



Datum van
inontvangstneming

:

04/07/2016

Zaak C-277/16

Samenvatting van een verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

18 mei 2016

Verwijzende rechter:

Sąd Najwyższy (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

21 januari 2016

Verzoekende partij:

Polkomtel Sp. z o.o.

Verwerende partij:

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

In tegenwoordigheid van:

Krajowa Izba Gospodarcza Informatyki i Telekomunikacji

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Verplichting van Polkomtel Sp. z o.o. (hierna: „Polkomtel”) als exploitant met een aanmerkelijke marktmacht inzake kostenoriëntering van de prijzen, opgelegd door de Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (directeur van de nationale toezichthoudende instantie voor de telecommunicatiesector; hierna: „Prezes UKE”) en vervolgens correctie van de door de exploitant voorgestelde prijs zodat deze lager wordt dan het niveau van de daadwerkelijke kosten voor het verrichten van de dienst.

Prejudiciële vragen

1) Moet artikel 13 in samenhang met artikel 8, lid 4, 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) (PB L 108, blz. 7), in de oorspronkelijke versie, aldus worden uitgelegd dat een nationale regelgevende instantie die een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht een verplichting inzake kostenoriëntering van prijzen oplegt, met het oog op de bevordering van efficiëntie en duurzame concurrentie voor een dienst die door deze verplichting wordt bestreken een prijs kan vaststellen die lager is dan de door de exploitant gedragen kosten voor het verrichten van die dienst die door de nationale regelgevende instantie zijn getoetst en erkend als kosten die in een oorzakelijk verband staan met deze dienst?

2) Moet artikel 13, lid 3, in samenhang met artikel 8, lid 4, 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) (PB L 108, blz. 7), in de oorspronkelijke versie, in samenhang met artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat een nationale regelgevende instantie een exploitant met een verplichting inzake kostenoriëntering van prijzen kan verplichten de prijs jaarlijks vast te stellen op basis van de actueelste gegevens over de kosten en de aldus vastgestelde prijs met de kostenonderbouwing vóór invoering van deze prijs in het economisch verkeer ter toetsing aan de nationale regelgevende instantie voor te leggen?

3) Moet artikel 13, 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) (PB L 108, blz. 7), in de oorspronkelijke versie, in samenhang met artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat een nationale regelgevende instantie enkel aanpassing van de prijs door een exploitant met een verplichting tot kostenoriëntering van prijzen kan eisen wanneer deze exploitant eerst zelfstandig de hoogte van de prijs vaststelt en deze invoert, of ook wanneer de exploitant de prijs toepast die tevoren door de nationale regelgevende instantie is vastgesteld, maar uit de kostenonderbouwing voor de volgende rapportageperiode naar voren komt dat de tevoren door de nationale regelgevende instantie vastgestelde prijs hoger is dan de door de exploitant gedragen kosten?

Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht

Artikel 13 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 (toegangsrichtlijn) in samenhang met artikel 8, lid 4, van deze richtlijn.

Artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 40 van de ustawa Prawo telekomunikacyjnej van 16 juli 2004 (hierna: „PT”) (in de versie die relevant is voor de beslechting van het onderhavige geschil):

„1. De Prezes UKE kan overeenkomstig de in artikel 24, punt 2, onder a), genoemde voorwaarden een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht bij besluit de verplichting opleggen de tarieven voor de toegang tot telecommunicatie aan de hand van de door hem gedragen kosten vast te stellen.

2. Een exploitant waaraan de in lid 1 genoemde verplichting is opgelegd, legt de Prezes UKE een onderbouwing voor van de hoogte van de tarieven die zijn vastgesteld aan de hand van de door hem gedragen kosten.

3. Met het oog op de beoordeling van de rechtmatigheid van de tarieven die door een in lid 1 bedoelde exploitant zijn vastgesteld, kan de Prezes UKE de hoogte of methoden van vaststelling van de tarieven op vergelijkbare, concurrerende markten of andere manieren om de rechtmatigheid van de hoogte van deze tarieven te beoordelen in de beschouwing betrekken.

