CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. M. COLLINS
van 9 juni 2022[1]

Zaak C-243/21

„TOYA" sp. z o.o.,
Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji
tegen
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej,
in tegenwoordigheid van:
Polska Izba Komunikacji Elektronicznej

[verzoek van de Sąd Okręgowy w Warszawie (rechter in eerste aanleg Warschau, Polen) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Telecommunicatie – Richtlijn 2014/61/EU – Artikel 3 – Bevoegdheid van de nationale regelgevende instantie om voorwaarden betreffende toegang tot fysieke infrastructuur op te leggen aan een exploitant die geen aanmerkelijke marktmacht heeft – Ontbreken van een geschil over toegang – Artikel 1, lid 3 – Minimale harmonisatie"

I. Inleiding

1. In dit verzoek van de Sąd Okręgowy w Warszawie (rechter in eerste aanleg Warschau, Polen) om een prejudiciële beslissing worden twee vragen opgeworpen over de uitlegging van richtlijn 2014/61/EU inzake maatregelen ter verlaging van de kosten van de aanleg van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid[2]. De eerste vraag is of richtlijn 2014/61, gelezen in het licht van richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn)[3] en van richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn)[4], eraan in de weg staat dat een nationale regelgevende instantie voorwaarden oplegt aan een aanbieder van elektronischecommunicatienetwerken die geen aanmerkelijke marktmacht heeft op de desbetreffende markt. De tweede vraag is of richtlijn 2014/61 eraan in de weg staat dat een nationale regelgevende instantie voorwaarden oplegt aan exploitanten van telecommunicatie om toegang te verlenen tot hun fysieke infrastructuur zonder dat sprake is van een geschil over die toegang.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 (PB 2014, L 155, blz. 1).

3 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 (PB 2002, L 108, blz. 33), zoals gewijzigd (hierna: „kaderrichtlijn").

4 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart (PB 2002, L 108, blz. 7), zoals gewijzigd (hierna: „toegangsrichtlijn").

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Kaderrichtlijn

2. In de overwegingen van de kaderrichtlijn worden onder meer de volgende doelstellingen genoemd:

„(25) In bepaalde omstandigheden moeten ex ante verplichtingen worden opgelegd om de ontwikkeling van een concurrerende markt te waarborgen. De definitie van aanmerkelijke macht op de markt in richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP) […], is doeltreffend gebleken in de eerste stadia van de openstelling van de markt als criterium voor verplichtingen ex ante, maar moet thans worden aangepast aan meer complexe en dynamische markten. Daarom is de in deze richtlijn gebruikte definitie gelijkwaardig aan het begrip machtspositie als gedefinieerd in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht […] van de Europese Gemeenschappen.

[…]

(27) Het is essentieel dat ex ante regulerende verplichtingen alleen worden opgelegd wanneer er geen daadwerkelijke mededinging is, d.w.z. in markten waar een of meer ondernemingen zijn met een aanzienlijke marktmacht, en wanneer nationale rechtsmiddelen en de middelen van het communautaire mededingingsrecht ontoereikend zijn om het probleem op te lossen. […]”

3. Hoofdstuk III van de kaderrichtlijn heeft als opschrift „Taken van de nationale regelgevende instanties”. Artikel 8 daarvan bevat beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen. In artikel 8, lid 5, onder f), is opgenomen dat de nationale regelgevende instanties regelgevende verplichtingen ex ante uitsluitend daar moeten opleggen waar geen effectieve en duurzame concurrentie is. Zodra aan die voorwaarde is voldaan, moeten zij die verplichtingen verlichten of opheffen.

4. Hoofdstuk IV van de kaderrichtlijn heeft als opschrift „Algemene bepalingen”. Artikel 14 bevat de definitie van aanmerkelijke marktmacht. In artikel 16 wordt de marktanalyseprocedure beschreven die een nationale regelgevende instantie moet volgen om te bepalen of een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is: wanneer een markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat de nationale regelgevende instantie na welke ondernemingen op die markt aanmerkelijke macht hebben.

2. Toegangsrichtlijn

5. Artikel 8, lid 2, van de toegangsrichtlijn luidt:

„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."

6. De in de artikelen 9 tot en met 13 van de toegangsrichtlijn neergelegde verplichtingen hebben betrekking op: i) transparantie, met inbegrip van de verplichting voor een exploitant om een referentieofferte te publiceren [5]; ii) non-discriminatie; iii) gescheiden boekhoudingen; iv) toegang tot en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten, en v) prijscontrole en kostentoerekening.

7. Artikel 8, lid 3, van de toegangsrichtlijn bepaalt dat, onverminderd artikel 5, lid 1, en artikel 6 ervan en de artikelen 12 en 13 van de kaderrichtlijn, de nationale regelgevende instanties de in de artikelen 9 tot en met 13 van de toegangsrichtlijn omschreven verplichtingen niet opleggen aan exploitanten die niet zijn aangemerkt als ondernemingen met een aanmerkelijke macht op een specifieke markt.

3. Richtlijn 2014/61

8. In de overwegingen van de richtlijn worden de doelstellingen toegelicht als volgt:

„(6) Rekening houdend met de noodzaak van actie op Unieniveau om te zorgen voor een betere breedbanddekking, onder meer door de kosten van infrastructuur voor snelle breedband te verminderen, zoals weergegeven in de conclusie van de Europese Raad van 13/14 december 2012, wordt in de mededeling van de Commissie met als titel ‚Akte voor de interne markt II' benadrukt dat extra inspanningen nodig zijn om de in de digitale agenda vastgestelde doelstellingen sneller te bereiken door onder meer een oplossing te vinden voor het vraagstuk van investeringen in netwerken met hoge snelheid.

(7) De uitrol van vaste en draadloze elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid in de hele Unie vergt aanzienlijke investeringen, waarvan een significant deel gaat naar civieltechnische werken. Het beperken van de kostenintensieve civieltechnische werken zou de uitrol van breedband concreter maken.

