij oproep van klanten van de betrokken exploitant. Overeenkomstig deze overwegingen stelde de Commissie zich in een eerdere procedure voor een tariefvergunning op het standpunt dat volgens artikel 7, lid 3, juncto punt 15 van de considerans van de kaderrichtlijn kennis moet worden gegeven van maxima voor kostenoriëntering van prijzen, „glide paths” of op andere wijzen bepaalde tarieven voor diensten inzake mobiele gesprekstterminatie, aangezien zij een bestanddeel van de in artikel 16 van de kaderrichtlijn genoemde **[Or. 29]** maatregelen zijn en gevolgen hebben voor de handel tussen de lidstaten. Deze opvatting heeft de Commissie vervolgens benadrukt doordat zij, nadat de Bundesnetzagentur de kennisgevingsplicht had verzuimd, in juni 2009 een niet-nakomingsprocedure tegen de Bondsrepubliek Duitsland heeft ingeleid, die zij na de wijziging van de praktijk van de Bundesnetzagentur opnieuw heeft ingesteld.

- 51 Volgens de Senat is de juistheid van de opvatting dat de consolidatieprocedure volgens artikel 7, lid 3, van de kaderrichtlijn ook van toepassing is op de tariefvergunningen, anderzijds niet zo evident dat volgens de leer van de „acte-clair” kan worden afgezien van verwijzing van een verzoek om een prejudiciële beslissing naar het Europees Hof van Justitie krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU. Het Unierecht regelt niet verschillend de handelswijze bij een prijscontrole en bij een toe te passen tariefmaatregel. Het nationale recht bepaalt in wezen hoe de tariefregeling wordt georganiseerd. Het Telekommunikationsgesetz (wet inzake telecommunicatie) maakt aldus gebruik van de machtiging van artikel 13 van de toegangsrichtlijn dat in een eerste etappe in de regelgeving de kostenmaatstaf – in het geval van de tariefvergunning overeenkomstig de §§ 30 en 31 TKG de kosten voor efficiënte dienstverlening – vastgesteld wordt en eerst in een tweede etappe het concrete tarief wordt vastgesteld. Aansluitend daarop kan worden verdedigd dat de feitelijke vaststelling van het concrete tarief – anders dan de abstracte verplichting tot kostenoriëntering van prijzen – geen maatregel binnen de werkingssfeer van artikel 13 van de toegangsrichtlijn vormt. Bovendien kan uit artikel 13, lid 3, van de toegangsrichtlijn worden afgeleid dat ook het Unierecht een meerfasensysteem voor de tariefregeling hanteert, dat naast de oplegging van de abstracte verplichting tot kostenoriëntering van prijzen de regelgevende instanties verdere bevoegdheden tot optreden tot omzetting van deze verplichting geeft. Ten slotte lijkt het denkbaar dat een directe invloed van de Commissie op de vaststelling van de concrete tarieven in strijd is met het in artikel 5 VEU geregelde subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel, omdat zij verder gaat dan het in artikel 1, lid 1, van de kaderrichtlijn genoemde doel **[Or. 30]** om een geharmoniseerd kader voor elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten en diensten te creëren.