4. Ingeval de hoogte van de door de exploitant vastgestelde tarieven volgens de in lid 3 bedoelde beoordeling onrechtmatig is, stelt de Prezes UKE de hoogte van de tarieven of het maximum- of minimumniveau ervan vast aan de hand van de in lid 3 bedoelde methoden op een wijze die bevorderlijk is voor efficiëntie en duurzame concurrentie en die de eindgebruikers het grootste voordeel biedt. [...]”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Op grond van een besluit waarin Polkomtel is aangemerkt als onderneming met een aanmerkelijke marktmacht rust op haar een verplichting de tarieven voor de toegang tot telecommunicatie vast te stellen aan de hand van de kosten voor het verrichten van die dienst. Polkomtel heeft de Prezes UKE meegedeeld hoe de hoogte van het tarief voor gespreksafgifte in haar mobiele netwerk (hierna: „MTR-tarief”) was onderbouwd. De Prezes UKE heeft geoordeeld dat het MTR-tarief vastgesteld op basis van deze berekeningen niet rechtmatig is en heeft een procedure ingeleid voor de aanpassing ervan. De Prezes UKE heeft toegelicht dat de verplichting ex artikel 40 PT het mogelijk maakt de daadwerkelijk opgekomen kosten terug te winnen en niet enkel de onderbouwde kosten. Na toetsing van de door Polkomtel voorgelegde kosten heeft de Prezes UKE erkend dat de

daadwerkelijk door Polkomtel gedragen kosten van de dienst 0,1690 PLN/minuut bedragen. In plaats van het MTR-tarief op deze hoogte te stellen, heeft de Prezes UKE besloten de hoogte ervan te wijzigen krachtens artikel 40, lid 3, PT, aan de hand van de criteria die in artikel 40, lid 4, PT worden genoemd (bevordering van efficiëntie en duurzame concurrentie, grootste voordeel voor eindgebruikers). De Prezes UKE ging ervan uit dat het MTR-tarief vanwege de vergelijkbare marktaandeelen, dezelfde infrastructuraanbieders en identieke pachtkosten voor de netwerken moest overeenkomen met het gemiddelde van de MTR-tarieven van de drie traditionele exploitanten. Aangezien het MTR-tarief voor het netwerk van Orange op 0,1676 PLN/minuut was gesteld en dat van het netwerk van T-Mobile op 0,1667 PLN/minuut, werd voor Polkomtel een tarief van 0,1677 vastgesteld.

- 2 Polkomtel is opgekomen tegen het besluit van de Prezes UKE bij de Sąd Okręgowy w Warszawie, die het beroep deels heeft toegewezen. Deze rechter heeft geoordeeld dat de Prezes UKE, wanneer hij een onderneming met een aanmerkelijke marktmacht de in artikel 40 PT genoemde verplichting oplegt, het MTR-tarief dat door de onderneming aldus is vastgesteld, niet zodanig kan corrigeren dat het lager is dan de daadwerkelijke kosten van deze dienst.
- 3 Polkomtel en de Prezes UKE hebben hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Sąd Okręgowy w Warszawie bij de Sąd Apelacyjny w Warszawie. Deze rechter heeft het hoger beroep van de Prezes UKE toegewezen en het bestreden vonnis aldus gewijzigd dat het beroep van Polkomtel werd verworpen.
- 4 Polkomtel is tegen het vonnis van de Sąd Apelacyjny opgekomen met een beroep in cassatie en heeft voorgesteld het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 13 van de toegangsrichtlijn.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 5 Het betoog van Polkomtel berust op een onderscheid tussen de verplichtingen van artikel 40 PT en artikel 39 PT. Krachtens artikel 39 PT kan een onderneming met aanmerkelijke marktmacht de verplichting worden opgelegd de kosten voor het verlenen van telecommunicatietoegang te onderbouwen en tarieven voor telecommunicatietoegang in rekening te brengen die enkel de onderbouwde kosten van de exploitant dekken. Daarentegen verleent de aan Polkomtel krachtens artikel 40 PT opgelegde verplichting een onderneming de bevoegdheid zodanige tarieven vast te stellen dat alle kosten in verband met het verrichten van de door die verplichting bestreken dienst daarmee gedekt worden, en niet enkel de onderbouwde kosten. Aan artikel 40 ligt niet het model van de efficiënt handelende exploitant ten grondslag.
- 6 Bij beide bepalingen van de ustawa Prawo Telekomunikacyjny is artikel 13 van de toegangsrichtlijn omgezet. Tegen de achtergrond van deze twee bepalingen van

nationaal recht en artikel 13 van de toegangsrichtlijn zijn bij de Sąd Najwyższy twijfels gerezen over de uitlegging van het Unierecht.

