



Datum van inontvangstneming : 14/01/2013

**Zaak C-556/12**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

3 december 2012

**Verwijzende rechter:**

Østre Landsret (Denmarken)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

26 november 2012

**Verzoekende partij:**

TDC A/S

**Verwerende partij:**

Teleklagenævnet

---

UITTREKSEL UIT HET

ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

Beschikking

van 26 november 2012 van het Østre Landsret (Gerechtshof voor Oost-Denemarken) (Veertiende kamer) [OMISSIS]

[OMISSIS]

**TDC A/S**

[OMISSIS]

tegen

**Teleklagenævnet (beroepsinstantie inzake telecommunicatie)**

**Sekretariatet for Telebrugernævnet (secretariaat van de commissie van gebruikers van telecommunicatiediensten) en**

## Teleklagenævnet

[OMISSIS]

### Beschikking houdende verzoek om een prejudiciële beslissing

- 1 Na bespreking met partijen besliste het Østre Landsret het Hof een prejudiciële vraag krachtens artikel 267, lid 2, VWEU te stellen over de uitlegging van artikel 2, leden 8 en 12, van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (PB L 108, blz.108), zoals gewijzigd bij 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 elektronische communicatienetwerken en -diensten, richtlijn 2002/19, en richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Toegangsrichtlijn) (PB L 337, blz. 37).

### In rechte

- 2 TDC heeft een aanmerkelijke macht (SMP) op de markt voor groothandelstoegang tot breedband via koper-, kabeltelevisie- en vezelnetwerk. IT- og Telestyrelse [nationaal IT- en telecombestuur; thans: Erhvervsstyrelse (nationale instantie voor het bedrijfsleven)] legde TDC krachtens de voormalige telelov (telecommunicatiewet) een aantal verplichtingen op deze markt op om de vastgestelde mededingingsproblemen op te lossen, waaronder een verplichting om in te gaan op alle redelijke verzoeken om breedbandtoegang via TDC's netwerk (hierna: „toegangsverplichting”).
- 3 De toegangsverplichting is TDC opgelegd krachtens § 51 a van de voormalige telelov (wet betreffende telecommunicatie) juncto § 40 ervan, die artikel 8 van de kaderrichtlijn<sup>1</sup> inzake beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen ervan omzet, alsook de artikelen 8 en 12 van de toegangsrichtlijn<sup>2</sup> betreffende oplegging van verplichtingen respectievelijk verplichtingen inzake toegang tot en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten.
- 4 De Teleklagenævnet bevestigde vervolgens het besluit van het IT- og Telestyrelse [OMISSIS].

<sup>1</sup> – Richtlijn 2002/21/EG van 7 maart 2002, gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van 25 november 2009 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.

<sup>2</sup> – Richtlijn 2002/19/EG van 7 maart 2002, gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van 25 november 2009 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten.

- 5 De zaak voor het landsret betreft meer bepaald de omvang van de verplichting van toegang tot het vezelnetwerkgedeelte van het netwerk van TDC, namelijk de vraag naar de rechtsgrondslag en de evenredigheid van deze toegangsverplichting.
- 6 De hoofdvraag in dit verband is of een toegangsverplichting krachtens de telelov en de toegangsrichtlijn kan inhouden dat TDC op verzoek van een concurrerende telecommunicatie-exploitant gehouden is aftakkingen op haar vezelnetwerkinfrastructuur voor de eindgebruiker aan te leggen, waarbij tot 30 meter lang kan moeten worden gegraven.

## **Feiten**

### *TDC's aankoop van het vezelnetwerk van DONG Energy*

- 7 De toegangsverplichting werd TDC aanvankelijk alleen opgelegd op het koper- en het kabeltelevisienetwerk. In 2009 kocht TDC evenwel het vezelnetwerk van DONG Energy voor 425 miljoen DKK. Met deze aankoop kon het vezelnetwerk van TDC worden verlengd met 5 498 km en het transportnet met 836 km, waarmee het totale vezelnetwerk van TDC in Denemarken met ongeveer 17 % toenam tot 37 586 km in totaal. Het vezelnetwerk van DONG Energy omvatte geografisch delen van noordelijk en oostelijk Seeland met inbegrip van de hoofdstad. TDC nam met de overeenkomst ongeveer 15 000 eindgebruikers over. De toegangsverplichting als gevolg van het besluit van de Teleklagenævnet betreft ongeveer 80 000 huishoudens.
- 8 Tegen deze achtergrond besliste het IT- og Telestyrelse op 3 november 2010 dat met name de toegangsverplichting ook moest gelden voor het vezelnetwerk van TDC.

