



Datum van  
inontvangstneming

:

14/02/2014

**Zaak C-3/14**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

3 januari 2014

**Verwijzende rechter:**

Sąd Najwyższy (Polen)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

6 november 2013

**Verzoekende partij:**

Polska Telefonia Cyfrowa S.A.

**Verwerende partij:**

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

---

**BESLISSING**

6 november 2013

(omissis)

In de zaak tussen Polska Telefonia Cyfrowa Spółka Akcyjna, gevestigd te Warschau,

en de Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (directeur van de dienst voor elektronische communicatie),

andere partij bij de procedure: „Telefonia Dialog” Spółka Akcyjna,

betreffende de wijziging van een overeenkomst

na de behandeling in een niet-openbare zitting van de kamer voor arbeids- en socialezekerheidszaken en publiekrechtelijke zaken van 6 november 2013

over de beroepen in cassatie van verzoekster en de andere partij in de procedure tegen het arrest van de Sąd Apelacyjny w Warszawie (hof van beroep te Warschau) van 1 februari 2012 (omissis)

**heeft de Sąd Najwyższy als volgt besloten:**

**I. Krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU worden het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende rechtsvragen voorgelegd:**

1. Moet artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33) juncto artikel 28 van richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn) [Or. 2] (PB L 108, blz. 51) aldus worden uitgelegd dat elke maatregel die door de nationale regelgevende instantie wordt genomen krachtens de uit artikel 28 van richtlijn 2002/22 voortvloeiende verplichting, van invloed is op de handel tussen de lidstaten zodra daarbij eindgebruikers uit andere lidstaten de toegang tot niet-geografische nummers op het grondgebied van deze lidstaat mogelijk kan worden gemaakt?

2. Moet artikel 7, lid 3, juncto de artikelen 6 en 20 van richtlijn 2002/21 aldus worden uitgelegd dat de nationale regelgevende instantie, als zij beslist over geschillen tussen ondernemingen die elektronischecommunicatienetwerken of -diensten aanbieden die betrekking hebben op de nakoming van de uit artikel 28 van richtlijn 2002/22 voortvloeiende verplichting door een van deze ondernemingen, geen consolidatieprocedure mag houden, zelfs niet als de maatregel van invloed is op de handel tussen de lidstaten en het nationale recht de nationale regelgevende instantie verplicht steeds een consolidatieprocedure te houden als de maatregel van invloed kan zijn op deze handel?

3. Ingeval vraag 2 bevestigend wordt beantwoord: Moet artikel 7, lid 3, juncto de artikelen 6 en 20 van richtlijn 2002/21 juncto artikel 288 VWEU en artikel 4, lid 3, VEU aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter verplicht is de voorschriften van het nationale recht buiten toepassing te laten die de nationale regelgevende instantie verplichten steeds een consolidatieprocedure te houden als de door haar genomen maatregel van invloed kan zijn op de handel tussen de lidstaten?

(omissis)

**[Or. 3] MOTIVERING****I. Voorwerp van de procedure**

In het geschil in de onderhavige zaak staan Polska Telefonia Cyfrowa (hierna: „verzoekster”), enerzijds, en de Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (hierna: „Prezes Urzędu”) en Telefonía Dialog S.A. (hierna: „Telefonia Dialog”) anderzijds, tegenover elkaar. Het voor de Sąd Najwyższy aanhangige geding heeft betrekking op de volgende rechtsvraag, die onder het regelgevingsbereik van het recht van de Europese Unie valt en waarop het antwoord van invloed is op de beslissing in de onderhavige zaak: was de Prezes Urzędu bij de vaststelling van het besluit op verzoek van Telefonía Dialog over de wijziging van de overeenkomst tussen haar en verzoekster verplicht een consolidatieprocedure in de zin van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21/EG (omissis) te houden?

**II. Recht van de Europese Unie**

*Richtlijn 2002/21/EG (omissis)*

**Artikel 6**

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

**[Or. 4] Artikel 7, lid 3**

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

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

stelt zij de Commissie en de nationale regelgevende instanties in de andere lidstaten in kennis van de ontwerpmaatregel, tezamen met de motivering voor de maatregel, overeenkomstig artikel 5, lid 3, en stelt zij de Commissie en de andere nationale regelgevende autoriteiten daarvan in kennis. [...]

**Artikel 20, lid 1**

Wanneer op een onder deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen vallend gebied een geschil in verband met de verplichtingen ontstaat tussen ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken of -diensten aanbieden in een lidstaat, neemt de betrokken nationale regelgevende instantie op verzoek van een van beide partijen en zonder afbreuk te doen aan de bepalingen in lid 2, een bindend besluit om het geschil te beslechten, en wel zo spoedig mogelijk of in ieder geval binnen vier maanden, met uitzondering van uitzonderlijke omstandigheden. De betrokken lidstaten zorgen ervoor dat alle partijen volledig met de nationale regelgevende instantie samenwerken.