- 7 Bovendien verleent artikel 40 PT (en artikel 13 van de toegangsrichtlijn) de Prezes UKE volgens Polkomtel niet de bevoegdheid een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht te verplichten jaarlijks een berekening van het aan de hand van de kosten vastgestelde tarief voor te leggen met het oog op toetsing daarvan. Nadat bij besluit in de zin van artikel 8 van de toegangsrichtlijn de verplichting van artikel 13 van de richtlijn is opgelegd, kan de nationale regelgevende instantie enkel het aan de hand van de kosten vastgestelde tarief toetsen dat een exploitant met aanmerkelijke marktmacht zelfstandig heeft vastgesteld en in het economisch verkeer toepast. De nationale regelgevende instantie kan daartegen een exploitant niet verplichten regelmatig verdere kostenonderbouwingen voor te leggen.
- 8 Polkomtel stelt ook de toepassing van artikel 40 PT ter discussie in de situatie dat Polkomtel geen zelfstandig vastgestelde tarieven voor gespreksafgifte toepast, maar tarieven die bij besluit door de Prezes UKE zijn vastgesteld.
- 9 De Prezes UKE meent dat geen twijfels rijzen over de uitlegging van artikel 13 van de toegangsrichtlijn, want in de loop van de raadplegingsprocedure heeft de Europese Commissie een besluit vastgesteld waarin zij erkende dat het ontwerpbesluit van de Prezes UKE niet strijdig was met deze bepaling.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 10 De eerste rechtsvraag in verband waarmee de Sąd Najwyższy zich tot het Hof van Justitie EU wendt, betreft de uitlegging van de artikelen 13 en 8 van de toegangsrichtlijn, voor zover zij de verplichting inzake het terugverdienen van kosten regelt, inzonderheid de verplichting inzake kostenoriëntering van de tarieven.
- 11 Artikel 40, lid 4, PT (waarbij artikel 13, leden 2 en 3, van de toegangsrichtlijn is omgezet) verleent de Prezes UKE de bevoegdheid een ander tariefniveau vast te stellen als hij aanneemt dat de hoogte van de door de exploitant vastgestelde tarieven onrechtmatig is. De Prezes UKE stelt de hoogte van de tarieven uiteindelijk vast op een wijze die bevorderlijk is voor efficiëntie en duurzame concurrentie en die de eindgebruikers het grootste voordeel biedt.
- 12 Volgens de Sąd Najwyższy kan deze bepaling op twee manieren worden opgevat. Zonder twijfel kan de Prezes UKE op basis daarvan de hoogte van het door de exploitant met een aanmerkelijke marktmacht vastgestelde tarief corrigeren. De regelgevende instantie kan de kosten die volgens haar geen verband houden met de dienst waarop de verplichting van artikel 40 PT betrekking heeft, uitzonderen van de kosten die aan de berekening ten grondslag liggen. Ter discussie staat of de Prezes UKE krachtens artikel 40, lid 4, PT een exploitant met een aanmerkelijke

marktmacht een tarief kan opleggen dat lager is dan de daadwerkelijke kosten voor deze dienst. Tegen deze uitlegging en toepassing van artikel 40, lid 4, PT, pleit het hierboven beschreven onderscheid tussen de verplichtingen van artikel 40 PT en artikel 39 PT. Artikel 40, lid 4, PT sluit echter een positief antwoord op bovenstaande vraag niet uit. De bepaling beperkt de bevoegdheid van de Prezes UKE niet tot louter toetsing van de categorieën kosten die een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht in aanmerking heeft genomen bij de vaststelling van de tarieven voor telecommunicatietoegang aan de hand van de kosten. Aangezien de Prezes UKE de hoogte van de tarieven vaststelt op een wijze die bevorderlijk is voor efficiëntie en duurzame concurrentie en die de eindgebruikers het grootste voordeel biedt, kan hij deze tarieven vaststellen op een niveau dat lager is dan de door de exploitant met een aanmerkelijke marktmacht gedragen kosten (die in een oorzakelijk verband staan met de dienst waarop dit tarief betrekking heeft). Zodoende kan de Prezes UKE een exploitant op wie de verplichting van artikel 40 PT rust, dwingen maatregelen te nemen om de efficiëntie te verhogen door reductie van de kosten van de activiteit. Deze toepassing van artikel 40 PT zou dienstig zijn voor de verwezenlijking van de doelen van het nationale recht en het Unierecht op het vlak van de elektronische communicatie. Derhalve onderschrijft de Sąd Najwyższy de uitlegging en de wijze van toepassing van artikel 40, lid 4, PT in de onderhavige zaak door de Prezes UKE en de Sąd Apelacyjny.