## **Procesverloop**

### *Behandeling door de voor telecommunicatie bevoegde instantie*

- 9 II. [omissis] Het hoofdgeding betreft een beroep tegen het besluit van het Teleklagenævnet van 20 juni 2011, waarbij het als beroepsinstantie het besluit van het IT- og Telestyrelse van 3 november 2010 in wezen bevestigde.
- 10 Het IT- og Telestyrelse legde TDC de verplichting op om in te gaan op alle redelijke verzoeken om breedbandtoegang via glasvezel. Inzake de omvang van de verplichting is met name bepaald dat de toegangsverplichting voor TDC ook een verplichting inhoudt om „kleine, noodzakelijke netwerkaanpassingen als bijvoorbeeld de aanleg van aftakkingen voor „homes passed” aan te leggen, waarbij wordt verstaan dat eventuele abonnees kunnen aansluiten op het vezelnetwerk zonder dat ver moet worden gegraven (tot 30 meter van de

eigendomsgrens van de eindgebruiker tot de eigenlijke infrastructuur die breedbandtoegang kan leveren aan de eindgebruiker).

- 11 Aftakking betekent in Denemarken de kabel die wordt gelegd vanaf het verdeelpunt (bijvoorbeeld de kast op straat) tot het eindsegment (bijvoorbeeld de kelder van het gebouw) in de lokalen van de eindgebruiker. De aftakking is het laatste deel van het aansluitnetwerk en wordt gelegd tussen het verdeelpunt in het toegangsnet van de telecommunicatie-exploitant en het eindsegment bij de eindgebruiker.
- 12 Volgens de Teleklagenævnet valt de verplichting tot aanleg van een nieuwe infrastructuur buiten het regelingskader, maar is daarvan geen sprake wanneer „de infrastructuur, dat wil zeggen het vezelnetwerk, is aangelegd en operationeel is, maar de laatste schakel tot de individuele eindgebruiker ontbreekt”.
- 13 De Teleklagenævnet aanvaardde dat de verplichting evenredig was in die zin dat zij noodzakelijk, passend en voldoende was om daadwerkelijke mededinging te verzekeren.
- 14 Overeenkomstig artikel 7, lid 3, van de kaderrichtlijn zond het IT- en Telestyrelse een ontwerp van zijn besluit van 3 november 2010 aan de Europese Commissie die zich in haar advies van 13 oktober 2008 niet uitsprak over het omstreden gedeelte van de toegangsverplichting.
- 15 De zaak kwam op 12 augustus 2011 voor het Ret på Frederiksberg (rechtbank Frederiksberg), die de zaak wegens het algemeen openbaar belang ervan op 4 november 2011 verwees naar het Østre Landsret.

### **Opmerkingen van partijen**

#### *Standpunt van TDC*

- 16 Het besluit van de Teleklagenævnet heeft grote economische gevolgen voor TDC, daar de aanleg van aftakkingen de duurste post is bij de aanleg van de vezelnetwerkinfrastructuur. Elke aftakking kost gemiddeld 12 000 DKK per mogelijke eindgebruiker of 75 % van de waarde van het vezelnetwerk.
- 17 Blijkens aanbeveling 2010/572/EU van de Commissie van 20 september 2010 over gereguleerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA)-netwerken (PB L 251, blz. 35, punten 18-30) vallen de in het gedeeltelijke besluit van het Telestyrelse van 3 november 2010 (bijlage 2, blz. 15) beschreven werkzaamheden onder de markten voor groothandelstoegang tot netwerkinfrastructuur (markt 4). Voor zover er geen analyse is geweest van markt 4, in de zin van §§ 84 b tot en met 84 d van de telelov (§§ 37-39 van de nieuwe wet), kan TDC niet worden gelast aftakkingen te leggen.

