



Datum van inontvangstneming : 02/10/2014

Zaak C-397/14

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

Datum van indiening:

20 augustus 2014

Verwijzende rechter:

Sąd Najwyższy (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

15 mei 2014

Verzoekende partij:

Polkomtel sp. z o.o.

Verwerende partij:

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

In tegenwoordigheid van:

Telekomunikacja Polska Spółka Akcyjna w Warszawie (thans Orange Polska S.A. w Warszawie)

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

In het geschil in de onderhavige zaak staan Polkomtel S.A. (hierna ook: „verzoekster”), enerzijds, en de Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (directeur van de dienst voor elektronische communicatie; hierna: „Prezes Urzędu”) en Telekomunikacja Polska S.A. (hierna ook: „TP S.A.” of „belanghebbende”) anderzijds, tegenover elkaar. Voorwerp van het geding in de voor de Sąd Najwyższy aanhangige zaak is de toelaatbaarheid van een besluit van de Prezes Urzędu dat in de plaats treedt van een overeenkomst tussen verzoekster en belanghebbende over samenwerking en facturering van de toegang voor gebruikers van het netwerk van verzoekster tot intelligente diensten onder de nummers 0800, 0801 en 0804 (niet-geografische nummers) via het netwerk van belanghebbende.

Prejudiciële vragen

1. Moet 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) (PB L 108, blz. 51), in de oorspronkelijke versie, aldus worden uitgelegd dat de toegang tot niet-geografische nummers niet enkel gewaarborgd moet worden voor eindgebruikers uit andere lidstaten, maar ook voor eindgebruikers uit de lidstaat van de exploitant van een openbaar communicatienetwerk, met als gevolg dat de toetsing van de nakoming van deze verplichting door de nationale regelgevende instantie [**Or. 2**] is onderworpen aan de vereisten die voortvloeien uit de beginselen van de doeltreffendheid van het Unierecht en Unierechtconforme uitlegging van het nationale recht?

2. Ingeval vraag 1 bevestigend wordt beantwoord: moet artikel 28 van richtlijn 2002/22 juncto artikel 16 van het Handvest van de grondrechten aldus worden uitgelegd dat voor de nakoming van de in de eerste bepaling bedoelde verplichting de procedure kan worden toegepast die in artikel 5, lid 1, 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) (PB L 108, blz. 7) voor de nationale regelgevende instanties is neergelegd?

3. Moet artikel 8, lid 3, van richtlijn 2002/19 juncto artikel 28 van richtlijn 2002/22 en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten, of artikel 8, lid 3, van richtlijn 2002/19 junctis artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten aldus worden uitgelegd dat de nationale regelgevende instantie, om ervoor te zorgen dat eindgebruikers van een nationale exploitant van een openbaar communicatienetwerk toegang hebben tot diensten die onder niet-geografische nummers in het netwerk van een andere nationale exploitant worden verricht, de grondslagen voor de facturering van de gespreksopbouw tussen de exploitanten kan regelen door aan te knopen bij de tarieven voor de gespreksafgifte voor een van de exploitanten die op basis van artikel 13 van richtlijn 2002/19 georiënteerd zijn op de kosten, in een situatie waarin de exploitant heeft voorgesteld dit tarief toe te passen in de loop van de overeenkomstig artikel 4 van richtlijn 2002/19 gevoerde verplichte, maar vruchteloos gebleven onderhandelingen?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

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), artikel 28

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), artikelen 4, lid 1, 5, lid 1, 8, lid 3, 12 en 13

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, artikelen 16, 38, 51, lid 1, en 52, lid 4

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. 2004, nr. 171, Pos. 1800) (Poolse telecommunicatiewet van 16 juli 2004; hierna: „PT”) in de ten tijde van het besluit geldende versie, artikelen 27, lid 2, 28, lid 1, en 79, lid 1.