*Richtlijn 2002/22/EG (omissis)*

### **Artikel 28**

De lidstaten zorgen ervoor dat eindgebruikers uit andere lidstaten voor zover technisch uitvoerbaar en economisch haalbaar, toegang tot niet-geografische nummers op hun grondgebied hebben, **[Or. 5]** behalve wanneer een opgeroepen abonnee om commerciële redenen heeft besloten de toegang van oproepende gebruikers die zich in specifieke geografische gebieden bevinden, te beperken.

### **Pools recht**

*Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo Telekomunikacyjne (Dz. U. 2004, nr. 171, Pos. 1800) (Poolse telecommunicatiewet van 16 juli 2004; hierna: „Prawo telekomunikacyjne”) in de ten tijde van het besluit geldende versie.*

**Artikel 15** Voordat de directeur van de UKE [Prezes Urzędu] een besluit neemt in de volgende aangelegenheden:

- 1) (omissis)
- 2) opleggen, intrekken, handhaven of wijzigen van regelgevingsverplichtingen jegens een telecommunicatieonderneming met of zonder een aanmerkelijke marktmacht,
- 3) **in de artikelen 28 tot en met 30 bedoelde besluiten over de toegang tot een telecommunicatienetwerk,**
- 4) in andere, in de wet genoemde aangelegenheden,

– houdt hij een raadplegingsprocedure en stelt hij de betrokken rechtssubjecten in de gelegenheid om binnen een bepaalde termijn schriftelijk hun zienswijzen op het ontwerpbesluit te geven.

**Artikel 18** Indien de in artikel 15 genoemde besluiten van invloed kunnen zijn op de handel tussen de lidstaten, leidt de directeur van de UKE tegelijk met de raadplegingsprocedure een consolidatieprocedure in en doet hij de

ontwerpbesluiten met hun motivering aan de Europese Commissie en de regelgevende instanties van de andere lidstaten toekomen.

**Artikel 27.1** De directeur van de UKE kan ambtshalve of op schriftelijk verzoek van elk van de partijen bij onderhandelingen die zijn gericht op het sluiten van een toegangsovereenkomst, bij beschikking een termijn vaststellen voor het sluiten van een overeenkomst, **[Or. 6]** die niet langer mag zijn dan 90 dagen, te rekenen vanaf de indiening van het verzoek tot het sluiten van een dergelijke overeenkomst.

2. Indien geen onderhandelingen worden begonnen, de toegang tot een telecommunicatienetwerk wordt geweigerd door de instelling die deze moet verlenen, of geen overeenkomst wordt gesloten binnen de in lid 1 bedoelde termijn, kan elk van de partijen de directeur van de UKE verzoeken uitspraak te doen over de betwiste punten of de voorwaarden voor de samenwerking vast te stellen.

[...]

**Artikel 28 1.** De directeur van de UKE stelt zijn besluit inzake de verlening van toegang tot een telecommunicatienetwerk vast binnen een termijn van 90 dagen, te rekenen vanaf de indiening van het in artikel 27, lid 2, bedoelde verzoek

[...]

4. Het besluit tot verlening van toegang tot een telecommunicatienetwerk vervangt het gedeelte van de toegangsovereenkomst dat door dit besluit wordt bestreken.

[...]

6. Het besluit tot verlening van toegang tot een telecommunicatienetwerk kan door de directeur van de UKE op verzoek van elk van de betrokken partijen of ambtshalve worden gewijzigd, wanneer dit wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de bescherming van de eindgebruikers, een effectieve mededinging of de interoperabiliteit van de diensten te waarborgen.

**[Or. 7]** 7. Financiële vorderingen wegens niet-nakoming of gebrekkige nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit het besluit tot verlening van toegang tot een telecommunicatienetwerk, worden ingesteld voor de rechter.

[...]

**Artikel 79.1** De exploitant van een openbaar telecommunicatienetwerk zorgt ervoor dat eindgebruikers van een netwerk en eindgebruikers uit andere lidstaten, voor zover technisch uitvoerbaar en economisch haalbaar, toegang tot niet-geografische nummers in de Republiek Polen hebben, behalve wanneer een

opgeroepen abonnee heeft besloten de toegang van oproepende gebruikers die zich in specifieke geografische gebieden bevinden, te beperken.

### III. Procesverloop

Bij besluit van 19 december 2008 (hierna: „besluit”) heeft de Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej de beginselen van de facturering en samenwerking in het kader van de verlening van toegang aan de gebruikers van het netwerk van verzoekster tot de via het netwerk van Telefonía Dialog verstrekte intelligente netwerkdiensten gewijzigd. Het besluit werd vastgesteld in een procedure die was ingeleid met het verzoek van Telefonía Dialog tot wijziging van de overeenkomst met verzoekster, aangezien deze overeenkomst niet binnen de bij beschikking van de Prezes Urzędu van 1 oktober 2006 gestelde termijn was gewijzigd.

In dat besluit verplichtte de Prezes Urzędu Telefonía Dialog onder meer gespreksafgiftediensten in haar netwerk te verstrekken tegen de in het besluit vastgestelde vergoeding; verzoekster daarentegen werd verplicht om haar abonnees toegang te verlenen tot de in het netwerk van Telefonía Dialog verstrekte informatiediensten tegen de in het besluit vastgestelde vergoeding.