- 18 Het gedeeltelijke besluit van het IT- og Telestyrelse van 3 november 2010 dat de basis vormde voor het besluit van de Teleklagenævn, is volledig gebaseerd op analyses van markt 5 (markt voor groothandelstoegang tot breedband). Aangezien de relevante markt markt 4 is, mist het besluit van de Teleklagenævn een rechtsgrondslag doordat het berust op een onjuiste en onvoldoende informatie, zie § 84 a van de telelov.
- 19 Het is in strijd met het evenredigheidsbeginsel dat TDC als telecommunicatie-exploitant met een aanmerkelijke marktmacht op markt 5 een verplichting tot het leggen van aftakkingen wordt opgelegd.
- 20 Het besluit legt TDC verplichtingen tot aanleg van aftakkingen op zonder rechtsgrondslag in § 51 juncto § 51 a van de telelov en het eraan ten grondslag liggende artikel 12 van de toegangsrichtlijn, in het kader waarvan alleen de toegang tot bestaande fysieke infrastructuur en de toegang tot diensten in de vorm van ondersteuningssystemen en bijhorende (bestaande) faciliteiten kan worden opgelegd. § 51 van de telelov zet artikel 12 van de toegangsrichtlijn om.
- 21 Krachtens artikel 12 van de toegangsrichtlijn juncto de artikelen 2 en 8 kan de regelgevende instantie SMP-exploitanten de verplichting opleggen in te gaan op verzoeken om „toegang tot en gebruik van bepaalde netwerkdelen en bijbehorende faciliteiten”. De toegangsverplichting betreft geen bepaalde netwerkdelen en bijbehorende faciliteiten; deze fysieke infrastructuur moet eerst door TDC worden aangelegd, hetgeen bovendien een aanzienlijke investering door TDC vereist. In de toegangsrichtlijn is geen basis te vinden voor het door de Teleklagenævn gemaakte onderscheid tussen „eigenlijk nieuwe infrastructuur” en andere infrastructuur. Relatief vormt de opgelegde investering bovendien zelfs het grootste deel van de investering per eindgebruiker bij het uitrollen van breedband via het vezelnetwerk.
- 22 Ook uit de definitie van „toegang” in artikel 2 van de toegangsrichtlijn blijkt dat sprake kan zijn van toegang op het „aansluitnetwerk”, hetgeen naar de letter duidelijk betekent toegang tot het aangelegde aansluitnetwerk. Er kan geen toegang worden gegeven tot iets dat niet bestaat. De verplichting tot aanleg van aftakkingen, die hier aan de orde is, betreft het deel vanaf het verdeelpunt in het toegangsnet van TDC tot het eindpunt bij de eindgebruiker: zie artikel 2, sub e.
- 23 Op SMP-exploitanten in andere EU-lidstaten die onder de toegangsverplichting en de overige gemeenschapsrechtelijke regelingen vallen, rust geen verplichting tot aanleg van aftakkingen in de zin van het besluit van de Teleklagenævn. Zweden legde SMP-exploitanten evenwel de verplichting op op de groothandelsmarkt voor markt 4 (waartegen beroep is ingesteld). De Europese Commissie gaf over die zaak besluit C(2010)2584, SG-Griffie (2010) D/5468 van 19 april 2010.
- 24 II. [omissis] Ook al kan krachtens § 51 van de telelov juncto § 51 a een verplichting tot aanleg van een fysieke infrastructuur worden opgelegd, verzette

het evenredigheidsbeginsel zich daar in casu tegen (zie § 51, lid 4, telelov) daar de aanleg van aftakkingen gemiddeld ongeveer 12 000 DKK per mogelijke eindgebruiker kost.

- 25 Er is niets bijzonders met de wijze waarop het vezelnetwerk wordt uitgerold, met „homes passed” zonder aangelegde aftakking. Alle andere netwerken worden op die wijze aangelegd. Het enige verschil is dat het vezelnetwerk, anders dan het kopernetwerk, in opbouw is en dat het kopernetwerk nagenoeg volledig is aangelegd.
- 26 Volgens de Teleklagenæv n zijn er vele duizenden huishoudens in Denemarken waarvoor geen aftakking vanaf het vezelnetwerk tot binnen is aangelegd en is het kenmerkend voor de Deense markt dat de aftakking eerst wordt aangelegd wanneer de eindgebruiker zich wil abonneren op een breedbanddienst via het vezelnetwerk. TDC weet niet waarop de Teleklagenæv n deze mening baseert. Volgens TDC is het een zeer gebruikelijke wijze om een nieuw netwerk, met name een vezelnetwerk, uit te bouwen.
- 27 Volgens de Teleklagenæv n geldt de verplichting tot aanleg van aftakkingen niet als een verplichting tot aanleg van nieuwe infrastructuur, maar daarentegen als een noodzakelijke technische aanpassing van het bestaande vezelnetwerk van TDC om de concrete vraag te beantwoorden. In dat verband wijst de Teleklagenæv n erop dat de verplichting „in overeenstemming is met de door TDC zelf voorgestelde definitie”. Dat TDC tijdens de hoorzitting heeft bijgedragen tot de precisering van de verplichting, betekent niet dat TDC ermee instemt dat de verplichting krachtens de telelov kan worden opgelegd, of dat de verplichting evenredig is.
- 28 Dat een verplichting tot prijscontrole is vastgesteld, betekent niet dat TDC zeker is dat haar aanlegkosten voor de aftakkingen volledig zullen zijn gedekt. Deze investering zal slechts volledig zijn gedekt wanneer de uitgangspunten van het Erhvervsstyrelse inzake de levensduur van de aftakkingen en het gebruik ervan door de klanten in feite worden bewaarheid.