Korte uiteenzetting van de feiten en procedure in het hoofdgeding

- 1 Bij besluit van 6 mei 2009 heeft de Prezes Urzędu de voorwaarden voor de samenwerking en de grondslagen voor de facturering van de diensten vastgesteld waardoor gebruikers van het netwerk van Polkomtel S.A. toegang hebben tot intelligente netwerkdiensten die onder de nummers 0800, 0801 en 0804 (niet-geografische nummers) in het netwerk van Telekomunikacja Polska S.A. worden verricht. In het besluit heeft de Prezes Urzędu de wederzijdse verplichtingen van de partijen, de technische voorwaarden voor de uitvoering van het besluit, de herstelprocedure en de grondslagen voor de facturering voor verrichte diensten vastgesteld. Inzonderheid heeft de Prezes Urzędu het tarief per minuut vastgesteld dat belanghebbende aan verzoekster vergoedt voor verbindingen uit het netwerk van Polkomtel S.A. in het netwerk van TP S.A. onder de nummers van de 0800-diensten in het netwerk van TP S.A. op een bedrag dat in symmetrische verhouding staat tot het MTR-tarief (mobile termination rate) dat verzoekster verplicht is toe te passen bij de facturering van gespreksafgifte in haar eigen netwerk. De tarieven per minuut ten gunste van verzoekster voor verbindingen uit het netwerk van verzoekster in het netwerk van belanghebbende met de nummers 0801 en 0804 heeft de Prezes Urzędu vastgesteld op 50 % van het MTR-tarief.
- 2 Het besluit van de Prezes Urzędu is vastgesteld krachtens artikel 28, lid 1, PT nadat de onderhandelingen tussen Polkomtel S.A. en TP S.A. over een overeenkomst betreffende bovengenoemde diensten op niets waren uitgelopen. In de motivering van dit besluit beriep de Prezes Urzędu zich op de verplichting die krachtens **[Or. 8]** artikel 79, lid 1, PT op verzoekster drukt en wees hij erop dat het onderliggende geschil dat een overeenkomst in de weg stond, vooral om de facturering van de gespreksopbouw uit het mobiele netwerk van verzoekster ging. De Prezes Urzędu stelde zich op het standpunt dat in geval van gespreksopbouw dezelfde netwerkmiddelen worden ingezet als in geval van gespreksafgifte. Het tarief voor gespreksafgifte is vastgesteld bij een MTR-besluit. De Prezes Urzędu heeft dus voor de gespreksopbouw uit het netwerk van verzoekster naar het netwerk van belanghebbende hetzelfde tarief vastgesteld als voor de gespreksafgifte in het netwerk van verzoekster.

- 3 Verzoekster heeft tegen het besluit van de Prezes Urzędu beroep ingesteld.
- 4 De Sąd Okręgowy heeft het beroep bij arrest van 15 maart 2012 verworpen. De Sąd Okręgowy wees erop dat oproepen naar niet-geografische nummers in het netwerk van TP [Or. 9] S.A. (080x) uit het netwerk van Polkomtel S.A. niet bediend worden omdat de twee ondernemingen hoofdzakelijk vanwege een meningsverschil over de grondslagen voor de facturering van de verbindingen niet tot overeenstemming zijn gekomen. De 080x-nummers voor intelligente netwerkdiensten in het netwerk van belanghebbende zijn zonder twijfel niet-geografische nummers, dus is verzoekster – krachtens artikel 79 PT – verplicht ervoor te zorgen dat haar abonnees verbinding kunnen krijgen met deze nummers. Artikel 79 PT bevat geen uitdrukkelijke met de verplichting van de telecommunicatieondernemingen corresponderende bevoegdheid voor de Prezes Urzędu om deze verplichting te handhaven. Bij artikel 79 PT wordt echter artikel 28 van richtlijn 2002/22 omgezet. De Sąd Okręgowy wees erop dat artikel 28 van richtlijn 2002/22 gewijzigd is. Deze wijziging onderstreept dat tegenover de verplichting voor de exploitanten van openbare netwerken een bevoegdheid voor de regelgevende instantie staat om alle nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat eindgebruikers toegang hebben tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers. Een dergelijke maatregel is de vaststelling door de regelgevende instantie van een besluit dat in de plaats treedt van een overeenkomst over de voorwaarden voor toegang tot niet-geografische nummers wanneer de onderhandelingen tussen de exploitanten niet leiden tot nakoming van de opgelegde verplichting.
- 5 De Sąd Okręgowy overwoog dat de in de richtlijnen van 2002 toegewezen regelgevende bevoegdheden van de nationale regelgevende instanties berusten op het beginsel regelgevingsverplichtingen op te leggen aan ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht. Een en ander kan echter niet gelden voor situaties waarin een concrete verplichting wordt opgelegd aan elke exploitant, ongeacht zijn marktpositie. De verplichting van artikel 79, lid 1, PT, waarbij artikel 28 van richtlijn 2002/22 is omgezet, is een dergelijke verplichting. Om ervoor te zorgen dat deze verplichting uitvoerbaar is, moeten de voorschriften over de zogenoemde arbitrageprocedure voor de Prezes Urzędu in het kader van een teleologische uitlegging analoog worden toegepast. Deze procedure is ingevoerd op de grondslag van voorschriften waarbij artikel 5 van richtlijn 2002/19 is omgezet. Deze bepaling machtigt de lidstaten aan de nationale regelgevende instanties de bevoegdheid toe te kennen, verplichtingen op te leggen aan ondernemingen die de toegang voor eindgebruikers controleren. Richtlijn 2002/19, inzonderheid artikel 5 ervan, is omgezet bij artikel 28 PT, [Or. 10] waarin de Prezes Urzędu het recht wordt toegekend besluiten vast te stellen betreffende de toegang tot telecommunicatiediensten.
- 6 Met betrekking tot de grondslagen van de facturering tussen de partijen heeft de Sąd Okręgowy verklaard dat aanknopende bij het MTR-tarief doelmatig was. Dit factureringsmodel is door verzoekster tijdens de onderhandelingen met