(8) Een groot deel van die kosten ontstaat doordat de uitrol op een aantal punten inefficiënt is als gevolg van het gebruik van bestaande passieve infrastructuur (zoals kabelgoten, leidingen, mangaten, straatkasten, palen, masten, antenne-installaties, torens en andere ondersteunende constructies), knelpunten bij de coördinatie van civiele werken, belastende administratieve vergunningsprocedures en knelpunten bij de aanleg van netwerken in gebouwen, die hoge financiële drempels veroorzaken, vooral in plattelandsgebieden.

(9) Maatregelen met het oog op een efficiënter gebruik van bestaande infrastructuur die beogen de kosten omlaag te brengen en obstakels bij de uitvoering van nieuwe civieltechnische werken uit de weg te ruimen, kunnen een belangrijke bijdrage leveren tot een snelle en uitgebreide aanleg van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid, zonder dat

[5] Artikel 9, leden 2 en 4, van de toegangsrichtlijn.

dit ten koste gaat van doelmatige concurrentie, en zonder het nadelig beïnvloeden van de veiligheid, de beveiliging en het soepel functioneren van de bestaande publieke infrastructuren.

(10) Sommige lidstaten hebben maatregelen genomen die tot doel hebben de kosten voor de uitrol van breedband omlaag te brengen. Die maatregelen blijven echter schaars en gefragmenteerd. Door die maatregelen op grotere schaal in de hele Unie toe te passen, kan een significante bijdrage worden geleverd aan de totstandbrenging van een digitale interne markt. Verschillen in de regelgevingseisen vormen in sommige gevallen een belemmering voor samenwerking tussen nutsbedrijven en kunnen drempels opwerpen voor de toegang tot de markt voor nieuwe netwerkexploitanten en voor nieuwe bedrijfsmogelijkheden, zodat de ontwikkeling van een interne markt voor de aanleg en het gebruik van fysieke infrastructuur voor elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid wordt belemmerd. Tot slot wordt bij initiatieven op het niveau van de lidstaten niet altijd de alomvattende aanpak gevolgd die nu net noodzakelijk is om in alle fasen van het uitrolproces en in alle sectoren maatregelen te nemen die een samenhangend en significant effect sorteren.

(11) Deze richtlijn wil bepaalde minimumrechten en -verplichtingen vaststellen die in de hele Unie gelden om de uitrol van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid en sectoroverschrijdende coördinatie te vergemakkelijken. Hoewel moet worden gezorgd voor een minimum aan gelijke voorwaarden, mag dit overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel niet ten koste gaan van bestaande, op nationaal en plaatselijk niveau toegepaste beste praktijken en maatregelen die nadere bepalingen en voorwaarden behelzen, noch van maatregelen die een aanvulling vormen op deze rechten en verplichtingen.

[…]

(13) Voor de uitrol van elektronischecommunicatienetwerken is het voor exploitanten van elektronischecommunicatienetwerken en met name voor nieuwkomers veel efficiënter bestaande fysieke infrastructuur te hergebruiken, zoals infrastructuur van andere nutsbedrijven, met name in gebieden waar geen geschikt elektronischecommunicatienetwerk beschikbaar is of waar het uit economisch oogpunt niet haalbaar is om nieuwe fysieke infrastructuur op te zetten. Voorts kunnen sectoroverschrijdende synergieën ervoor zorgen dat minder civiele werken in verband met de aanleg van elektronischecommunicatienetwerken nodig zijn en dus ook de hiermee samenhangende maatschappelijke en milieukosten zoals vervuiling, overlast en verkeerscongestie omlaag gaan. Deze richtlijn moet derhalve niet alleen gelden voor aanbieders van openbare communicatienetwerken, maar ook voor alle eigenaren of houders van rechten om gebruik te maken van (wat betreft laatstgenoemden zonder afbreuk te doen aan de eigendomsrechten van derden) uitgebreide en alomtegenwoordige fysieke infrastructuur die geschikt is om elementen van elektronischecommunicatienetwerken in onder te brengen, zoals fysieke netwerken voor de levering van elektriciteit, gas, water en systemen voor afval- en rioolwater en drainage, verwarming en transportdiensten.

(14) Met het oog op het bevorderen van de aanleg van openbare communicatienetwerken met hoge snelheid in de interne markt, dient deze richtlijn de rechten van de aanbieders van openbare communicatienetwerken vast te stellen wat betreft de toegang tot fysieke infrastructuur, ongeacht de plaats waar deze zich bevindt, onder billijke en redelijke voorwaarden die verenigbaar zijn met de normale uitoefening van eigendomsrechten. De

verplichting om toegang tot de fysieke infrastructuur te bieden, moet de rechten van de eigenaar van het terrein waarop of het gebouw waarin de infrastructuur zich bevindt, onverlet laten."

9. Artikel 1 van richtlijn 2014/61 („Onderwerp en toepassingsgebied") luidt als volgt:

„1. Deze richtlijn beoogt de uitrol van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid te vergemakkelijken en te stimuleren door het gezamenlijk gebruik van bestaande fysieke infrastructuur te bevorderen en de efficiëntere aanleg van nieuwe fysieke infrastructuur mogelijk te maken, zodat deze netwerken tegen lagere kosten kunnen worden uitgerold.

2. Bij deze richtlijn worden minimumvoorschriften in verband met civiele werken en fysieke infrastructuur vastgesteld, teneinde bepaalde aspecten van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op die gebieden nader tot elkaar te brengen.

3. De lidstaten kunnen met het Unierecht overeenstemmende maatregelen handhaven of invoeren die verder gaan dan de bij deze richtlijn vastgestelde minimumvoorschriften met het oog op een betere verwezenlijking van de in lid 1 bepaalde doelstelling.

4. Indien een bepaling van deze richtlijn in strijd is met een bepaling van [de kaderrichtlijn], [de toegangsrichtlijn], richtlijn 2002/20/EG[6], richtlijn 2002/22/EG[7] of richtlijn 2002/77/EG[8], heeft de desbetreffende bepaling van de genoemde richtlijnen voorrang."