*Opmerkingen van de Teleklagenæv n*

- 29 De Teleklagenæv n wijst op grote mededingingsproblemen op de markt voor groothandelstoegang tot breedband, waaronder op het vezelnetwerk. Met het oog op een efficiënte concurrentiële markt is TDC een aantal verplichtingen opgelegd, waaronder de toegangsverplichting. Het besluit om TDC een verplichting tot toegang tot het vezelnetwerk overeenkomstig de verplichting op de andere netwerken op te leggen volgt uit het beginsel van technologische neutraliteit van artikel 8 van de kaderrichtlijn.
- 30 De regeling inzake telecommunicatie bevat onbetwistbaar de noodzakelijke rechtsgrondslag om TDC een verplichting op te leggen om toegang tot haar infrastructuur in de vorm van breedbandtoegang via glasvezel aan te bieden aan

huishoudens die reeds zijn aangesloten via aftakkingen op het hoofdvezelnetwerk: zie § 51 a, lid 1 nr. 1, van de telelov juncto § 40, lid 2, nr. 1 (zie thans de nieuwe telelov: § 42, lid 1, nr. 1, juncto § 41, lid 2, nr. 1).

- 31 De situatie wil evenwel dat vele duizenden huishoudens in Denemarken geen aftakking vanaf het vezelnetwerk tot binnen hebben. Deze aftakking komt er eerst na verzoek door de eindgebruiker om een breedbanddienst via het vezelnetwerk. Dit is bijzonder voor de Deense markt.
- 32 Het Deense vezelnetwerk verschilt in wezen van het kopernetwerk en het kabeltelevisienetwerk; het vezelnetwerk is een nieuw netwerk in opbouw en loopt in beginsel – anders dan het kopernetwerk (en het kabeltelevisienetwerk) – niet volledig tot het eigendom van de eindgebruiker. TDC kan dus in beginsel kiezen wanneer en welke huishoudens kunnen aansluiten op het vezelnetwerk.
- 33 De Teleklagenævnen is het met TDC eens dat de wetgeving inzake telecommunicatie geen rechtsgrondslag bevat om een SMP-exploitant de verplichting tot aanleg van een nieuwe infrastructuur op te leggen; de Teleklagenævnen is het er ook mee eens dat de opgelegde verplichting het evenredigheidsbeginsel van artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn in acht moeten nemen.
- 34 De verplichting tot aanleg van aftakkingen mag evenwel niet gelden als een verplichting tot aanleg van nieuwe infrastructuur, maar moet gelden als een noodzakelijke technische aanpassing van het bestaande vezelnetwerk van TDC om een werkelijke vraag te beantwoorden, en is dus overeenkomstig de door TDC zelf voorgestelde definitie ook beperkt tot de gevallen, waarin over een geringe afstand tot 30 meter moet worden gegraven. Met andere woorden is sprake van een impliciet en natuurlijk deel van de verplichting om andere exploitanten toegang te geven.
- 35 In dit verband dient erop te worden gewezen dat de lijst van interconnectiediensten waartoe toegang moet worden verleend, in § 40 van de voormalige telelov geenszins limitatief is, daar de nieuwe technologieën, wijzigingen in het netwerk of de technische vooruitgang volgens de voorbereidende werkzaamheden betreffende deze bepaling kunnen leiden tot het ontstaan van nieuwe behoeften van toegang tot interconnectiediensten, met flessenhalseffect tot gevolg, dat de daadwerkelijke concurrentie kan hinderen. Zo ook blijkt uit de artikelen 2, 8 en 12 van de toegangsrichtlijn dat geen sprake is van een limitatieve lijst van diensten waartoe toegang kan worden verleend.
- 36 Dienaangaande wordt de wetgeving inzake telecommunicatie nuttige werking gegeven door gelijke technische en temporele mogelijkheden van toegang tot de markt in het leven te roepen door middel van een regelgeving die technologisch neutraal is. Beslissend voor een toegangsverplichting is dus niet de vorm, maar de



vraag of de inhoud ervan noodzakelijk is om de op de markt vastgestelde mededingingsproblemen op te lossen.