- 13 De door Polkomtelt betwiste handelwijze van de Prezes UKE vindt steun in de tot nog toe gangbare praktijk van de nationale regelgevende instanties. Deze praktijk is door de Europese Commissie aanvaard. In het in de onderhavige zaak vastgestelde besluit (in het kader van een consolidatieprocedure) onderstreepte de Commissie dat de tarieven voor gespreksafgifte, „zoals [zij] al meermaals tevoren” had benadrukt in besluiten van deze aard, „op een zodanig niveau moeten worden vastgesteld dat zij de kosten weerspiegelen van een efficiënte exploitant die deze dienst aanbiedt” [besluit van de Commissie van 28 oktober 2009, SG-Greffe (2009) D/8051]. De Commissie betoogt dat exploitanten niet gemotiveerd zouden zijn de kosten te minimaliseren en de efficiëntie van hun activiteit te verhogen als zij de prijzen van de diensten mochten vaststellen aan de hand van de kosten, zonder dat (naast het oorzakelijk verband ervan) hun efficiëntie kan worden getoetst. In aanbeveling 2009/396/EG van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie (PB L 124, blz. 67) heeft de Europese Commissie een soortgelijk standpunt ingenomen.
- 14 De Sąd Najwyższy ging er echter van uit dat een uitlegging van artikel 13 toegangsrichtlijn noodzakelijk is opdat het Hof van Justitie EU bevestigt dat het toelaatbaar is dat de nationale regelgevende instantie de door een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht vastgestelde prijzen verlaagt tot een niveau dat lager is dan de door deze exploitant gedragen kosten. De uitlegging van artikel 13 toegangsrichtlijn verschaft immers geen eenduidig antwoord op de vraag of de hierboven beschreven toepassing van artikel 40, lid 4, PT met het Unierecht verenigbaar is.

- 15 Binnen de ruimere categorie van verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten maakt artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn onderscheid tussen de verplichting inzake kostenoriëntering van prijzen en de verplichting inzake kostentoe rekeningssystemen. Uit deze bepaling volgt echter niet dat de wetgever van de Unie een onderscheid heeft willen maken tussen deze verplichtingen aan de hand van het criterium van de efficiënt handelende exploitant.
- 16 Vervolgens dienen de nationale regelgevende instanties krachtens artikel 13, lid 2, van de toegangsrichtlijn erop toe te zien 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”. Ook in overweging 20 van de toegangsrichtlijn wordt in verband met de methode voor de kostendekking verwezen naar de noodzaak om efficiëntie en duurzame concurrentie te bevorderen. Volgens de Sąd Najwyższy lijkt het erop dat de uitdrukking „regelingen voor het terugverdienen van kosten” alle verplichtingen omvat die verband houden met het terugverdienen van kosten in de zin van artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn. Zij heeft ook betrekking op de verplichting inzake kostenoriëntering van de tarieven, waarom het in de onderhavige zaak gaat.
- 17 Volgens de Sąd Najwyższy volgt uit artikel 13, lid 2, van de toegangsrichtlijn dat de verplichting inzake kostenoriëntering van de tarieven, als een van de vormen van een regeling voor het terugverdienen van kosten, moet worden verwezenlijkt op een wijze die bevorderlijk is voor efficiëntie en duurzame concurrentie en de eindgebruikers het grootste voordeel biedt. Deze bepaling kan en moet als volgt worden uitgelegd: een exploitant waarvoor een verplichting inzake kostenoriëntering van de tarieven geldt, kan er enkel op rekenen die kosten te dekken die in een oorzakelijk verband staan met een dienst die door de verplichting van artikel 13 van de toegangsrichtlijn wordt bestreken en mag er niet op rekenen dat kosten van om het even welke hoogte worden gedekt. Aangezien de regeling voor het terugverdienen van de kosten bevorderlijk moet zijn voor de efficiëntie, kan de nationale regelgevende instantie eisen dat de door de exploitant vastgestelde prijzen worden aangepast tot een niveau dat in overeenstemming is met de bevordering van de efficiëntie. Gedogen van hogere kosten bij een van de exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht zou ertoe leiden dat de mededinging op de markt wordt verstoord en zou de overige traditionele exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht ontmoedigen om hun kosten terug te dringen, aangezien zij die in volle omvang kunnen terugverdienen.
- 18 Naar het oordeel van de Sąd Najwyższy kan ook het waarborgen van duurzame concurrentie rechtvaardigen dat de nationale regelgevende instantie prijzen vaststelt die lager zijn dan de door exploitant met een aanmerkelijke marktmacht gedragen kosten van de dienst, voor zover deze kosten hoger zijn dan de kosten van efficiënte verrichting van die dienst. Voor een dergelijke uitlegging van artikel 13 van de toegangsrichtlijn pleit lid 3, tweede volzin, van deze bepaling. Nationale regelgevende instanties zijn uit hoofde daarvan gerechtigd de kosten