belanghebbende voorgesteld, zodat een tarief dat symmetrisch is met het MTR-tarief verzoekster in het licht van de algemene levenservaring en universeel bekende economische beginselen zou moeten garanderen dat het aanbieden van verbindingen met 080x-nummers rendabel is. Derhalve is de bewering dat dit tarief vanuit het oogpunt van de rentabiliteit adequaat is in verhouding tot de kosten voor de gespreksopbouw in het netwerk van verzoekster, logisch en gerechtvaardigd.

- 7 Polkomtel S.A. stelde hogere voorziening in tegen het vonnis van de rechter van eerste aanleg, die de Sąd Apelacyjny w Warszawie bij vonnis van 25 januari 2013 heeft afgewezen.
- 8 De rechter van tweede aanleg ging ervan uit dat de vraag of de Prezes Urzędu het recht had het onderhavige besluit vast te stellen, hoewel de voorschriften van de Prawo telekomunikacyjnej niet uitdrukkelijk in deze bevoegdheid voorzien, van beslissend belang is. Het bestreden besluit scheidt een rechtsverhouding dat deel is van de overeenkomst over de verbinding tussen de netwerken van verzoekster en belanghebbende voor de nummers 0800, 0801 en 0804. Volgens de omschrijving in de Prawo telekomunikacyjnej en richtlijn 2002/19 is verzoekster gehouden te onderhandelen over een toegangsovereenkomst over interconnectie van netwerken. Volgens de Sąd Apelacyjny volgt uit het bestaan van een wettelijke verplichting om onderhandelingen te voeren dat de Prezes Urzędu bij uitblijven of op niets uitlopen van de onderhandelingen bevoegd is een administratief besluit vast te stellen. Deze bevoegdheid bestaat ongeacht of een exploitant is aangemerkt als een exploitant met aanmerkelijke marktmacht en hem regelgevingsverplichtingen zijn opgelegd.
- 9 De Sąd Apelacyjny onderschreef de Unierechtconforme uitlegging van de voorschriften van de Prawo telekomunikacyjnej door de rechter van eerste aanleg. De inhoud van de artikelen 8, lid 3, tweede streepje, 12 en 13 van richtlijn 2002/19 en de artikelen 27, 28 en 30 van richtlijn 2002/22 wijst erop dat deze bepalingen de mogelijkheid boden om exploitanten bepaalde verplichtingen op te leggen, ongeacht hun marktpositie. Volgens de Sąd Apelacyjny vloeit uit artikel 28 van richtlijn **[Or. 11]** 2002/22 juncto de artikelen 4, lid 1, en 8, lid 3, van richtlijn 2002/19 voort dat nationale regelgevende instanties een exploitant in omstandigheden als in de onderhavige zaak bepaalde verplichtingen kunnen opleggen, ongeacht of de exploitant is aangemerkt als exploitant met een aanmerkelijke marktmacht. Artikel 28 van richtlijn 2002/22 is omgezet bij artikel 79 PT, dat een van de rechtsgrondslagen vormt die de Prezes Urzędu bij het bestreden besluit in aanmerking heeft genomen.
- 10 Op het punt van de koppeling van de tarieven voor de opbouw van een verbinding met niet-geografische nummers aan het voor verzoekster geldende MTR-tarief nam de rechter van tweede aanleg aan, dat de vaststelling van de hoogte van het tarief in overeenstemming met het tarief voor de gespreksafgifte gerechtvaardigd is omdat gebruik wordt gemaakt van dezelfde netwerkmiddelen die dezelfde