- 52 c) Indien het Hof de prejudiciële vraag aldus beantwoordt dat het Unierecht verplicht tot toepassing van de consolidatieprocedure niet alleen voor de oplegging van een vergunningsplicht, maar voor elke vergunning van concreet aangevraagde tarieven, zou daarmee rekening moeten worden gehouden in het kader van een met de richtlijn verenigbare uitlegging van § 13, lid 1, eerste zin, TKG. De nationale rechters zijn volgens vaste rechtspraak van het Hof op basis van de verplichting tot omzetting overeenkomstig artikel 288, derde alinea, VWEU – gehouden bij toepassing van nationaal recht, in het bijzonder van een bijzondere regeling tot omzetting van een richtlijn, het interne recht zoveel mogelijk naar tekst en doel van deze richtlijn uit te leggen om het daarin gestelde resultaat te bereiken (zie arrest Pfeiffer e.a., C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punt 113 e.v.). In casu kan het interne recht in deze zin worden uitgelegd.
- 53 § 13, lid 1, TKG noemt in detail de gevallen waarin de raadplegings- en consolidatieprocedure – met uitzondering van het vetorecht van de Commissie (§ 12, lid 2, punt 3, TKG) – van overeenkomstige toepassing is. Ook de gedetailleerde opsomming van de procedures voor tariefvergunning in de §§ 31 e.v. TKG duidt erop dat de achterwege gebleven verruiming van de toepassing van de raadplegings- en consolidatieprocedure tot de procedure voor tariefvergunning op een bewuste beslissing van de nationale wetgever berust. De motivering bij de wet bevestigt zulks [OMISSIS].
- 54 Het beginsel van de met de richtlijn verenigbare uitlegging verlangt evenwel dat de nationale rechter verder gaat dan uitlegging van de wet in engere zin volgens de opvatting in de nationale methodenleer en het nationale **[Or. 31]** recht, waar nodig en volgens de nationale methodenleer mogelijk is, ook in overeenstemming met de richtlijn ontwikkelt [OMISSIS]. Daaruit volgt dat de werkingssfeer van de in § 12, lid 2, TKG geregelde consolidatieprocedure ondanks de in § 13, lid 1, eerste zin, TKG vervatte, in beginsel als uitputtend op te vatten opsomming van de gevallen waarin de raadplegings- en consolidatieprocedure van overeenkomstige toepassing is, in voorkomend geval moet worden verruimd om aan artikel 7, lid 3, van de kaderrichtlijn toepassing te geven. Bij bevestigend antwoord van het Hof op de prejudiciële vraag moet een leemte in de regeling in de zin van een met de opzet ervan strijdige onvolledigheid van de wet worden opgevuld middels rechterlijke rechtsontwikkeling door een analoge toepassing van de voorleggingsregel van § 13, lid 1, eerste zin, TKG op de beslissing van de Bundesnetzagentur tot verlening van een tariefvergunning.
- 55 Het doel van de richtlijn kan via analoge toepassing van de voorleggingsregel van § 13, lid 1, eerste zin, TKG op de daarin genoemde beslissingen van de Bundesnetzagentur tot verlening van een tariefvergunning worden bereikt zonder overschrijding van de grenzen van het grondwettelijk toegestane [OMISSIS]. Geen onoverkomelijk evaluatiebesluit van de wetgever in de regeling verzet zich tegen rechterlijke rechtsontwikkeling. De nieuwe versie van het TKG strekte tot omzetting van de in april respectievelijk juni 2002 in werking getreden vijf nieuwe Europese richtlijnen [OMISSIS]. De Duitse wetgever beoogde duidelijk

een met de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn volledig verenigbare regeling tot stand te brengen. De wetgever had, indien hij bewust was geweest van de mogelijke onverenigbaarheid met artikel 7, lid 3, van de kaderrichtlijn juncto artikel 8, lid 2, en artikel 13 van de toegangsrichtlijn, ervan afgezien om tariefvergunningen uit te sluiten van de werkingssfeer van de consolidatieprocedure. **[Or. 32]**

- 56 d) Wordt verondersteld dat de consolidatieprocedure volgens artikel 7, lid 3, van de kaderrichtlijn ook moet worden toegepast bij de procedure inzake tariefvergunning, zodat een voorlopige tariefvergunning kan worden toegestaan om de nadelen te verhelpen van de met deze procedure gepaard gaande vertraging van een definitief besluit, kan het bestreden besluit van de Bundesnetzagentur ook niet wegens onjuiste beoordeling worden gekritiseerd. Voor zover de Bundesnetzagentur ervan heeft afgezien om definitief te beslissen op verzoeksters tariefaanvraag vóór de toepassing van de raadplegings- en consolidatieprocedure, was haar beoordelingsbevoegdheid van meet af aan nihil. Voor zover namelijk de toepassing van de consolidatieprocedure Unierechtelijk geboden was, kwam de verlening van een definitieve tariefvergunning als beslissingsalternatief niet in aanmerking. Evenmin kan kritiek worden uitgeoefend op de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid door de Bundesnetzagentur inzake het na verplichte beoordeling te treffen besluit om al dan niet een voorlopige tariefvergunning te geven.

[OMISSIS]