„verbonden aan efficiënte dienstverlening” te berekenen. Deze bepaling maakt geen onderscheid tussen de verplichting de prijzen vast te stellen aan de hand van de kosten en de verplichting de prijzen vast te stellen op basis van enkel de onderbouwde kosten.

- 19 Deze uitlegging van artikel 13 van de toegangsrichtlijn vindt steun in de hierboven genoemde tot nog toe gangbare praktijk bij de toepassing van deze bepaling door de Europese Commissie in besluiten op basis van artikel 7, lid 3, van de kaderrichtlijn. Volgens deze uitlegging van artikel 13 van de toegangsrichtlijn moet artikel 40, lid 4, PT aldus worden uitgelegd dat de nationale regelgevende instantie, met het oog op de bevordering van de efficiëntie, duurzame concurrentie en maximaal voordeel voor de consument, voor de dienst van een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht prijzen kan vaststellen die lager zijn dan de kosten van die dienst.
- 20 Volgens de Sąd Najwyższy kan de in artikel 13, lid 3, derde volzin, van de toegangsrichtlijn genoemde prijsaanpassing ook geëist worden, wanneer de regelgevende instantie na controle van de door de exploitant voorgelegde onderbouwing van de kosten concludeert dat sommige kosten niet in verband staan met de verrichting van de dienst (hetgeen in de onderhavige zaak aan de orde is). Het blijft echter onduidelijk of de nationale regelgevende instanties kunnen eisen dat de prijs voor de dienst wordt vastgesteld op een ander (lager) niveau als zij van mening zijn dat dat andere niveau gerechtvaardigd is door de voorwaarden die in artikel 13, lid 2, van de toegangsrichtlijn worden genoemd. Deze bepaling kan namelijk aldus worden uitgelegd dat zij de nationale regelgevende instanties enkel het recht verleent – in het kader van de oplegging van de verplichting inzake kostenoriëntering van de prijzen – de grondslagen voor de vaststelling van deze prijzen door de exploitant te bepalen (bijvoorbeeld de kosten die in aanmerking kunnen worden genomen, de beginselen van de berekening ervan enzovoort). In dat geval kan de nationale regelgevende instantie krachtens artikel 13, lid 3, van de toegangsrichtlijn enkel aanpassing eisen van die prijzen waarvan bij de vaststelling aan de hand van de kosten de eerste volzin is geschonden, dat wil zeggen wanneer de exploitant niet heeft aangetoond dat hij de prijs heeft berekend aan de hand van de kosten die in verband staan met het verrichten van de dienst. Deze bepaling zwijgt dus over de mogelijkheid het niveau van de kosten te toetsen (afgezien van de controle of de ondernemer de in lid 2 bepaalde methoden heeft toegepast) en over de bevoegdheid van de instantie om het tarief op een lager niveau te zetten dan de kosten voor het verrichten van de dienst. Aangezien artikel 13 van de toegangsrichtlijn ziet op de verplichting „inzake kostenoriëntering van zijn tarieven”, kunnen nationale regelgevende instanties enkel toetsen of de bedragen die door de exploitant met een aanmerkelijke marktmacht zijn opgegeven als kosten voor het verrichten van de dienst die door de verplichting wordt bestreken, in een toereikend oorzakelijk verband staan met de uitvoering van deze dienst.