kosten meebrengen. Verzoekster heeft geen enkel bewijs aangevoerd ter onderbouwing van de tegengestelde stelling. De Prezes Urzędu heeft daarentegen gedetailleerd uiteengezet door welke overwegingen hij zich bij de keuze van het in het besluit neergelegde factureringsmodel heeft laten leiden. Bovendien is de in de onderhavige zaak aanvaarde factureringswijze in overeenstemming met de factureringsgrondslagen tussen verzoekster en een andere exploitant en komt zij overeen met een voorstel dat verzoekster belanghebbende tijdens de onderhandelingen heeft gedaan.

- 11 Verzoekster heeft beroep in cassatie tegen het arrest van de Sąd Apelacyjny ingesteld.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 12 Aangaande het middel van verzoekster betreffende het ontbreken van grondslagen voor de beslechting van het geschil in de nationale bepalingen waarbij artikel 4, lid 1, van richtlijn 2002/19 is omgezet, wees de Prezes Urzędu erop dat uit deze bepaling voortvloeit dat de onderhandelingsplicht geldt voor alle exploitanten van openbare netwerken, echter enkel met betrekking tot interconnectie. De tegenhanger van interconnectie in de Prawo telekomunikacyjnej is het begrip verbinding van netwerken. De in de omschrijving van interconnectie opgenomen zinsnede „toegang tot diensten die door een andere telecommunicatieonderneming worden aangeboden” omvat het voorwerp van het besluit van de Prezes Urzędu, namelijk toegang tot informatiediensten. Dankzij het besluit van de Prezes Urzędu hebben abonnees van verzoekster toegang tot diensten die door een andere onderneming worden aangeboden. De Prezes Urzędu heeft benadrukt dat hij het besluit in de onderhavige zaak kon vaststellen omdat het betrekking heeft op de verbinding van netwerken en uit richtlijn 2002/19 de verplichting voortvloeit om over interconnectie te onderhandelen. Mochten de onderhandelingen op niets uitlopen, dan is de Prezes Urzędu bevoegd krachtens de bepalingen waarbij artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 is omgezet, een besluit vast te stellen. Volgens de Prezes Urzędu faalde het betoog van verzoekster dat krachtens artikel 28 PT vastgestelde besluiten niet onmiddellijk kunnen worden gebaseerd op de verplichting die krachtens artikel 79, lid 1, PT op verzoekster rust, omdat de Prezes Urzędu volgens artikel 28, lid 1, punt 2, PT bij de beslechting van een geschil de verplichtingen in aanmerking moet nemen die aan telecommunicatieondernemingen zijn opgelegd, waaronder de verplichting uit artikel 79, lid 1, PT.
- 13 In haar beroep in cassatie heeft verzoekster verzocht, het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de uitlegging van artikel 8, lid 3, tweede streepje juncto de artikelen 4, lid 1, 5, lid 1, eerste volzin, 8, leden 1 en 2, 12, lid 1, sub g en i, en 13, lid 1, van richtlijn 2002/19 en artikel 28 van richtlijn 2002/22, om licht te werpen op de vraag of de aangehaalde bepalingen van Unierecht toestaan dat de nationale regelgevende instantie een