- 37 In casu moet dit worden getoetst aan het feit dat TDC wegens de bijzondere wijze van ontwikkeling van het vezelnetwerk in beginsel kan beslissen wanneer en welke huishoudens worden aangesloten.
- 38 Dat geeft TDC een duidelijk concurrentievoordeel: zij kan op detailhandelniveau klanten winnen doordat zij „met voorrang” toegang tot een vezelnetwerk kan aanbieden in zones waar het wordt uitgerold, terwijl haar concurrenten na de aanvankelijke aansluitingsperiode van zes maanden alleen klanten van haar kunnen overnemen. Dit voordeel schaadt de mededinging op de markt die de opgelegde toegangsverplichting wordt geacht te verhelpen.
- 39 In deze situatie is tot oplossing van de op dit marktdeel vastgestelde mededingingsproblemen een ruimere toegangsverplichting noodzakelijk dan gebruikelijk is op het kopernetwerk waar de aftakkingen reeds zijn aangelegd.
- 40 De verplichting tot aanleg van aftakkingen heeft tot doel ervoor te zorgen dat de concurrenten op gelijke voet met TDC het door TDC uitgebouwde netwerk kunnen gebruiken in gebieden waar TDC de glasvezel heeft uitgerold, maar nog niet alle klanten heeft aangesloten.
- 41 Indien geen aftakkingen worden aangelegd, wordt de toegangsverplichting in wezen uitgehold doordat de aanleg van deze aftakkingen een noodzakelijke voorwaarde is voor de verkrijging door de overige exploitanten van klanten voor de via glasvezel verstrekte diensten op voet van gelijke mededinging met TDC.
- 42 De toegangsverplichting moet bovendien aldus zijn geformuleerd dat TDC niet kan controleren welke activiteiten de overige exploitanten kunnen lanceren en wanneer zij deze lanceren.
- 43 Volgens de Teleklagenævnen geven in een dergelijke situatie § 51 a, lid 1, nr. 1, van de voormalige telelov (§ 42, lid 1, nr. 1, van de nieuwe telelov) en artikel 12 van de toegangsrichtlijn juncto artikel 8 de noodzakelijke rechtsgrondslag voor de verplichting van de SMP-exploitanten om in te gaan op alle redelijke interconnectieverzoeken van andere exploitanten, ook wanneer daarbij het netwerk moet worden aangepast in de vorm van beperkte graafwerkzaamheden, enz.
- 44 De omvang van de investering is irrelevant voor de hoofdvraag of de telelov de noodzakelijke rechtsgrondslag voor de verplichting van een SMP-exploitant tot aanleg van aftakkingen bevat, aangezien de omvang van de investering onder de evenredigheidstoets valt: zie § 51, lid 4. Tot dekking van de kosten van TDC voor de aanleg van de aftakkingen is overigens de verplichting tot prijscontrole ingevoerd.

- 45 De uitlegging door de Teleklagenævnen van § 51 a, lid 1, nr. 1, en artikel 12 van de toegangsrichtlijn juncto artikel 8 vindt voorts steun in het feit dat als deel van de krachtens § 51, lid 5, te toetsen evenredigheid van de voorgenomen verplichtingen rekening kan worden gehouden met de omvang van de aanvankelijke investeringen door de eigenaar van de faciliteit gelet op de daarmee gepaard gaande risico's: zie § 51, lid 5, nr. 2. Ook al betreft deze bepaling niet de werkelijke inhoud van toegangsverplichtingen, brengen zij mee dat het noodzakelijk kan zijn de infrastructuur aan te passen met het oog op de toegangsverplichting. De bepaling zet artikel 12, lid 2, sub c, van de toegangsrichtlijn om.
- 46 In het kader van de vaststelling van nieuwe marktbesluiten erkende de Commissie in besluit C(2012) 4922 van 9 juli 2012 uitdrukkelijk dat de richtlijn de noodzakelijke rechtsgrondslag bevat om een dergelijke verplichting op te leggen voor zover de verplichting voldoet aan de eisen van evenredigheid, enz.