Verzoekster heeft tegen het besluit van de Prezes Urzędu beroep ingesteld.

De Sąd Okręgowy w Warszawie (regionaal gerecht te Warschau) heeft bij vonnis van 21 maart 2011 (omissis) het besluit van de Prezes Urzędu nietig verklaard, onder andere omdat hij geen consolidatieprocedure in de zin van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 had gehouden. Volgens de Sąd Okręgowy regelt het besluit van de Prezes Urzędu [**Or. 8**] de beginselen van de facturering en de samenwerking bij de verlening van toegang tot de diensten aan eindgebruikers van andere mobiele netwerken die gebruikmaken van de in het netwerk van verzoekster verstrekte roamingdiensten. Het besluit is derhalve van invloed op de handel tussen de lidstaten, daar het de burgers van lidstaten van de Europese Unie betreft die gebruikmaken van de roamingdienst van verzoekster.

Zowel de Prezes Urzędu als Telefonía Dialog hebben hoger beroep ingesteld tegen het besluit van de Sąd Okręgowy.

De Sąd Apelacyjny w Warszawie heeft beide hogere beroepen bij arrest van 1 februari 2012 (omissis) verworpen.

De rechter van tweede aanleg was van oordeel dat het besluit van de Prezes Urzędu, dat was vastgesteld krachtens artikel 28 Prawo telekomunikacyjne (waarbij artikel 5 van richtlijn 2002/19 is omgezet), tot de besluiten behoort waarvoor krachtens de Prawo telekomunikacyjne een consolidatieprocedure vereist is. De Sąd Apelacyjny nam bovendien aan dat elke lidstaat bevoegd is de kring van procedures te verruimen waarvoor hij de consolidatieprocedure verplicht stelt. Derhalve zijn de voorschriften van de Prawo telekomunikacyjne in

zoverre niet in strijd met artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, zelfs niet wanneer de verplichting een consolidatieprocedure te houden naar Pools recht omvattender is dan uit artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 voortvloeit.

Met betrekking tot het in artikel 18 Prawo telekomunikacyjnej (waarbij artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 is omgezet) genoemde criterium van de invloed van het besluit van de Prezes Urzędu op de handel tussen de lidstaten heeft de rechter van tweede aanleg zich op punt 38 van de considerans van richtlijn 2002/21 beroepen. Hij wees erop dat de toegepaste regelgevende maatregel betrekking kan hebben op grensoverschrijdende diensten, aangezien verzoekster verplicht is, haar abonnees toegang te verlenen tot de informatiediensten die in het netwerk van Telefonía Dialog verstrekt worden en als abonnees ook de gebruikers van een ander mobiel netwerk gelden die via roaming gebruikmaken van diensten in het netwerk van verzoekster. Bovendien is in het besluit erop gewezen dat verzoekster overeenkomstig artikel 79, lid 1, Prawo telekomunikacyjnej verplicht is ervoor te zorgen dat eindgebruikers van haar netwerk en de eindgebruikers uit andere lidstaten verbinding kunnen maken met niet-geografische nummers [Or. 9] in de Republiek Polen. Het besluit van de Prezes Urzędu verleent derhalve volgens de Sąd Apelacyjny eindgebruikers uit andere lidstaten potentieel toegang tot niet-geografische nummers in het netwerk van Telefonía Dialog in de Republiek Polen. Het kan derhalve potentieel van invloed zijn op de handel tussen de lidstaten in de zin van artikel 18 Prawo telekomunikacyjnej en artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21. Bovendien zijn in het besluit van de Prezes Urzędu de tarieven van telecommunicatiediensten en de grondslagen voor de wijzigingen van die tarieven vastgesteld; de tarieven zijn echter van invloed op de voorwaarden voor de toegang tot de markt en op de mogelijkheid diensten te verlenen door exploitanten en aanbieders van diensten, met inbegrip van hen die in andere lidstaten zijn gevestigd, wat steun biedt aan de veronderstelling dat het besluit van de Prezes Urzędu ten minste indirect en potentieel van invloed kan zijn op de handel tussen de lidstaten.

De Prezes Urzędu heeft tegen het arrest van de Sąd Apelacyjny beroep in cassatie ingesteld met onder meer de klacht dat sprake was van schending van artikel 15, punten 1 tot en met 4, juncto artikel 18 Prawo telekomunikacyjnej in de ten tijde van het litigieuze besluit geldende versie, en van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, door de onjuiste uitlegging dat het litigieuze besluit van de Prezes Urzędu van invloed was op de handel tussen de lidstaten.

Naar het oordeel van de Prezes Urzędu vloeit uit het Unierecht voort dat een consolidatieprocedure enkel hoeft te worden gehouden als de voorgestelde maatregel een wezenlijke invloed op de handel kan hebben en onder het regelgevingsbereik van artikel 5 of 16 van richtlijn 2002/21 of van artikel 5 of 8 van richtlijn 2002/19 valt. Bovendien klaagde de Prezes Urzędu dat het arrest van de rechter van tweede aanleg een schending vormt van artikel 28, lid 1, punten 1 tot en met 8, juncto artikel 79, lid 1, Prawo telekomunikacyjnej en artikel 18 juncto artikel 15, punten 1 tot en met 8, Prawo telekomunikacyjnej, en wel door de



veronderstelling dat een consolidatieprocedure vereist is, ook als het litigieuze besluit geen betrekking heeft op ondernemingen met zetel in andere lidstaten en geen invloed heeft op de voorwaarden voor toegang van andere ondernemingen tot het netwerk van verzoekster en Telefonía Dialog.