- 21 Voor een dergelijke uitlegging van artikel 13 van de toegangsrichtlijn kan lid 13, lid 3, eerste volzin, van deze richtlijn pleiten. Daarin is er sprake van dat de bewijslast rust op de exploitant met een aanmerkelijke marktmacht. Het is aan hem aan te tonen dat de tarieven zijn bepaald aan de hand van de kosten. Deze bepaling kan aldus worden opgevat dat een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht enkel hoeft aan te tonen dat hij de tarieven heeft berekend op basis van de kosten die hij heeft gedragen voor het verrichten van de dienst en deze kosten met deze dienst in een overeenkomstig oorzakelijk verband staan. De tweede volzin van deze bepaling ziet op de „berekening van de kosten verbonden aan efficiënte dienstverlening”. Dientengevolge is niet duidelijk of de nationale regelgevende instantie louter die kosten mag toetsen die de ondernemer aan een bepaalde dienst toeschrijft, of ook mag toetsen of deze kosten economisch gerechtvaardigd zijn.
- 22 Daarnaast moet worden benadrukt dat in de onderhavige zaak niet is aangetoond dat de kosten van Polkomt看tel die de grondslag vormden voor de bepaling van het tarief voor de dienst die door de verplichting van artikel 40 PT wordt bestreken, hoger uitvallen dan voor een efficiënte dienstverrichting vereist is. De Prezes UKE heeft enkel aangenomen dat het tarief dat aan de hand van de kosten van Polkomt看tel is bepaald, in laatste instantie op een lager niveau moet worden gezet om de noodzaak eenvormige concurrentievoorwaarden te waarborgen voor alle exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht. In artikel 13, lid 3, tweede volzin, van de toegangsrichtlijn wordt echter enkel gesproken van boekhoudkundige kostenberekeningmethoden die los staan van de door de onderneming gebruikte methoden. Dat kan tot de slotsom leiden dat een nationale regelgevende instantie in beperkte mate bevoegd is de hoogte van de kosten te toetsen. Deze bepaling kan derhalve aldus worden uitgelegd dat de nationale regelgevende instantie niet gerechtigd is de hoogte van de aan de hand van de kosten bepaalde tarieven te corrigeren onder verwijzing naar de gemiddelde efficiënte prijs voor de betrokken dienst op de markt. Bovendien rijzen twijfels in hoeverre die toepassing van artikel 13 van de toegangsrichtlijn verenigbaar is met artikel 8, lid 4, van de richtlijn. Deze laatste bepaling zou volgens de Sąd Najwyższy niet enkel toepassing moeten vinden wanneer in het besluit waarbij een exploitant wordt aangemerkt als exploitant met een aanmerkelijke marktmacht, deze verplichtingen worden opgelegd, maar ook wanneer de nationale regelgevende instantie artikel 13, lid 3, van de toegangsrichtlijn toepast.
- 23 De tweede rechtsvraag in het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de frequentie van de toetsing van de tarieven die door een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht aan de hand van de kosten zijn vastgesteld.
- 24 Te beginnen bij de uitlegging van het nationale recht legt de Sąd Najwyższy uit dat artikel 40, lid 2, PT ziet op de verplichting van de exploitant de hoogte van de aan de hand van de kosten vastgestelde tarieven te onderbouwen. Deze bepaling geeft niet nader aan wanneer de exploitant deze verplichting moet nakomen. Zonder twijfel rijst deze verplichting wanneer de exploitant de hoogte van de

tarieven wijzigt. Aangezien het in de onderhavige zaak gaat om een verplichting die inhoudt dat de tarieven „aan de hand van de [...] gedragen kosten” worden bepaald, en deze kosten fluctueren naargelang de marktsituatie, houdt de Sąd Najwyższy het voor gerechtvaardigd dat een zekere rationele periode wordt gegeven waarin een exploitant zich van deze verplichting kan kwijten. Anders zou artikel 40 PT aldus moeten worden opgevat dat de exploitant verplicht is de tarieven aanhoudend bij te stellen om ze aan te passen aan de fluctuerende kosten voor het verrichten van de dienst. Uit artikel 40, lid 2, PT vloeit echter voort dat de exploitant een onderbouwing van de hoogte van de tarieven voorlegt die is gebaseerd op de door hem gedragen kosten, zodat de Sąd Najwyższy een functionele uitlegging van deze bepaling verdedigbaar acht op grond waarvan de Prezes UKE nader kan bepalen binnen welke termijn de exploitant deze verplichting moet nakomen. Deze uitlegging van artikel 40, lid 2, PT wordt gestaafd door de algemene informatieverplichting in artikel 6 PT. De nadere invulling ervan op basis van artikel 40, lid 2 (toegepast in samenhang met artikel 6 PT) is naar het oordeel van de Sąd Najwyższy voordelig voor een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht. Daarmee wordt een minimumniveau van rechtszekerheid gegarandeerd met betrekking tot de frequentie van een eventuele wijziging van de hoogte van de toegepaste tarieven. De oplegging van een dergelijke verplichting dient er tegelijkertijd toe ervoor te zorgen dat de toezichthouder transparant optreedt en is evenredig (deze verplichting correleert immers met de inwinning van de noodzakelijke gegevens over de kosten van de activiteit door de ondernemer).