10. Artikel 3 van richtlijn 2014/61 bepaalt:

„1. De lidstaten dragen er zorg voor dat elke netwerkexploitant het recht heeft ondernemingen die elektronischecommunicatienetwerken aanbieden of waaraan een vergunning voor het aanbieden ervan is verleend, toegang te geven tot zijn fysieke infrastructuur met het oog op de aanleg van elementen van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid. De lidstaten kunnen tevens op wederkerige wijze erin voorzien dat exploitanten van openbare communicatienetwerken het recht hebben om toegang te geven tot hun fysieke infrastructuur met het oog op de aanleg van andere dan elektronischecommunicatienetwerken.

2. De lidstaten dragen er zorg voor dat de netwerkexploitanten, op schriftelijk verzoek van ondernemingen die openbare communicatienetwerken aanbieden of waaraan een vergunning voor het aanbieden ervan is verleend, moeten voldoen aan redelijke verzoeken om toegang tot hun fysieke infrastructuur onder billijke en redelijke eisen en voorwaarden met inbegrip van de prijs, met het oog op de aanleg van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid. Dat schriftelijke verzoek bevat een nadere omschrijving van de elementen van het project waarvoor om toegang wordt verzocht, met inbegrip van een tijdschema.

[…]

[6] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtljin) (PB 2002, L 108, blz. 21).

[7] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 51).

[8] Richtlijn van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PB 2002, L 249, blz. 21).

5. De lidstaten zorgen ervoor dat de in lid 4 bedoelde nationale instantie voor geschillenbeslechting met volledige inachtneming van het evenredigheidsbeginsel een bindend besluit neemt om het overeenkomstig lid 4 voorgelegde geschil te beslechten, met inbegrip van het vaststellen van billijke en niet-discriminerende eisen en voorwaarden, waaronder, in voorkomend geval, de prijs.

De nationale instantie voor geschillenbeslechting beslecht het geschil zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen twee maanden vanaf de datum van ontvangst van het volledige verzoek, behoudens buitengewone omstandigheden, waarbij elke partij de mogelijkheid behoudt om de zaak aanhangig te maken bij een gerechtelijke instantie.

Indien het geschil betrekking heeft op de toegang tot de infrastructuur van een aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk en de nationale instantie voor geschillenbeslechting is de nationale regelgevende autoriteit, houdt deze, in voorkomend geval, rekening met de in artikel 8 van [de kaderrichtlijn] genoemde doelstellingen. […]

[…]"

11. In artikel 4, lid 1, van richtlijn 2014/61 wordt vermeld dat ondernemingen die openbare communicatienetwerken aanbieden, op verzoek recht hebben op toegang tot minimuminformatie met betrekking tot de bestaande fysieke infrastructuur van andere netwerkexploitanten.

B. Pools recht

12. Artikel 17, leden 1 en 2, van de Ustawa z 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (wet van 7 mei 2010 inzake ondersteuning van de ontwikkeling van telecommunicatiediensten en -netwerken; hierna: „wet ontwikkelingsondersteuning"), luidt als volgt.

„1. De netwerkexploitant verleent telecommunicatieondernemingen toegang tot de fysieke infrastructuur, met inbegrip van het gedeeld gebruik ervan, teneinde een telecommunicatienetwerk met hoge snelheid te ontwikkelen.

2. Voor de toegang tot de fysieke infrastructuur moet worden betaald, tenzij de contractpartijen anders overeenkomen."

13. In artikel 18, leden 1 tot en met 3 en leden 6 tot en met 8, van de wet ontwikkelingsondersteuning staat het volgende.

„1. De voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur, met inbegrip van de technische, operationele en financiële voorwaarden voor samenwerking, worden door de partijen vastgelegd in een overeenkomst voor toegang tot de fysieke infrastructuur, die op straffe van nietigheid schriftelijk moet worden gesloten.

2. De directeur van de UKE[9] kan de netwerkexploitant verzoeken informatie te verstrekken over de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur.

[9] Gespecificeerd in punt 15 van onderhavige conclusie.

3. Nadat de netwerkexploitant informatie heeft verstrekt over de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur, kan de directeur van de UKE ingevolge de criteria van artikel 22, leden 1 tot en met 3, bij besluit de voorwaarden voor het verlenen van toegang tot de fysieke infrastructuur vaststellen. Artikel 22, lid 4, is van overeenkomstige toepassing.

[…]

6. Een netwerkexploitant ten aanzien van wie een besluit houdende vaststelling van de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur is vastgesteld, dient de in lid 1 bedoelde overeenkomsten te sluiten op voorwaarden die niet ongunstiger zijn dan de in dat besluit vastgestelde voorwaarden.

7. Een netwerkexploitant ten aanzien van wie een besluit houdende vaststelling van de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur is vastgesteld maakt op zijn website de actuele voorwaarden voor de verlening van die toegang bekend.

8. Een netwerkexploitant ten aanzien van wie een besluit houdende vaststelling van de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur is vastgesteld verstrekt de informatie die op het adres van zijn website staat binnen zeven dagen nadat op de website de voorwaarden zijn bekendgemaakt die gelden voor de verlening van die toegang, aan de directeur van de UKE. De informatie betreffende het adres van de website wordt ter beschikking gesteld door het informatiepunt betreffende telecommunicatie op het grondgebied van de Republiek Polen; hierna: ‚informatiepunt betreffende telecommunicatie'. […]"

14. In artikel 22, leden 1 tot en met 3, van de wet ontwikkelingsondersteuning wordt het volgende bepaald.

„1. De directeur van de UKE stelt binnen een termijn van 60 dagen na de indiening van het verzoek om toegang een besluit vast over de toegang tot de fysieke infrastructuur, waarbij hij in het bijzonder in aanmerking neemt dat de voorwaarden voor toegang niet-discriminerend en evenredig moeten zijn.

2. De directeur van de UKE zorgt er bij de vaststelling van een besluit over de toegang tot de fysieke infrastructuur van een telecommunicatieonderneming voor dat de door die onderneming gemaakte kosten met de vergoeding voor die toegang kunnen worden terugbetaald, in het bijzonder gelet op de doelstellingen van artikel 8 van richtlijn 2002/21 en de invloed die de toegang tot de fysieke infrastructuur heeft op de bedrijfsplannen van die telecommunicatieonderneming, met name op de door haar gedane investeringen in telecommunicatienetwerken met hoge snelheid.