Telefonia Dialog stelde eveneens beroep in cassatie tegen het arrest van de Sąd Apelacyjny in. Zij klaagde dat het bestreden arrest een schending vormt van onder meer de artikelen 6, 7, lid 3, en 20 van richtlijn 2002/21 en van artikel 18 Prawo telekomunikacyjne [**Or. 10**], namelijk door onjuiste toepassing ervan, aangezien artikel 18 Prawo telekomunikacyjne in zoverre in strijd is met de genoemde voorschriften van richtlijn 2002/21 dat daarin een consolidatieprocedure ook is voorgeschreven in geval van beslechting van geschillen tussen telecommunicatieondernemingen. Bovendien klaagde Telefonía Dialog dat het bestreden arrest een schending vormt van artikel 18 Prawo telekomunikacyjne juncto artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, in zoverre daarin wordt verondersteld dat het besluit van de Prezes Urzędu in de onderhavige zaak van invloed is op de handel tussen de lidstaten.

Verzoekster heeft in haar verweer tegen de cassatiemiddelen niet rechtstreeks stelling genomen over het verwijt dat de voorschriften van de Prawo telekomunikacyjne in strijd zijn met richtlijn 2002/21. In plaats daarvan heeft zij zich op het standpunt gesteld dat het besluit van de Prezes Urzędu in de onderhavige zaak van invloed is op de handel tussen de lidstaten en diensgevolge een consolidatieprocedure vereist is.

### **De Sąd Najwyższy heeft als volgt overwogen:**

Alvorens kan worden beslist over de gegrondheid van de twee cassatieberoepen, moet de in de inleiding genoemde rechtsvraag worden beantwoord. Naar het oordeel van de Sąd Najwyższy is het derhalve gerechtvaardigd drie prejudiciële vragen van uitlegging van de voorschriften van de richtlijnen 2002/21 en 2002/22 in de oorspronkelijke versie (het besluit van de Prezes Urzędu is in 2008 vastgesteld) te stellen.

### **Eerste vraag**

De eerste prejudiciële vraag ziet op de uitlegging van het begrip „aanzienlijke invloed [...] op de handel tussen de lidstaten” in artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 in geval van regelgevende maatregelen die door de nationale regelgevende instanties worden genomen krachtens artikel 28 van richtlijn 2002/22 juncto artikel 5 van richtlijn 2002/19.

Artikel 28 van richtlijn 2002/22 verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat eindgebruikers uit andere lidstaten onder bepaalde voorwaarden toegang tot niet-geografische nummers op hun grondgebied hebben. [**Or. 11**] Het besluit dat de

Prezes Urzędu in de onderhavige zaak heeft vastgesteld, strekt ertoe deze verplichting na te komen. Bij artikel 79 Prawo telekomunikacyjne is deze verplichting in Pools recht omgezet.

Het besluit van de nationale regelgevende instantie legt verzoekster de verplichting op eindgebruikers die via roaming gebruikmaken van diensten van verzoekster toegang te bieden tot niet-geografische nummers. Het besluit onderscheidt niet tussen binnenlandse roaming, roaming binnen de Europese Unie en internationale roaming. Bij het besluit van de nationale regelgevende instantie dat in de onderhavige zaak is vastgesteld, wordt deze in artikel 28 van richtlijn 2002/22 bedoelde verplichting in zeer beperkte mate omgezet. Eindgebruikers in andere lidstaten wordt geen toegang tot niet-geografische nummers geboden; enkel die eindgebruikers uit andere lidstaten die zich in de Republiek Polen bevinden en de roamingdienst gebruiken die verzoekster aan de exploitant van het thuisnetwerk van deze eindgebruikers ter beschikking stelt, wordt toegang tot niet-geografische nummers geboden.

Het enkele feit dat de Prezes Urzędu een regelgevende maatregel heeft genomen waardoor eindgebruikers uit andere lidstaten die zich in de Republiek Polen bevinden en de roamingdienst in het netwerk van een Poolse exploitant gebruiken, op dezelfde grondslag als voor alle andere, in Polen woonachtige eindgebruikers van het vaste netwerk van een andere Poolse exploitant toegang hebben tot niet-geografische nummers die dienen voor dienstverlening in dat netwerk, betekent volgens de Sąd Najwyższy niet dat het besluit van de Prezes Urzędu van invloed is op de handel tussen de lidstaten in de zin van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21.