*Relevante nationale bepalingen*

De bepalingen<sup>3</sup> aan de grondslag van het besluit luiden als volgt:

[OMISSIS] „§ 40. De bepalingen inzake interconnectiediensten omvatten

1) toegang tot of het beschikbaar stellen van faciliteiten of diensten aan een andere exploitant met het oog op het aanbod van elektronische communicatiediensten

[...]

Lid 2. De toegang tot of het beschikbaar stellen van faciliteiten of diensten in de zin van lid 1, nr. 1, omvat met name toegang tot

1) netwerkdelen, waaronder ontbundelde toegang tot aansluitnetwerken en bijbehorende faciliteiten alsook aansluiting van uitrusting,

[...]

§ 51. Het IT- og Telestyrelsen zal exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht (zie § 84 d) een of meer in lid 3 genoemde verplichtingen opleggen (zie evenwel § 76 a).

[...]

Lid 4. De verplichtingen, die krachtens leden 1 en 2 worden opgelegd, zullen uitgaan van het concrete probleem, evenredig en gerechtvaardigd zijn ten aanzien

<sup>3</sup> – Lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet (wet inzake mededinging en consumentenbescherming op de telecommunicatiemarkt), zie lovbekendtgørelse (consolidatiewet) nr. 780 van 28 juni 2007, zoals gewijzigd, <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=29326>

van de doelstellingen van § 1. Het IT- en Telestyrelse zal op de individuele markt de omvang van de verplichtingen en de vereisten inzake de kwaliteit van de interconnectiediensten bepalen waartoe exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht toegang moeten geven (zie § 51, lid 3, nr. 1). Het IT- en Telestyrelse kan daartoe vereisten inzake de daadwerkelijke nakoming van verplichtingen opleggen.

Lid 5. Wat de in lid 4 bedoelde evenredigheid betreft, zal het IT- en Telestyrelse met name rekening houden met,

- 1) de haalbaarheid van de voorgestelde toegangverlening, rekening houdend met de beschikbare capaciteit;
- 2) de door de eigenaar van de faciliteit verrichte initiële investering, rekening houdend met de aan de investering verbonden risico's;
- 3) relevante intellectuele eigendomsrechten.

§ 51 a. De verplichting om in te gaan op alle redelijke verzoeken om toegang tot interconnectie (zie § 51, lid 3, nr. 1) betekent dat partijen

- 1) toegang zullen bieden tot een of meerdere in § 40, leden 2 en 3, genoemde interconnectiediensten.

[...]”

- 47 De telelov is vervangen door lov nr. 169 af 3. marts 2011 om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (wet nr. 169 van 3 maart 2011 inzake elektronische communicatienetwerken en -diensten).<sup>4</sup> De nieuwe wet is op 25 mei 2011 in werking getreden. De relevante bepalingen in de nieuwe wet luiden:

„§ 41.

Lid 1. Voor beslissingen die het IT- en Telestyrelse neemt krachtens § 40, lid 1, zal het IT- en Telestyrelse exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht (zie § 40) een of meer verplichtingen opleggen. Het IT- en Telestyrelse stelt bij individueel besluit de omvang en inhoud van de verplichtingen vast.

Lid 2. De in lid 1 genoemde verplichtingen kunnen omvatten:

- 1) Netwerktoegang, zie § 42.
- 2) Non-discriminatie, zie § 43.
- 3) Transparantie, zie § 44.

<sup>4</sup> – <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id= 136073>

- 4) Boekhoudkundige opsplitsing, zie § 45.
- 5) Prijscontrole, zie § 46.
- 6) Functionele scheiding, zie § 47.

Lid 3. Het IT- en Telestyrelse kan in bijzondere gevallen na instemming van de Europese Commissie exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht andere dan de in lid 2 genoemde verplichtingen opleggen.

Lid 4. Ongeacht lid 3 kan het IT- en Telestyrelse bij de regeling voor exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht andere verplichtingen in detail opleggen indien het van mening is dat de in lid 2 genoemde verplichtingen niet geschikt zijn om het krachtens § 39 vastgestelde mededingingsprobleem op te lossen.

Lid 5. Tegelijk met het besluit in de zin van de leden 1, 3 of 4 beslist het IT- en Telestyrelse hoe kennis wordt gegeven aan de betrokken exploitanten van openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten. Aan deze exploitanten wordt te gepasten tijde bij voorbaat kennis gegeven.