3. Vergoedingen voor toegang tot de fysieke infrastructuur van een orgaan dat taken van algemeen belang uitvoert, worden vastgesteld op een bedrag waarmee een deel van de kosten die het orgaan voor het onderhoud van die infrastructuur maakt, kan worden terugbetaald."

III. Hoofdgeding en prejudiciële vragen

15. Op 10 mei 2017 heeft de Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (directeur van het bureau voor elektronische communicatie, Polen; hierna: „directeur van de UKE") TOYA sp. z o.o., een telecommunicatiebedrijf en exploitant van netwerken, krachtens artikel 17 van de wet

ontwikkelingsondersteuning verzocht om informatie over de voorwaarden voor toegang tot zijn fysieke infrastructuur. Op 6 december 2017 heeft de directeur van de UKE een administratieve procedure ingeleid om de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur van TOYA vast te stellen. In het kader van die procedure heeft de directeur van de UKE tussen 8 maart en 7 april 2018 en tussen 3 juli en 2 augustus 2018 twee afzonderlijke raadplegingen gehouden. Op 11 september 2018 heeft hij op grond van de nationale wetgeving tot uitvoering van richtlijn 2014/61 een besluit vastgesteld op grond waarvan TOYA alles in gereedheid diende te brengen om overeenkomsten te sluiten en in te stemmen met verzoeken om toegang tot zijn fysieke infrastructuur (hierna: „bestreden besluit"). Op die datum heeft de directeur van de UKE voor zes andere telecommunicatie-exploitanten zes soortelijke besluiten vastgesteld.

16. Als rechtsgrondslag voor het bestreden besluit wordt hierin onder meer artikel 18, lid 3, juncto artikel 17 van de wet ontwikkelingsondersteuning genoemd. In het besluit zijn de voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur van TOYA met betrekking tot kabelgoten (bijlage 1) en met betrekking tot telecommunicatiegoten in gebouwen (bijlage 2) opgenomen. In het besluit wordt TOYA gevraagd alles in gereedheid te brengen om kaderovereenkomsten en specifieke overeenkomsten te sluiten en conform de genoemde toegangsvoorwaarden in te stemmen met verzoeken om toegang tot de fysieke infrastructuur.

17. Volgens het bestreden besluit is artikel 17, lid 1, van de wet ontwikkelingsondersteuning als rechtsgrondslag gerechtvaardigd om te verzekeren dat telecommunicatieondernemingen toegang hebben tot fysieke infrastructuur, dat mede het delen van die infrastructuur omvat, teneinde een telecommunicatienetwerk met hoge snelheid te verwezenlijken. In het bestreden besluit staat onder het kopje regelgevingsdoelstellingen dat de directeur van de UKE rekening heeft gehouden met een aantal strategische documenten, waaronder de in punt 34 van deze conclusie genoemde digitale agenda en de doelstellingen van richtlijn 2014/61, in het bijzonder die welke zijn opgenomen in de overwegingen 4 tot en met 9 daarvan. In het bestreden besluit wordt ook vermeld dat het bijdraagt aan de harmonisatie van de termijnen, procedures en markttarieven die aan het beschikbaar stellen van die kabelgoten verbonden zijn.

18. In het bestreden besluit wordt verwezen naar een door PIKE [10] opgeworpen bezwaar, namelijk dat het evenredigheidsbeginsel was geschonden voor instellingen met een klein marktaandeel waarvoor geen marktproblemen waren geconstateerd. Daar is in het bestreden besluit op gereageerd door te verduidelijken dat de procedure bij de directeur van de UKE betrekking had op de beslechting van geschillen over de toegang tot kabelgoten. Wat betreft de voorwaarden op grond waarvan de directeur van de UKE bevoegd is om besluiten te nemen over de toegangsvoorwaarden tot de fysieke infrastructuur, geldt dat in de wet ontwikkelingsondersteuning niet wordt verwezen naar de omvang van de infrastructuur in eigendom en evenmin naar het aantal geschillen.

19. In het bestreden besluit worden ook de vereisten van artikel 22, leden 1 en 2, van de wet ontwikkelingsondersteuning vermeld, volgens welke de directeur van de UKE een besluit over de toegang tot de fysieke infrastructuur moet vaststellen dat in aanmerking neemt dat moet worden gewaarborgd dat de voorwaarden voor toegang niet-discriminerend en evenredig zijn en dat de vergoedingen op een zodanig niveau moeten worden vastgesteld dat een

[10] De Polska Izba Komunikacji Elektronicznej w Warszawie (PIKE) [Poolse kamer voor elektronische communicatie (PIKE), Warschau] heeft in de procedure bij de directeur van de UKE opmerkingen gemaakt en steunt TOYA in de procedure voor de verwijzende rechter. Ook de Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (PIIT) [Poolse kamer voor informatietechnologie en telecommunicatie (PIIT)] heeft bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. De verwijzende rechter heeft de twee bezwaren weliswaar gevoegd, maar voor de onderhavige verwijzing zijn de door de PIIT aangevoerde gronden niet relevant.

telecommunicatieonderneming de kosten voor het verlenen van die toegang kan terugverdienen. Daarbij moeten ook de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn in aanmerking worden genomen.

20. TOYA heeft het bestreden besluit voorgelegd aan de Sąd Okręgowy w Warszawie. TOYA stelt dat een nationale regelgevende instantie op grond van artikel 3, leden 2 en 5, en artikel 1, lid 4, van richtlijn 2014/61, alsmede overweging 12 daarvan, gelezen in samenhang met artikel 8, leden 2 en 3, van de toegangsrichtlijn en artikel 8, lid 5, onder f), van de kaderrichtlijn, alleen van telecommunicatie-exploitanten met aanmerkelijke marktmacht kan verlangen dat zij een referentieofferte in de zin van artikel 9 van de toegangsrichtlijn publiceren. Het bestreden besluit is strijdig met het Unierecht omdat er geen marktanalyse is uitgevoerd om vast te stellen dat TOYA aanmerkelijke marktmacht heeft en er evenmin sprake is van een geschil over de toegang tot de fysieke infrastructuur in de zin van artikel 3, lid 5, van richtlijn 2014/61.