Naar het oordeel van de Sąd Najwyższy kan bij de uitlegging van het begrip „invloed op de handel tussen de lidstaten” in artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 op de rechtspraak tot nog toe van het Hof van Justitie van de Europese Unie over het criterium van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten in de artikelen 101 en 102 VWEU worden teruggegrepen. Uit de uitlegging van deze voorschriften door het Hof van Justitie blijkt ondertussen dat pas na afweging van een reeks omstandigheden in een concreet geval kan worden gesproken van invloed op de handel tussen de lidstaten in de zin van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, waaronder **[Or. 12]** met name: 1) de inhoud van de door de nationale regelgevende instantie getroffen maatregel; 2) de juridisch-economische context waarin de maatregel werd getroffen; 3) de aard van de diensten waarop de maatregel invloed kan hebben; 4) de marktmacht van de ondernemingen waartoe de maatregel is gericht, en dergelijke.

Volgens de Sąd Najwyższy heeft de maatregel die door de Prezes Urzędu in de onderhavige zaak is getroffen krachtens de nationale bepaling waarbij artikel 28 van richtlijn 2002/22 is omgezet (juncto het voorschrift waarbij artikel 5 van richtlijn 2002/19 is omgezet), om de volgende redenen geen invloed op de handel tussen de lidstaten, ook niet potentieel. Ten eerste heeft de maatregel geen

betrekking op grensoverschrijdende telecommunicatiediensten. Ten tweede wordt daarin bij de tarieven voor verbindingen met niet-geografische nummers en de factureringsbeginselen geen onderscheid gemaakt tussen gebruikers uit andere lidstaten en gebruikers uit Polen. Ten derde regelt het besluit van de Prezes Urzędu de tarieven die door verzoekster aan Telefonía Dialog worden betaald voor diensten die door andere ondernemers in het netwerk van Telefonía Dialog worden verleend. Het besluit bepaalt niet de tarieven van verzoekster aan eindgebruikers uit andere lidstaten die de roamingdienst in het netwerk van verzoekster gebruiken, voor de diensten die met gebruikmaking van het netwerk van Telefonía Dialog worden verstrekt. Het bepaalt evenmin de tarieven die verzoekster via de exploitanten van het thuisnetwerk van de eindgebruikers uit andere lidstaten in rekening brengt voor verbindingen in haar netwerk. Ten vierde heeft het besluit van de Prezes Urzędu betrekking op diensten die in beginsel in het Pools worden verstrekt. De omstandigheden in de onderhavige zaak pleiten naar het oordeel van de Sąd Najwyższy tegen de veronderstelling dat het besluit van de nationale regelgevende instantie van invloed kan zijn op de handel in de zin van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21.

De Sąd Najwyższy betreft echter in de overweging dat de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de artikelen 101 en 102 VWEU in geval van enkele mededingingsversturende praktijken al blijkt uit de mededingingsversturende praktijk zelf (bijvoorbeeld in geval van een uitvoer- of invoerverbod). Gelet op de omstandigheid dat artikel 28 van richtlijn 2002/22 bepaalt dat de toegang voor eindgebruikers uit andere lidstaten moet worden gewaarborgd, twijfelt de Sąd Najwyższy of dit voorschrift **[Or. 13]** juncto artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 niet aldus moet worden uitgelegd dat **elke** maatregel die door een nationale regelgevende instantie wordt getroffen op basis van voorschriften waarbij artikel 5 van richtlijn 2002/19 is omgezet, om de in artikel 28 van richtlijn 2002/22 genoemde verplichting na te komen, **altijd** van invloed is op de handel tussen de lidstaten in de zin van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, zodra daarbij eindgebruikers uit andere lidstaten de toegang tot niet-geografische nummers op het grondgebied van deze lidstaat mogelijk wordt gemaakt.

Bij de indiening van de prejudiciële vraag van uitlegging van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 juncto artikel 28 van richtlijn 2002/22 met het oog op het criterium van de invloed op de handel tussen de lidstaten neemt de Sąd Najwyższy bovendien in aanmerking dat het oordeel van de Sąd Apelacyjny over de noodzaak van een consolidatieprocedure in de onderhavige zaak gegrond is op standpunten van de Europese Commissie in opmerkingen overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 in consolidatieprocedures die in het kader van mededelingen van de Prezes Urzędu over andere regelgevende maatregelen zijn gehouden. In deze opmerkingen stelt de Europese Commissie vast dat elk besluit van een nationale regelgevende instantie waarbij de tarieven van telecommunicatiediensten en de grondslagen voor de wijzigingen van die tarieven

worden vastgesteld, van invloed is op de handel tussen de lidstaten en een consolidatieprocedure vergt (bijvoorbeeld schrijven van de Europese Commissie van 24 april 2004 [SG-Greffe (2009) D/2381]; schrijven van 15 mei 2009, [SG-Greffe (2009) D/2752]).

Gelet op de omstandigheid dat het begrip invloed op de handel tussen de lidstaten in de zin van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 nog niet door het Hof van Justitie van de Europese Unie is uitgelegd, is de Sąd Najwyższy van oordeel dat de eerste prejudiciële vraag gerechtvaardigd is en noodzakelijk voor de beslissing in deze zaak.

### **Tweede vraag**

De tweede prejudiciële vraag heeft betrekking op de uitlegging van artikel 20 juncto de artikelen 6 en 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, aangezien de Sąd Najwyższy twijfelt [**Or. 14**] over de verenigbaarheid van artikel 15, lid 1, punt 3, en artikel 18 Prawo telekomunikacyjne met de genoemde voorschriften van richtlijn 2002/21.