besluit vaststelt waarbij een geschil over de verrichting van diensten van toegang tot niet-geografische nummers wordt beslecht, zonder dat de betrokken exploitant tevoren regelgevingsverplichtingen hoeven te worden opgelegd die toegang garanderen bij de verbinding van netwerken met het oog op de verrichting van **[Or. 12]** gespreksopbouwdiensten die noodzakelijk zijn voor oproepen naar niet-geografische nummers in het netwerk van verzoekster (artikel 12 van richtlijn 2002/19) en de methode voor de facturering van de tarieven voor die verbindingen regelen (artikel 13 van richtlijn 2002/19), en op de vraag of het toelaatbaar is dat een geschil tussen exploitanten wordt beslecht door nationale regelgevende instanties op de grondslag van de artikelen 26a en 27, lid 2, PT, waarbij de artikelen 4, lid 1, en 5, leden 1 en 4, van richtlijn 2002/19 volgens verzoekster onjuist zijn omgezet.

Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing

- 14 Alvorens kan worden beslist over de gegrondheid van het beroep in cassatie van Polkomtel S.A. moeten de bovengenoemde vragen over de uitlegging van het Unierecht worden beantwoord.
- 15 De eerste prejudiciële vraag betreft de verplichting het nationale recht conform het Unierecht uit te leggen in omstandigheden als in de onderhavige zaak. De twijfels van de Sąd Najwyższy betreffen hierbij het regelgevingsbereik van het Unierecht.
- 16 De Sąd Najwyższy wijst erop dat de beslissing van de Sąd Apelacyjny die met het beroep in cassatie wordt bestreden, steunt op een Unierechtconforme uitlegging van de Prawo telekomunikacyjne. Zoals voortvloeit uit de motivering van de uitspraak van de rechter van tweede aanleg, strekt deze uitlegging tot verwezenlijking van het doel van de oorspronkelijke versie van artikel 28 van richtlijn 2002/22. De Sąd Najwyższy beschouwt de uitlegging van de bepalingen van Pools recht door de rechter van tweede aanleg als voorbeeldig vanuit oogpunt van de Unierechtconforme uitlegging en de waarborg van de doeltreffendheid van het Unierecht in de nationale rechtsorde. De twijfels van de Sąd Najwyższy worden gewekt door de kwestie of in de omstandigheden van het onderhavige geval kan worden gesproken van een plicht tot Unierechtconforme uitlegging van de bepalingen van de Prawo telekomunikacyjne met het oog op de verwezenlijking van de in de oorspronkelijke versie van artikel 28 van richtlijn 2002/22 genoemde verplichting.
- 17 Uit de rechtspraak van het Hof vloeit voor de Sąd Najwyższy voort dat de nationale rechterlijke instanties verplicht zijn het nationale recht Unierechtconform uit te leggen wanneer de door de nationale rechter toegepaste bepalingen van nationaal recht onder het regelgevingsbereik van het Unierecht vallen (arrest **[Or. 13]** Angelidaki e.a., C-378/07–C-380/07, EU:C:2009:250, punt 197). Ook de voorschriften van het Handvest van de grondrechten zijn

uitsluitend tot de lidstaten gericht wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen (arrest *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, C-56/13, EU:C:2014:352, punt 54). In de onderhavige zaak is de temporele en materiële werkingssfeer van het recht van de Europese Unie van belang.