21. De verwijzende rechter heeft twijfels over de verenigbaarheid van de bepalingen van nationaal recht waarop het bestreden besluit is gebaseerd met het Unierecht en meer bepaald over de uitlegging van richtlijn 2014/61 tegen de achtergrond van de toegangsrichtlijn. Aangezien die richtlijn en de kaderrichtlijnen zijn ingetrokken en vervangen bij richtlijn (EU) 2018/1972 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie[11], vraagt de verwijzende rechter zich bovendien af welke Unierichtlijnen van toepassing zijn. Derhalve heeft hij de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld.

„1) Moet artikel 8, lid 3, van [de toegangsrichtlijn], gelezen in samenhang met artikel 3, lid 5, en artikel 1, leden 3 en 4, van [richtlijn 2014/61], aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een nationale regelgevende instantie een exploitant die eigenaar van fysieke infrastructuur en tegelijkertijd aanbieder van publiek toegankelijke elektronischecommunicatiediensten en/of -netwerken is, maar niet is aangemerkt als een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht, kan verplichten de door die instantie ex ante opgelegde voorwaarden inzake toegang tot de fysieke infrastructuur van die exploitant na te leven, met inbegrip van de regels en procedures voor het sluiten van overeenkomsten en de voor toegang toegepaste tarieven, ongeacht of er een geschil bestaat over de toegang tot de fysieke infrastructuur van deze exploitant en ongeacht of er sprake is van daadwerkelijke mededinging op de markt?

Subsidiair (versie 2):

„2) Moet het bepaalde in artikel 67, leden 1 en 3, juncto artikel 68, leden 2 en 3, van [richtlijn 2018/1972], gelezen in samenhang met artikel 3, lid 5, en artikel 1, leden 3 en 4, van [richtlijn 2014/61], aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een nationale regelgevende instantie een exploitant die eigenaar van fysieke infrastructuur en tegelijkertijd aanbieder van publiek toegankelijke elektronischecommunicatiediensten en/of -netwerken is, maar niet is aangemerkt als een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht, kan verplichten de door die instantie ex ante opgelegde voorwaarden inzake toegang tot de fysieke infrastructuur van die exploitant na te leven, met inbegrip van de regels en procedures voor het sluiten van overeenkomsten en de voor toegang toegepaste tarieven, ongeacht of er een geschil bestaat over de toegang tot de fysieke infrastructuur van deze exploitant en ongeacht of er sprake is van daadwerkelijke mededinging op de markt?”

[11] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 (PB 2018, L 321, blz. 36).

22. TOYA, de directeur van de UKE, de Griekse en de Poolse regering, en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

IV. Juridische analyse

A. Strekking van de verwijzing

23. Ik wil vooraf drie opmerkingen maken over de omvang van de verwijzing, waarvan de eerste de twijfel betreft die de verwijzende rechter heeft over de vraag welke Unierichtlijnen ratione temporis van toepassing zijn.

24. Het bestreden besluit is vastgesteld op 11 september 2018. Zoals de verwijzende rechter en TOYA betogen, bleef het besluit effect sorteren nadat op 21 december 2020 zowel de kaderrichtlijn als de toegangsrichtlijn bij artikel 125 van richtlijn 2018/1972 was ingetrokken.

25. De kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn waren van kracht op het moment dat het bestreden besluit werd vastgesteld. Zij zijn dus van belang voor de beoordeling of de nationale wettelijke bepalingen waarop dat besluit is gebaseerd verenigbaar zijn met het Unierecht. Richtlijn 2018/1972 is op de datum van deze conclusie nog steeds van kracht, en er bestaat geen twijfel over de toepasselijkheid ervan.

26. Bijgevolg dient het Hof de eerste en niet de tweede vraag van de verwijzende rechter te beantwoorden.

27. De tweede opmerking is dat de door TOYA, de directeur van de UKE en de Poolse regering ingediende opmerkingen gedetailleerde analyses bevatten van het bestreden besluit en van de rechtsgrondslag ervan. [12] Zoals TOYA zelf erkent, is in het kader van de procedure van artikel 267 VWEU, die op een duidelijke afbakening van taken van de nationale rechterlijke instanties en van het Hof berust, de nationale rechter evenwel bij uitsluiting bevoegd om de feiten in het hoofdgeding vast te stellen en te beoordelen en het nationale recht uit te leggen en toe te passen. [13] Het is niet de taak van het Hof om zich uit te spreken over de aard of de kenmerken van een nationaal besluit of over de grondslag waarop dat besluit berust in het nationale recht.

28. De derde opmerking is dat in de opmerkingen van de Commissie wordt uiteengezet dat voor de bevoegdheden van een nationale regelgevende instantie om op basis van richtlijn 2014/61 ex ante voorwaarden op te leggen geldt dat zij onderworpen zijn aan de eerbiediging van bepaalde beginselen en het in acht nemen van bepaalde procedurele vereisten die voortvloeien uit die richtlijn, de kaderrichtlijn, de toegangsrichtlijn en het Handvest van de grondrechten van de

[12] TOYA is van mening dat het bestreden besluit alle kenmerken vertoont van een besluit dat is gericht tot een exploitant met aanmerkelijke marktmacht, maar dat het niet de kenmerken heeft van een besluit met betrekking tot de beslechting van een geschil over toegang krachtens artikel 3 van richtlijn 2014/61. De Poolse regering en de directeur van de UKE zijn het daar niet mee eens. Zij wijzen erop dat de toegangsrichtlijn en de kaderrichtlijn enerzijds en richtlijn 2014/61 anderzijds, in Pools recht zijn omgezet bij twee verschillende wetten, namelijk de Ustawa prawo telekomunikacyjne (telecommunicatiewet van 16 juli 2004) en de wet ontwikkelingsondersteuning. Naar Pools recht bestaan er aanzienlijke verschillen tussen referentieoffertes die door exploitanten met aanmerkelijke marktmacht overeenkomstig artikel 42 van de telecommunicatiewet van 16 juli 2004 zijn gepubliceerd en besluiten betreffende de toegang tot de fysieke infrastructuur in de zin van de artikelen 17 en 18 van de wet ontwikkelingsondersteuning. Zij zijn van mening dat het bestreden besluit is vastgesteld in het kader van de uitoefening van de bevoegdheden die bij de artikelen 17 en 18 van de wet ontwikkelingsondersteuning aan de directeur van de UKE zijn verleend en dat met die bepalingen richtlijn 2014/61 wordt tenuitvoergelegd.