§ 42. Onder verplichting van netwerktoegang wordt verstaan een verplichting van de exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht om netwerktoegang feitelijk of virtueel aan te bieden tot nader bepaalde delen van de netwerkdelen van de exploitant, diensten en bijbehorende faciliteiten. De exploitant kan met name worden opgelegd in te gaan op alle redelijke verzoeken tot het aangaan of wijzigen van overeenkomsten inzake netwerktoegang. De verplichting kan met name omvatten:

- 1) derden toegang verlenen tot bepaalde netwerkelementen en/of faciliteiten, met inbegrip van toegang tot netwerkelementen die niet actief zijn en/of ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, onder meer om carrierkeuze en/of carriërvoorkeur en/of verkoop aanbod van abonneelijnen mogelijk te maken;

Lid 2. Bij de vaststelling van verplichtingen inzake netwerktoegang zal het IT- en Telestyrelse met name rekening houden met,

- 1) de technische en economische levensvatbaarheid van het gebruik of de installatie van concurrerende faciliteiten, in het licht van het tempo van de marktontwikkeling, rekening houdend met de aard van en het soort interconnectie en/of toegang;

- 2) de haalbaarheid van de voorgestelde toegangverlening, rekening houdend met de beschikbare capaciteit;

- 3) de door de eigenaar van de faciliteit verrichte initiële investering, rekening houdend met de verrichte overheidsinvesteringen en de aan de investering verbonden risico's;

4) de noodzaak om op de lange termijn de concurrentie in stand te houden, met speciale aandacht voor economisch doeltreffende concurrentie op basis van de infrastructuur.”

48 Voorgaande bepalingen zetten artikel 12 van de toegangsrichtlijn om.

*Unierechtelijke bepalingen*

*De relevante markt*

49 De verplichtingen worden opgelegd op basis van een analyse van de groothandelsmarkt voor breedbandtoegang (markt 5) van 22 december 2008.

50 De bijlage bij aanbeveling 2007/879 (reeds aangehaald) bepaalt de relevante markten. Met name worden de volgende markten bepaald:

„Wholesaleniveau

4. (Fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie.

5. Wholesalebreedbandtoegang.

Deze markt omvat niet-fysieke of virtuele netwerktoegang, met inbegrip van bitstreamtoegang op een vaste locatie. Het gaat om een downstreammarkt ten opzichte van de fysieke toegang die valt onder markt 4, in die zin dat wholesalebreedbandtoegang kan worden opgezet door gebruik te maken van dit uitgangspunt in combinatie met andere elementen. [...]”

*Toegangsverplichtingen*

51 De relevante bepalingen van de toegangsrichtlijn (geconsolideerde versie) zijn als volgt:

„Artikel 2

Definities

[...]

Voorts wordt verstaan onder:

a) ‚toegang’: het beschikbaar stellen van faciliteiten en/of diensten aan een andere onderneming, onder uitdrukkelijke voorwaarden, hetzij op exclusieve hetzij op niet-exclusieve basis, met het oog op het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten of het aanbieden van diensten voor de informatiemaatschappij of inzake inhoud voor radio- en televisieomroepen. Deze term bestrijkt onder meer toegang tot netwerkelementen en verwante

faciliteiten waarbij eventueel apparatuur kan worden verbonden met vaste of niet-vaste middelen (dit houdt met name toegang in tot het aansluitnet en tot faciliteiten en diensten die noodzakelijk zijn om diensten te kunnen aanbieden via het aansluitnet); toegang tot materiële infrastructuur waaronder gebouwen, kabelgoten en masten; toegang tot relevante programmatuursystemen waaronder operationele ondersteuningssystemen; toegang tot informatiesystemen of databases voor reservering, levering, bestelling, onderhouds- en herstelverzoeken en facturering; toegang tot nummervertaling of systemen met vergelijkbare functionaliteit; toegang tot vaste en mobiele netwerken, met name voor roaming; toegang tot voorwaardelijke toegangssystemen voor digitale televisiediensten; toegang tot virtuele netwerkdiensten.

[...]

- e) ‚aansluitnet’: fysieke circuit dat het netwerkaansluitpunt verbindt met een verdeler of een soortgelijke voorziening in het vaste openbare elektronische communicatienetwerk.

## Artikel 8

### Oplegging, wijziging of opheffing van verplichtingen

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 [de 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.

3. Onverminderd [...] leggen de nationale regelgevende instanties de in de artikelen 9 tot en met 13 vermelde verplichtingen niet op aan exploitanten die niet overeenkomstig lid 2 zijn aangewezen.