Overeenkomstig de artikelen 15 en 18 Prawo telekomunikacyjne, waarbij de artikelen 6 en 7 van richtlijn 2002/21 zijn omgezet, is de nationale regelgevende instantie **altijd** verplicht een consolidatieprocedure te houden als zij een regelgevende maatregel overeenkomstig artikel 28 Prawo telekomunikacyjne neemt (die dient tot omzetting van artikel 5 van richtlijn 2002/19), voor zover deze maatregel van invloed kan zijn op de handel tussen de lidstaten.

Enerzijds kan artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 aldus worden uitgelegd dat een consolidatieprocedure in geval van maatregelen door de nationale regelgevende instantie die van invloed kunnen zijn op de handel tussen de lidstaten wordt gehouden wanneer overeenkomstig artikel 6 van richtlijn 2002/21 ook een raadplegingsprocedure moet worden gehouden. Artikel 6 van richtlijn 2002/21 bepaalt ondertussen dat een raadplegingsprocedure wordt gehouden „[b]ehoudens in gevallen die onder de artikelen 7, lid 6, 20 of 21 vallen”. Artikel 6 van richtlijn 2002/21 kan aldus worden uitgelegd dat bij de beslechting van een geschil door een nationale regelgevende instantie (artikel 20 van richtlijn 2002/21) ook dan geen consolidatieprocedure wordt gehouden, indien de beslissing in een geschil in de vorm van een besluit van de nationale regelgevende instantie waarbij een overeenkomst tussen ondernemingen wordt gewijzigd, van invloed kan zijn op de handel tussen de lidstaten.

In de voor de Sąd Najwyższy aanhangige zaak werd het besluit van de nationale regelgevende instantie vastgesteld op verzoek van Telefonía Dialog. Dit verzoek had zij ingediend na het mislukken van de onderhandelingen met verzoekster over een nieuwe aanvulling op de overeenkomst over de facturering van de diensten in het kader van toegang voor eindgebruikers tot het netwerk van verzoekster met betrekking tot de door Telefonía Dialog verstrekte intelligente netwerkdiensten.

Derhalve kan worden aangenomen dat bij het in de onderhavige zaak vastgestelde besluit van de nationale regelgevende instantie in de zin van artikel 20 van richtlijn 2002/21 een geschil tussen ondernemingen wordt beslecht over de grondslagen voor de nakoming van de in artikel 28 van richtlijn 2002/22 genoemde verplichting.

**[Or. 15]** Anderzijds kan worden aangenomen dat de in het nationale recht neergelegde verplichting steeds een consolidatieprocedure te houden wanneer de door de nationale regelgevende instantie genomen maatregel van invloed kan zijn op de handel tussen de lidstaten, niet in strijd is met het doel van richtlijn 2002/21, met name niet met het doel van artikel 7, lid 3. De in dit voorschrift neergelegde verplichting een consolidatieprocedure te houden dient voor de uitwerking – door middel van overleg tussen de nationale regelgevende instanties en de Europese Commissie alsook de regelgevende instanties van de andere lidstaten – van samenhangende grondslagen voor de toepassing van richtlijn 2002/21 en de afzonderlijke richtlijnen in alle lidstaten. Door overleg in het kader van een consolidatieprocedure bij maatregelen waarvoor overleg niet verplicht is, komt deze doelstelling niet in gevaar. Ook de belangen van telecommunicatieondernemingen worden niet aangetast door een overmatige verlenging van de procedure voor de nationale regelgevende instantie.

De Sąd Najwyższy wijst erop dat de Europese Commissie mededelingen over de regelgevende maatregelen ontvangt die de Prezes Urzędu overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 aan haar doet toekomen over andere aangelegenheden waarin de nationale regelgevende instantie geschillen tussen twee telecommunicatieondernemingen beslecht. In de overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 ingediende opmerkingen die de Sąd Najwyższy ambtshalve bekend zijn, heeft de Europese Commissie geen twijfels geuit over de toelaatbaarheid en de noodzaak van de mededeling in een geschillenbeslechtsprocedure (bijvoorbeeld besluit van 13 december 2011 in zaak PL/2011/1273). Deze praktijk van de Europese Commissie duidt op de mogelijkheid artikel 20 juncto de artikelen 6 en 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 aldus uit te leggen dat de consolidatieprocedure ook in geval van geschillen kan worden gehouden.

De oplossing van de juridische twijfels in de tweede vraag is van aanmerkelijk belang voor de beslissing in de zaak door de Sąd Najwyższy.

Wanneer het Hof van Justitie artikel 20 juncto de artikelen 6 en 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 aldus uitlegt dat de voorschriften van de Prawo telekomunikacyjnej die verplichten bij elk besluit in een geschil op grond van het voorschrift waarbij artikel 5 van richtlijn 2002/21 is omgezet, een consolidatieprocedure door de Prezes Urzędu te houden, in strijd is met artikel 20 juncto de artikelen 6 en 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, dan **[Or. 16]** hangt de beslissing over de gegrondheid van de beroepen in cassatie van de Prezes Urzędu en Telefonia Dialog af van het antwoord op de derde vraag.