[13] Arrest van 9 juli 2020, Raiffeisen Bank en BRD Groupe Société Générale (C-698/18 en C-699/18, EU:C:2020:537, punt 46).

Europese Unie. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt niet dat de verwijzende rechter het Hof verzoekt om opheldering van deze kwestie. Ook heeft geen van de andere partijen dit in haar opmerkingen aan de orde gesteld. Daarom zijn die overwegingen voor het Hof niet van belang.

B. Eerste vraag

29. Zoals in de inleiding wordt aangegeven, lijkt de eerste vraag uit twee onderdelen te bestaan. Het eerste is of richtlijn 2014/61, gelezen in het licht van de toegangsrichtlijn, eraan in de weg staat dat een nationale regelgevende instantie toegangsvoorwaarden oplegt aan een exploitant van elektronischecommunicatienetwerken die geen aanmerkelijke marktmacht heeft. Het tweede is of richtlijn 2014/61 eraan in de weg staat dat een nationale regelgevende instantie dergelijke voorwaarden oplegt wanneer er geen sprake is van een geschil over de toegang tot fysieke infrastructuur.

30. TOYA is van mening dat beide onderdelen bevestigend dienen te worden beantwoord.[14] De directeur van de UKE, de Griekse en de Poolse regering en de Commissie zijn het daar niet mee eens, maar om uiteenlopende redenen. De Griekse regering en de Commissie gaan uit van een tekstuele en contextuele uitlegging van de relevante richtlijnen. De directeur van de UKE en de Poolse regering leggen in hun opmerkingen de nadruk op de aard van het bestreden besluit en de rechtsgrondslag waarop het berust. Zij wensen zich te beroepen op de bepaling over minimumharmonisatie van artikel 1, lid 3, van richtlijn 2014/61 om de rechtmatigheid van de aan TOYA naar nationaal recht opgelegde maatregelen te rechtvaardigen.[15]

31. Volgens vaste rechtspraak van het Hof dient bij de uitlegging van een bepaling van Unierecht rekening te worden gehouden met de tekst van de relevante bepaling, alsook met de relevante context en de doelstellingen van de regelingen waarvan zij onderdeel uitmaakt.[16] In dit geval stel ik voor om eerst de doelstellingen en de context van de drie ter discussie staande richtlijnen te onderzoeken, alvorens in te gaan op de tekst van richtlijn 2014/61.

1. Doelstellingen en context van de relevante richtlijnen

32. In 2002 is een groot aantal richtlijnen en wijzigingsrichtlijnen geconsolideerd om de ontwikkeling van concurrerende markten op het gebied van telecommunicatie te vergemakkelijken. In de kaderrichtlijn werd vastgelegd dat nationale regelgevende instanties volgens de beginselen van het mededingingsrecht de relevante markten moesten bepalen en de exploitanten met aanmerkelijke marktmacht moesten aanwijzen aan wie bepaalde verplichtingen konden worden opgelegd om de ontwikkeling van dergelijke concurrerende markten te vergemakkelijken. Er werden vier specifieke richtlijnen vastgesteld, waaronder de toegangsrichtlijn tot regulering van de toegang tot en de interconnectie van telecommunicatienetwerken. In de wetgeving uit 2009 werd de nadruk gelegd op het stimuleren van investeringen, innovatie en netwerken van de nieuwe generatie zonder dat de regelgevingsdoelstellingen en -beginselen van het richtlijnenpakket uit 2002 werden gewijzigd.[17]

[14] Zie punt 20 van deze conclusie.

[15] Zie punt 23 van deze conclusie.

[16] Arrest van 17 september 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, punt 33 en de aangehaalde rechtspraak).

[17] Zie bijvoorbeeld Savin, A., *EU Telecommunications Law*, Elgar European Law Series, 2018, hoofdstukken 1 en 2.

33. Een van de belangrijkste doelstellingen van de wetgevingspakketten van 2002 en 2009 was het verbeteren van de concurrentie door het voor nationale regelgevende instanties gemakkelijker te maken om verplichtingen op te leggen aan exploitanten met aanmerkelijke marktmacht. Niettemin werd in de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn ook de mogelijkheid overwogen dat nationale regelgevende instanties verplichtingen opleggen aan exploitanten zonder aanmerkelijke marktmacht. In overweging 23 van de kaderrichtlijn wordt verwezen naar het gedeeld gebruik van faciliteiten ten behoeve van ruimtelijke ordening, volksgezondheid of het milieu, indien mogelijk door middel van vrijwillige overeenkomsten. Artikel 12 van de kaderrichtlijn, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG [18], heeft als opschrift „Collocatie en gedeeld gebruik van netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten voor aanbieders van elektronischecommunicatienetwerken". Met dit artikel konden nationale regelgevende instanties in bepaalde omstandigheden en op bepaalde voorwaarden het gedeeld gebruik van faciliteiten verplicht stellen of maatregelen treffen voor de coördinatie van publieke werken onder objectieve, transparante en niet-discriminerende voorwaarden. Voor de toepassing van artikel 12 van de kaderrichtlijn was het niet nodig dat een nationale regelgevende instantie vooraf vaststelde dat een telecommunicatie-exploitant aanmerkelijke marktmacht had. [19] Artikel 5, lid 1, van de toegangsrichtlijn bood nationale regelgevende instanties de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden passende toegang en interconnectie te stimuleren en te waarborgen, onverminderd de maatregelen die ten aanzien van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht zouden kunnen worden genomen. [20]

34. In mei 2010 heeft de Commissie de Europese digitale agenda (hierna: „digitale agenda") gepubliceerd, die moet uitmonden in een digitale eengemaakte markt die duurzame economische en sociale voordelen creëert op basis van de beschikbaarheid van snel en ultrasnel internet. [21] De Commissie was van mening dat zonder ingrijpen het gevaar bestond dat op dit vlak niet het onderste uit de kan werd gehaald en dat slechts een beperkt aantal dichtbevolkte gebieden tegen aanzienlijke toetredingskosten en hoge prijzen gebruik konden maken van snelle breedbandnetwerken. Dit heeft geleid tot de vaststelling van twee initiatieven die in het kader van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing relevant zijn.