Wanneer een nationale regelgevende instantie in uitzonderlijke omstandigheden voornemens is aan exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht andere verplichtingen met betrekking tot toegang of interconnectie op te leggen dan die welke zijn vermeld in de artikelen 9 tot en met 13 van deze richtlijn, vraagt zij daarvoor toestemming aan de Commissie. De Commissie houdt zoveel mogelijk rekening met het advies van het orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) []. De Commissie neemt overeenkomstig artikel 14, lid 2, een besluit dat de nationale regelgevende instantie toestaat of verhindert dergelijke maatregelen te nemen.

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 [de kaderrichtlijn] proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Die verplichtingen worden alleen opgelegd na overleg als bedoeld in de artikelen 6 en 7 van die richtlijn.

[...]

Artikel 12 – Verplichtingen inzake toegang tot en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten

1. Volgens artikel 12, lid 1, van de toegangsrichtlijn kan een nationale regelgevende instantie exploitanten overeenkomstig artikel 8 de verplichting opleggen in te gaan op redelijke verzoeken om toegang tot en gebruik van bepaalde netwerkdelen en bijbehorende faciliteiten, onder andere wanneer de nationale regelgevende instantie van mening is dat het weigeren van toegang of het opleggen van onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte detailhandelsmarkt zou belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn.

Van exploitanten kan onder meer worden verlangd dat zij:

- a) derden toegang verlenen tot bepaalde netwerkelementen en/of faciliteiten, met inbegrip van toegang tot netwerkelementen die niet actief zijn en/of ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, onder meer om carrierkeuze en/of carriërvoorkeur en/of verkoop aanbod van abonneelijnen mogelijk te maken;

[...]

2. Wanneer de nationale regelgevende instanties overwegen de in lid 1 genoemde verplichtingen op te leggen, en in het bijzonder bij de evaluatie van de vraag of dergelijke verplichtingen wel evenredig zijn met de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) betrekken zij met name de volgende factoren in hun overwegingen:

- a) de technische en economische levensvatbaarheid van het gebruik of de installatie van concurrerende faciliteiten, in het licht van het tempo van de marktontwikkeling, rekening houdend met de aard van en het soort interconnectie en/of toegang, inclusief de levensvatbaarheid van andere toeleveringsproducten zoals toegang tot kabelgoten;

[...]

- b) de haalbaarheid van de voorgestelde toegangverlening, rekening houdend met de beschikbare capaciteit;

- c) de door de eigenaar van de faciliteit verrichte initiële investering, rekening houdend met de verrichte overheidsinvesteringen en de aan de investering verbonden risico's;
- d) de noodzaak om op de lange termijn de concurrentie in stand te houden, met speciale aandacht voor economisch doeltreffende concurrentie op basis van de infrastructuur;

[...]”.

### **Motivering en conclusie van het Landsret**

Volgens het landsret hangt de uitkomst van het geschil af van een uitlegging van het Unierecht; het landsret beslist dus prejudiciële vragen naar het Hof te verwijzen.

### **BESLISSING:**

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

- 1) Omvat de definitie van „toegang” in artikel 2, sub a, van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischcommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn) (PB L 108, blz. 7) toegang in de vorm van de aanleg van aftakkingen tussen het verdeelpunt in een toegangsnetwerk en het eindsegment bij de eindgebruiker? Moet de vraag anders worden beantwoord wanneer de maximumlengte van dergelijke aftakkingen 30 meter is?
- 2) Valt de aanleg van aftakkingen over een afstand tot 30 meter tussen het verdeelpunt in een toegangsnetwerk en het eindsegment bij de eindgebruiker onder het begrip „toegang tot en gebruik van bepaalde netwerkonderdelen en bijbehorende faciliteiten” van artikel 12 juncto de artikelen 2 en 8 van de toegangsrichtlijn?
- 3) Is het relevant voor het antwoord op de eerste en de tweede vraag, wanneer de toegangsverplichting de vorm aanneemt van een vereiste bijvoorbeeld tot aanleg van aftakkingen tussen het verdeelpunt in een toegangsnetwerk en het eindsegment bij de eindgebruiker, dat de eigenaar van een elektronischcommunicatienetwerk investeringen moet doen die de aankoopkosten van het elektronischcommunicatienetwerk waartoe toegang moet worden gegeven, aanzienlijk overschrijden?



- 4) Is het relevant voor het antwoord op de derde vraag dat tot dekking van de kosten van de eigenaar voor de aanleg van de aftakkingen een verplichting tot prijscontrole wordt opgelegd?

[OMISSIS]