- 25 De hierboven weergegeven uitlegging van artikel 40, lid 2, PT waaraan de Sąd Najwyższy de voorkeur geeft, vergt een van de letter van deze bepaling afwijkende, functionele interpretatie. Daarom is het voor de Sąd Najwyższy van wezenlijk belang dat een uitleggingsmodel op Unieniveau wordt opgesteld, dat de grondslag kan vormen voor het doel waarop de nationale rechter zich met de uitlegging van de bepalingen ter omzetting van de artikelen 13 en 8 van de toegangsrichtlijn heeft te richten.
- 26 Volgens de Sąd Najwyższy is deze kwestie niet uitdrukkelijk geregeld in artikel 13 van de toegangsrichtlijn, dat in dit verband in samenhang met artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten moet worden uitgelegd. Uit artikel 13, lid 3, van de toegangsrichtlijn volgt dat de nationale regelgevende instanties van een exploitant kunnen eisen dat hij de toegepaste tarieven volledig onderbouwt, en indien noodzakelijk, dienovereenkomstig aanpast. Het is derhalve mogelijk de bepaling aldus uit te leggen dat de nationale regelgevende instanties tijdens de geldingsduur van het besluit dat een exploitant aanmerkt als een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht steeds kunnen eisen dat de toegepaste tarieven worden onderbouwd en vervolgens aangepast. Aangezien de nationale regelgevende instanties te allen tijde daarom kunnen verzoeken, moet het als toelaatbaar en in overeenstemming met het rechtszekerheidsbeginsel worden geacht dat de nationale regelgevende instantie een periodieke verplichting tot berekening van de tarieven aan de hand

van de kosten oplegt in de vorm van een jaarlijkse bijwerking van deze berekening.

- 27 Naar het oordeel van Sąd Najwyższy is deze uitlegging van artikel 13 van de toegangsrichtlijn des te meer gerechtvaardigd als het Hof van Justitie EU op de eerste vraag zou antwoorden dat nationale regelgevende instanties gehouden zijn de in artikel 13, lid 2, van de toegangsrichtlijn genoemde waarden niet alleen bij de oplegging en afbakening van de verplichting van artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn in aanmerking te nemen, maar ook bij de toepassing van artikel 13, lid 3, derde volzin, van de toegangsrichtlijn.
- 28 Volgens de Sąd Najwyższy voldoet de beperking van de vrijheid van ondernemerschap in de vorm van een verplichting inzake kostenoriëntering en periodieke overlegging van een nieuwe kostenonderbouwing aan de evenredigheidstoets voor beperkingen van de grondrechten en aan de evenredigheidstoets die in artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn is neergelegd. Een verplichting jaarlijks een onderbouwing van de kosten over te leggen op basis van de actueelste gegevens gaat niet verder dan noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken. Deze verplichting waarborgt een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht dat de voorwaarden voor de uitoefening van zijn activiteit gedurende een redelijk tijdvak (1 jaar) zeker zijn. Tegelijkertijd wordt hij gehouden de tarieven opnieuw te berekenen op basis van kostengegevens die een rationeel handelende exploitant na afloop van het boekjaar dient te verzamelen en verwerken.
- 29 De derde vraag van uitlegging van het Unierecht betreft de toepassing van nationale regels ter omzetting van artikel 13, lid 3, van de toegangsrichtlijn door de nationale regelgevende instanties in het kader van de vrijheid van ondernemerschap. Voor de beslechting van het bij de Sąd Najwyższy aanhangige geding moet beslist worden of artikel 13, lid 3, van de toegangsrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de verplichting voor een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht om de tarieven aan te passen die hij ter uitvoering van de krachtens artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn opgelegde verplichting heeft berekend, uitsluitend ex post rijst, nadat de aldus bepaalde tarieven in het economisch verkeer zijn ingevoerd, of ook ex ante, wanneer de exploitant in het economisch verkeer tarieven toepast die door de nationale regelgevende instantie zijn bepaald.
- 30 Deze twijfels zijn gerezen tegen de achtergrond van de bewoordingen in de Poolse taalversie van artikel 13, lid 3, van de toegangsrichtlijn. De derde volzin van deze bepaling luidt in het Pools: „Krajowe organy regulacyjne mogą zażądać od danego operatora całościowego uzasadnienia stosowanych cen, a w razie potrzeby - odpowiedniego dostosowania tych cen”, dat wil zeggen spreekt van „stosowanych cen” (toegepaste tarieven). Deze bewoordingen suggereren dat de nationale regelgevende instantie van een exploitant met een verplichting inzake kostenoriëntering van de tarieven enkel mag eisen dat hij het niveau van de