35. Ten eerste is de Commissie in september 2010 gekomen met aanbeveling 2010/572/EU [22] over gereglementeerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA)-netwerken. Die aanbeveling betreft voornamelijk oplossingen die, op basis van een marktanalyseprocedure overeenkomstig artikel 16 van de kaderrichtlijn, moeten worden opgelegd aan exploitanten die zijn aangewezen als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. Nochtans, waar dit gerechtvaardigd was omdat de verdubbeling van infrastructuur economisch niet-effectief of fysiek onuitvoerbaar is, konden de lidstaten overeenkomstig artikel 12 van de kaderrichtlijn ook verplichtingen opleggen aan ondernemingen die een elektronischecommunicatienetwerk exploiteerden, om faciliteiten met elkaar te delen, zoals nodig om knelpunten in de civieltechnische infrastructuur en afsluitende segmenten te verhelpen.

[18] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB 2009, L 337, blz. 37).

[19] In artikel 8, lid 3, van de toegangsrichtlijn wordt vermeld dat het vereiste om de in de artikelen 9 tot en met 13 van die richtlijn vermelde verplichtingen enkel op te leggen aan de telecommunicatie-exploitanten die zijn aangewezen als exploitanten met aanmerkelijke marktmacht, artikel 12 van de kaderrichtlijn onverlet laat.

[20] Artikel 8, lid 3, van de toegangsrichtlijn, waarin staat dat de verplichting om de in de artikelen 9 tot en met 13 van die richtlijn vermelde verplichtingen enkel aan die telecommunicatie-exploitanten die zijn aangewezen als exploitanten met aanmerkelijke marktmacht, op te leggen, doet ook geen afbreuk aan artikel 5, lid 1, van die richtlijn. Zie de arresten van 12 november 2009, TeliaSonera Finland (C-192/08, EU:C:2009:696), en 17 september 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610).

[21] Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een digitale agenda voor Europa, COM(2010) 245 definitief van 19 mei 2010.

[22] PB 2010, L 251, blz. 35.

36. Daarnaast is in de digitale agenda voorgesteld dat de bevoegde autoriteiten ervoor dienen te zorgen dat bij openbare en particuliere bouwwerkzaamheden systematisch wordt voorzien in breedbandnetwerken en inpandige bekabeling, in doorgangsrechten en in het in kaart brengen van beschikbare, voor bekabeling geschikte passieve infrastructuur.[23] Dat initiatief heeft uiteindelijk geleid tot de vaststelling van richtlijn 2014/61, waarmee wordt beoogd de uitrol van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid te vergemakkelijken en te stimuleren door het gezamenlijk gebruik van bestaande fysieke infrastructuur te bevorderen en de efficiëntere aanleg van nieuwe fysieke infrastructuur mogelijk te maken, zodat deze netwerken tegen lagere kosten kunnen worden uitgerold.[24]

2. Tekst van richtlijn 2014/61

37. De tekst van richtlijn 2014/61 maakt duidelijk dat de toepassing ervan niet beperkt is tot situaties waarin exploitanten zijn aangewezen als exploitanten met aanmerkelijke marktmacht, of waarin markten niet daadwerkelijk concurrerend zijn. De artikelen 3 en 4 van richtlijn 2014/61 hebben betrekking op de toegang tot en de transparantie van de bestaande fysieke infrastructuur. Netwerkexploitanten van energie-, water-, vervoers- en andere nutsvoorzieningen, alsmede aanbieders van openbare communicatienetwerken, hebben het recht om toegang te bieden tot fysieke infrastructuur. Er bestaat een verplichting voor netwerkexploitanten in het algemeen en niet slechts voor exploitanten met aanmerkelijke macht, om te voldoen aan redelijke verzoeken om toegang tot hun fysieke infrastructuur onder billijke en redelijke eisen en voorwaarden met inbegrip van de prijs, met het oog op de aanleg van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid.[25] Wanneer toegang wordt geweigerd of geen overeenstemming kan worden bereikt over specifieke voorwaarden, moeten de lidstaten ervoor zorgen dat elke partij de kwestie kan doorverwijzen naar de bevoegde nationale instantie voor geschillenbeslechting.[26] Die instantie moet dan een bindend besluit nemen om het geschil te beslechten, waarbij billijke en redelijke voorwaarden voor die toegang worden vastgesteld, waaronder, in voorkomend geval, de prijs.[27]

38. Wanneer specifiekere regelgevende maatregelen gelden (lex specialis), prevaleren die volgens overweging 12 van richtlijn 2014/61 over de minimumrechten en -verplichtingen waarin die richtlijn voorziet (lex generalis). Richtlijn 2014/61 luidt aldus dat zij het regelgevingskader van de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn onverlet laat. In overweging 17 van richtlijn 2014/61 staat dat voor verplichtingen inzake toegang tot de fysieke infrastructuur die zijn opgelegd aan ondernemingen met aanzienlijke marktmacht, reeds specifieke wettelijke verplichtingen gelden en dat die verplichtingen niet door richtlijn 2014/61 worden beïnvloed. In overweging 31 wordt verwezen naar de mogelijkheid dat de lidstaten op grond van artikel 12 van de kaderrichtlijn reeds maatregelen hebben genomen met betrekking tot de collocatie en het gedeeld gebruik van netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten.[28]

39. Uit het voorgaande volgt dat richtlijn 2014/61 ertoe strekt te zorgen voor de beschikbaarheid van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid, die worden beschouwd als de digitale infrastructuur van de samenleving van morgen. Richtlijn 2014/61 is

[23] Zie punt 2.4.1 van de digitale agenda; punt 9 van de prioritaire acties in de Akte voor de interne markt II, „Samen voor nieuwe groei", door de Commissie gepubliceerd in oktober 2012, en overwegingen 1 tot en met 10 van richtlijn 2014/61.