Wanneer het Hof van Justitie artikel 20 juncto de artikelen 6 en 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 echter aldus uitlegt dat een consolidatieprocedure steeds moet worden gehouden wanneer de door de nationale regelgevende instantie genomen maatregel van invloed kan zijn op de handel tussen de lidstaten, zal de Sąd Najwyższy vaststellen dat de artikelen 15 en 18 Prawo telekomunikacyjne niet in strijd zijn met richtlijn 2002/21 en hangt de beslissing in de zaak enkel af van het antwoord op de eerste vraag.

### **Derde vraag**

Wanneer het Hof van Justitie van de Europese Unie artikel 20 juncto de artikelen 6 en 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 aldus uitlegt, dat deze voorschriften uitsluiten dat de voorschriften van nationaal recht worden toegepast die verplichten in omstandigheden als in de onderhavige zaak een consolidatieprocedure te houden, moet de vraag worden beantwoord of de nationale rechter de nationale voorschriften buiten toepassing mag laten die verplichten ook in de in artikel 20 van richtlijn 2002/21 genoemde gevallen een consolidatieprocedure te houden.

De Sąd Najwyższy wijst erop dat het in het licht van de arresten van het Hof van 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie); 24 mei 2012, Amia (C-97/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), en 10 oktober 2013, Spedition Welter (C-306/12, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie) enkel in extremis toelaatbaar is voorschriften van nationaal recht wegens onverenigbaarheid met het recht van de Unie buiten toepassing te laten. De nationale rechter is verplicht de Simmenthal-regel toe te passen, indien voorschriften van nationaal recht niet in overeenstemming met het Unierecht kunnen worden uitgelegd en het voorschrift van Unierecht waarmee de nationale voorschriften onverenigbaar zijn, rechtstreeks werkt.

Naar het oordeel van de Sąd Najwyższy kan artikel 18 Prawo telekomunikacyjne in de onderhavige zaak niet in overeenstemming met het Unierecht worden uitgelegd.

De Sąd Najwyższy kent de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie uitgewerkte beginselen, beperkingen en begrippen over **[Or. 17]** de directe werking van richtlijnen. De Sąd Najwyższy wijst erop dat een persoon zich volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie tegenover een lidstaat op de rechtstreekse werking van een richtlijn kan beroepen. De Sąd Najwyższy neemt aan dat de nationale regelgevende instantie in het licht van de toepassing van het begrip rechtstreekse werking als een lidstaat moet worden behandeld.

De Sąd Najwyższy gaat ervan uit dat artikel 20 juncto de artikelen 6 en 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 weliswaar als een duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke regeling kan worden beschouwd, maar dat een onderneming

aan deze voorschriften geen rechten in de zin van een subjectieve rechtstreekse werking (*subjective direct effect*) kan ontlenu. In de onderhavige zaak zou het inroepen van de rechtstreekse werking van artikel 20 juncto de artikelen 6 en 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 overeenkomstig het beginsel van de objectieve rechtstreekse werking (*objective direct effect*) ertoe leiden dat de artikelen 18 en 15 Prawo telekomunikacyjne buiten toepassing worden gelaten. De voorschriften van richtlijn 2002/21 zouden bij de beslechting van geschillen niet **in plaats van** de voorschriften van de Prawo telekomunikacyjne worden toegepast (zoals in de gevallen van klassieke rechtstreekse werking in de zin van de Simmenthal-regel) maar enkel om uit te sluiten dat die voorschriften van nationaal recht worden toegepast die in strijd zijn met de richtlijn (*exclusionary effect of direct effect*).

De Sąd Najwyższy stelt daarnaast vast dat een persoon overeenkomstig het begrip indirecte rechtstreekse werking (*indirect direct effect*) kan bewerkstelligen dat een bestuurshandeling wordt ingetrokken of gewijzigd die aan een derde is gericht en op basis waarvan deze derde een recht verworven heeft, indien blijkt dat bij dit besluit de voorschriften van een richtlijn zijn geschonden (arrest van 7 januari 2004, Wells, C-201/02, Jurispr. blz. I-723).

De Sąd Najwyższy twijfelt echter over de vraag of het arrest in zaak C-201/02, Wells, ook in gevallen als het onderhavige kan worden toegepast. De twijfels van de Sąd Najwyższy vinden hun oorsprong niet in de omstandigheid dat in de onderhavige zaak een telecommunicatieonderneming (Polska Telefonia Cyfrowa) enerzijds, en de nationale regelgevende instantie (Prezes Urzędu) en een telecommunicatieonderneming (Telefonia Dialog S.A.) anderzijds, tegenover elkaar staan. Naar het oordeel van de Sąd Najwyższy beslecht de rechter bij wie de klacht tegen het besluit [Or. 18] van de nationale regelgevende instantie aanhangig is, een geschil tussen een telecommunicatieonderneming en deze overheidsdienst (en eventueel een andere onderneming) over de inhoud van de verplichtingen die de telecommunicatieonderneming(en) in het besluit van de nationale regelgevende instantie zijn opgelegd. In dergelijke procedures wordt ter discussie gesteld of de beslissing van de nationale regelgevende instantie in overeenstemming is met het nationale recht en het Unierecht.