tarieven aanpast als deze exploitant al begonnen is de door hem zelf berekende prijzen toe te passen. De controle of een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht zijn verplichting inzake kostenoriëntering nakomt, zou dan ex post plaatsvinden. Ter waarborging van de doeltreffendheid van de verplichting in artikel 13 van de toegangsrichtlijn zou in dat geval een regeling moeten worden ingevoerd in het nationale recht die het mogelijk maakt de tarieven te berekenen die marktdeelnemers hebben betaald in de periode vóór de in artikel 13, lid 3, derde volzin, van de toegangsrichtlijn bedoelde beslissing van de nationale regelgevende instantie. Daarom is de Sąd Najwyższy van oordeel dat artikel 13 van de toegangsrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de nationale regelgevende instantie kan eisen dat de tarieven worden aangepast wanneer een exploitant met een aanmerkelijke marktmacht zelfstandig bepaalde tarieven toepast, maar ook wanneer deze exploitant tarieven toepast die tevoren door de toezichthouder zijn bepaald, en de hoogte van het tarief door een nieuw besluit aan het nieuwe kostenniveau van de exploitant moet worden aangepast.

- 31 Voor deze uitlegging van deze bepaling pleit een analyse van de Engelse, de Duitse en de Franse taalversie. In deze taalversies is geen sprake van door een exploitant met aanmerkelijke marktmacht „toegepaste tarieven”, maar van „zijn tarieven” („its prices”, „ses prix”, „seiner Preise”), dat wil zeggen de tarieven van die exploitant. Dat begrip kan – en moet volgens de Sąd Najwyższy – niet alleen de tarieven omvatten die daadwerkelijk door de exploitant met een aanmerkelijke marktmacht worden toegepast, maar ook de tarieven die het resultaat zijn van de berekening van tarieven die aan de hand van de kosten zijn bepaald en voor de inwerkingtreding ervan aan de nationale regelgevende instantie ter toetsing zijn voorgelegd (ex ante).
- 32 Bij deze uitlegging van artikel 13, lid 3, derde volzin, van de toegangsrichtlijn kan artikel 40, lid 2 e.v., PT, volgens de Sąd Najwyższy aldus worden uitgelegd dat deze bepalingen betrekking hebben op tarieven waarvan de hoogte is berekend door een exploitant met een verplichting de tarieven aan de hand van de kosten te bepalen. Als een door de exploitant bepaald tarief in de zin van deze bepaling moet worden beschouwd een tarief dat de exploitant heeft berekend (vastgesteld) op basis van een analyse van de kosten voor de verrichting van de dienst die wordt bestreken door de verplichting van artikel 40, lid 1, PT. Het is dan niet van belang of het aldus berekende tarief al door de exploitant was ingevoerd (toegepast) toen de Prezes UKE de hoogte ervan krachtens artikel 40, lid 4, PT wijzigde. In deze bepaling wordt niet gerept van de hoogte van een „eerder” of „tot dan toe geldend”, door de exploitant toegepast tarief, maar van een tarief dat is „vastgesteld” (gedetailleerd bepaald, berekend) door de exploitant ter uitvoering van de verplichting van artikel 40 PT. Derhalve kan worden aangenomen dat artikel 40 PT geen onderscheid maakt tussen gevallen waarin de exploitant zelfstandig de tarieven vaststelt en toepast, en gevallen waarin de exploitant tarieven toepast die door de Prezes UKE zijn bepaald krachtens artikel 40, lid 4, PT, en vervolgens ter nakoming van de rapporteringsplicht de instantie met het oog op de controle ervan het volgende tarief voorlegt dat hij zelf heeft vastgesteld

aan de hand van een zelfstandige analyse van de kosten voor het verrichten van de dienst die door de verplichting van artikel 40 PT wordt bestreken.

- 33 Gelet op het voorgaande betoog en gezien de omstandigheid dat het Hof van Justitie EU zich tot nog toe niet heeft uitgesproken over de uitlegging van de artikelen 13 en 8 van de toegangsrichtlijn, voor zover hier aan de orde, heeft de Sąd Najwyższy beslist zich met een verzoek om een prejudiciële beslissing tot het Hof te richten.