[24] Artikel 1, lid 1, van richtlijn 2014/61.

[25] Artikel 3, lid 2, van richtlijn 2014/61.

[26] Artikel 3, lid 4, van richtlijn 2014/61.

[27] Artikel 3, lid 5, van richtlijn 2014/61.

[28] Zie punt 33 van onderhavige conclusie. Bestudering van de tekst van richtlijn 2014/61 in een aantal andere talen, waaronder het Spaans, het Frans, het Italiaans, het Nederlands, het Pools en het Portugees, leidt tot dezelfde conclusie.

sector-overschrijdend van toepassing en maakt gebruik van reguleringsmechanismen zoals transparantie, administratief toezicht en geschillenbeslechting voor andere doeleinden dan alleen concurrentiebevordering. De richtlijn voorziet in een ruimer recht om toegang tot fysieke infrastructuur te vragen en te verkrijgen dan het recht dat bestaat voor exploitanten die op grond van de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn zijn aangewezen als exploitanten met aanmerkelijke marktmacht. Aangezien de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn ook de mogelijkheid voor ogen hebben om toegangsverplichtingen op te leggen aan aanbieders die niet zijn aangewezen als aanbieders met aanmerkelijke marktmacht, is er tussen deze richtlijnen en richtlijn 2014/61 geen sprake van conflict of tegenstrijdigheid.

40. De toegangsrichtlijn staat er derhalve niet aan in de weg dat een nationale regelgevende instantie voorwaarden voor de toegang tot de fysieke infrastructuur oplegt aan exploitanten die niet zijn aangewezen als exploitanten met aanmerkelijke marktmacht. Met andere woorden: de nationale regelgevende instanties mogen op grond van richtlijn 2014/61 voorwaarden opleggen zonder dat is vastgesteld dat de relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is.

41. Voor de behandeling van het tweede onderdeel van de eerste vraag, namelijk of richtlijn 2014/61 zich ertegen verzet dat een nationale regelgevende instantie voorwaarden oplegt zonder dat sprake is van een geschil over de toegang tot de fysieke infrastructuur, is het van belang dat in deze richtlijn, volgens artikel 1, lid 2, ervan, minimumvereisten zijn vastgesteld. Volgens artikel 1, lid 3, van richtlijn 2014/61 kunnen lidstaten met het Unierecht overeenstemmende maatregelen handhaven of invoeren die verder gaan dan de daarbij vastgestelde minimumeisen met het oog op een betere verwezenlijking van de doelstellingen om de uitrol van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid te vergemakkelijken en te stimuleren door het gezamenlijk gebruik van de bestaande fysieke infrastructuur te bevorderen en de efficiëntere aanleg van nieuwe fysieke infrastructuur mogelijk te maken, zodat deze netwerken tegen lagere kosten kunnen worden uitgerold. [29]

42. In richtlijn 2014/61 wordt weliswaar aldus bepaald dat de doelstellingen ervan worden bereikt door geschillen over de voorwaarden voor toegang, met inbegrip van de prijs, op ex-postbasis te beslechten, dat wil zeggen nadat die geschillen zijn gerezen, maar dat met het oog op een betere verwezenlijking van die doelstellingen nationale maatregelen die verder gaan dan de in richtlijn 2014/61 beoogde doelstellingen, wel zijn toegestaan. [30]

43. De Commissie is van mening dat met de ex-antebenadering van de nationale regeling wordt beoogd het makkelijker te maken om wezenlijke belemmeringen voor de toegang tot de fysieke infrastructuur weg te nemen. De Commissie en de Poolse regering wijzen erop dat de ex-ante- en de ex-postbenadering er beide toe strekken de verwezenlijking van de doelstellingen van richtlijn 2014/61 te bevorderen. In dat verband is het interessant op te merken dat volgens het samenvattend verslag van de openbare raadpleging over de evaluatie en de herziening van richtlijn 2014/61, een meerderheid van de respondenten van mening is dat moeilijkheden bij het overeenkomen van toegangsvoorwaarden met eigenaren van fysieke infrastructuur en een trage of ondoeltreffende geschillenbeslechtingsprocedure (de ex-postbenadering), ertoe leiden dat de aanleg van netwerken duurder wordt en/of langer duurt. Het is daarom niet onredelijk om aan te voeren dat de kennelijk door de relevante Poolse wetgeving mogelijk gemaakte ex-antebenadering met betrekking tot het bevorderen van de verwezenlijking van de beoogde doelstellingen bepaalde voordelen kan hebben ten opzichte van de in richtlijn 2014/61 beschreven ex-postbenadering.

[29] Zie, in soortgelijke zin, overweging 11 van richtlijn 2014/61.

[30] Artikel 3, leden 2 tot en met 5, van richtlijn 2014/61.

44. Indien de nationale rechter vaststelt dat de in de nationale regeling voorziene ex-antebenadering dezelfde doelstellingen deelt als de ex-postbenadering van richtlijn 2014/61, is deze nationale regeling mijns inziens in beginsel verenigbaar met die richtlijn.

V. Conclusie

45. Ik geef het Hof derhalve in overweging de door de Sąd Okręgowy w Warszawie gestelde vraag als volgt te beantwoorden:

„Artikel 8, lid 3, van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn), gelezen in samenhang met artikel 3, lid 5, en artikel 1, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake maatregelen ter verlaging van de kosten van de aanleg van elektronischecommunicatienetwerken met hoge snelheid, staat er niet aan in de weg dat een nationale regelgevende instantie een exploitant die eigenaar van fysieke infrastructuur en tevens aanbieder van openbare elektronischecommunicatiediensten of -netwerken is, maar niet is aangemerkt als een exploitant met aanmerkelijke marktmacht, de verplichting oplegt om de ex ante door die instantie vastgestelde voorwaarden voor toegang tot de fysieke infrastructuur van die exploitant toe te passen, met inbegrip van de regels en procedures voor het sluiten van overeenkomsten en de toepasselijke toegangsvergoedingen, ongeacht of er een geschil over de toegang tot de fysieke infrastructuur van die exploitant bestaat en of er op de markt sprake is van daadwerkelijke mededinging.”