De twijfels van de Sąd Najwyższy met betrekking tot de mogelijkheid zijn beslissing in deze procedure te baseren op het standpunt van het Hof in het arrest in de zaak C-201/02, Wells, vinden hun oorsprong in de omstandigheid dat in een rechterlijke procedure als de onderhavige de wetmatigheid wordt getoetst van een besluit van de nationale regelgevende instantie waarbij een geschil tussen particulieren (ondernemingen) wordt beslecht en een overeenkomst wordt vormgegeven die tussen particulieren is gesloten. In het kader van de rechterlijke procedure toetsen de rechters weliswaar de bestuurshandeling (wat duidt op de mogelijkheid het arrest in zaak C-201/02, Wells, toe te passen), maar het betreft hier niet een typische bestuurshandeling die een individu in zijn verhouding tot de staat verplichtingen oplegt of rechten toekent. In dit geval gaat het om een beslissing waarbij de inhoud van een civielrechtelijke overeenkomst tussen twee

particulieren wordt vormgegeven. Dat heeft tot gevolg dat het geschil in de onderhavige zaak niet van dezelfde aard is als in zaak C-201/02, Wells, maar overeenkomsten vertoont met een geschil tussen personen, waarin een partij voor zichzelf gunstige conclusies trekt uit de onverenigbaarheid van voorschriften van nationaal recht die niet in overeenstemming met het Unierecht kunnen worden uitgelegd (hoewel hij uit de richtlijn geen recht afleidt dat voor een ander een verplichting in de zin van rechtstreekse horizontale werking jegens derden inhoudt). Uit het oordeel van het Hof van Justitie van 19 januari 2010, Küçükdeveci (C-555/07, Jurispr. blz. I-365) leidt de Sąd Najwyższy daarentegen af dat een beroep op de rechtstreekse werking van het Unierecht met het doel een met een richtlijn onverenigbaar voorschrift van nationaal recht buiten toepassing te laten (in zin van *exclusionary effect of direct effect*), bij geschillen tussen particulieren uitgesloten is, zelfs indien het enkel zou leiden tot niet-toepassing van dit voorschrift of een deel ervan en de zaak op de grondslag van de overige, richtlijnconforme voorschriften van het nationale recht zou worden beslist.

**[Or. 19]** De bovengenoemde twijfels van de Sąd Najwyższy over de manier waarop de verplichting die in deze zaak op hem als rechterlijke instantie van de Unie in functionele zin rust, hebben nog een andere grond.

Als het Hof van Justitie op de tweede prejudiciële vraag antwoordt dat artikel 20 juncto de artikelen 6 en 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 aldus moet worden uitgelegd, dat deze voorschriften de toepassing van de artikelen 18 en 15 Prawo telekomunikacyjne in de omstandigheden van het onderhavige geval uitsluiten, dan kan de Sąd Najwyższy beslissen dat het in het beroep in cassatie bestreden arrest van de rechter van tweede aanleg ondanks een onjuiste motivering rechtmatig is. De Prezes Urzędu heeft namelijk in de onderhavige zaak een raadplegingsprocedure krachtens artikel 15 Prawo telekomunikacyjne gehouden. Indien uit de uitlegging van artikel 20 juncto de artikelen 6 en 7, lid 3, [van richtlijn] 2002/21 naar voren komt dat het vereiste van een consolidatieprocedure op een ander terrein als in de voorschriften van richtlijn 2002/21 is toegelaten, een schending vormt van het Unierecht, moet worden aangenomen dat een raadplegingsprocedure op een ander terrein eveneens met het Unierecht onverenigbaar is.

Dientengevolge is het besluit van de Prezes Urzędu, dat is vastgesteld na raadpleging op basis van de voorschriften van nationaal recht die met het Unierecht onverenigbaar zijn, aangetast door dezelfde procedurefout als in geval van een consolidatieprocedure – of het niet houden daarvan – in strijd met de vereisten van Unierecht. De Sąd Najwyższy stelt vast dat het standpunt van het Gerecht van eerste aanleg in de motivering van [de beschikking van] 12 december 2007, Vodafone España en Vodafone Group/Commissie (T-109/06, Jurispr. blz. II-5151) met betrekking tot het beginsel van de procesrechtelijke autonomie van de lidstaten niet van invloed is op de mogelijkheid om in nationale procedures procesrechtelijke bezwaren op te werpen over fouten van de nationale regelgevende instantie in het kader van de raadplegings- en consolidatieprocedure.



Derhalve zijn bij de Sąd Najwyższy twijfels gerezen over de mogelijkheid de toepassing van de artikelen 15 en 18 Prawo telekomunikacyjne af te wijzen, indien het Hof van Justitie de tweede vraag aldus beantwoordt dat deze voorschriften artikel 20 juncto de artikelen 7, lid 3, en 6 van richtlijn 2002/21 schenden.