- 18 De temporele werkingssfeer van het Unierecht is van belang vanwege de wijzigingen van richtlijn 2002/22 die in de periode tussen de vaststelling van het besluit van de Prezes Urzędu en de uitspraak van de Sąd Apelacyjny hebben plaatsgevonden. Het besluit van de Prezes Urzędu is vastgesteld vóór de inwerkingtreding van de gewijzigde richtlijn 2002/22 en vóór het verstrijken van de termijn voor de omzetting van de gewijzigde richtlijn in het nationale recht. Volgens de rechtspraak van het Hof „geldt in geval van te late omzetting van een richtlijn in nationaal recht voor de nationale rechter pas vanaf het verstrijken van de omzettingstermijn de algemene verplichting om het interne recht richtlijnconform uit te leggen” (arrest *Angelidaki e.a.*, EU:C:2009:250, punt 201). Derhalve vindt het beginsel van rechtstreekse werking van het Unierecht volgens de Sąd Najwyższy in de onderhavige zaak geen toepassing op de manier waarop het onder meer in het arrest *Pokrzepowicz-Meyer*, C-162/00, EU:C:2002:57, wordt opgevat. Indien dientengevolge wordt aangenomen dat in de onderhavige zaak artikel 28 van richtlijn 2002/22 in de oorspronkelijke versie van toepassing is, rijzen twijfels over de materiële werkingssfeer van deze bepaling in samenhang met de verwezenlijking van de in artikel 79, lid 1, PT genoemde verplichting en de verplichting van Unierechtconforme uitlegging van het nationale recht in de onderhavige zaak.
- 19 Artikel 28 van richtlijn 2002/22 in de oorspronkelijke versie (die volgens de Sąd Najwyższy gezien de beginselen voor de temporele werkingssfeer van het Unierecht relevant is) betrof enkel de waarborg van toegang tot niet-geografische nummers voor eindgebruikers uit andere lidstaten. In de oorspronkelijke versie schreef artikel 28 van richtlijn 2002/22 de lidstaten niet voor, ervoor te zorgen dat eindgebruikers **[Or. 14]** uit dezelfde lidstaat toegang hadden tot niet-geografische nummers. Volgens de bewoordingen van artikel 28 van richtlijn 2002/22 in de oorspronkelijke versie is volgens de Sąd Najwyższy in zaken als de onderhavige geen sprake van een verplichting van Unieconforme uitlegging van bepalingen van nationaal recht. Het besluit van de Prezes Urzędu in de onderhavige zaak strekt er niet toe, ervoor te zorgen dat eindgebruikers uit andere lidstaten toegang hebben tot niet-geografische nummers. Pas in de nieuwe versie van artikel 28 van richtlijn 2002/22 is de nationale regelgevende instantie bevoegd alle nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat eindgebruikers toegang hebben tot en gebruik kunnen maken van diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers.
- 20 Naar het oordeel van de Sąd Najwyższy is het tegen de achtergrond van de temporele werkingssfeer van het Unierecht in de omstandigheden van de onderhavige zaak op het eerste gezicht niet noodzakelijk de bepalingen van de Prawo telekomunikacyjne Unierechtconform uit te leggen om de in de

oorspronkelijke versie van artikel 28 van richtlijn 2002/22 genoemde verplichting na te komen, tenzij het Hof aanneemt dat de oorspronkelijke versie van artikel 28 van richtlijn 2002/22 aldus moet worden uitgelegd dat de daaruit voortvloeiende verplichting wordt nagekomen door elk besluit van een nationale regelgevende instantie dat wat inhoud betreft eindgebruikers uit andere lidstaten omvat, ook al is het middellijk en potentieel, die tijdens hun verblijf in Polen gebruikmaken van gespreksopbouwdiensten in het netwerk van een exploitant als verzoekster op grond van roamingovereenkomsten gesloten door de exploitant van hun thuisnetwerk (deze kwestie heeft betrekking op een van de prejudiciële vragen van de Sąd Najwyższy in zaak C-3/14, Polska Telefonia Cyfrowa). Pas in de nieuwe versie komt artikel 28 van richtlijn 2002/22 overeen met artikel 79 Prawo telekomunikacyjne (met betrekking tot de verplichting die in deze vraag aan de orde is).

- 21 Mocht de eerste vraag bevestigend worden beantwoord, dan is volgens de Sąd Najwyższy een antwoord van het Hof op de tweede vraag nodig, die betrekking heeft op de mogelijkheid om artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 toe te passen voor de nakoming van de in artikel 28 van richtlijn 2002/22 genoemde verplichting.
- 22 Bij het besluit in de onderhavige zaak heeft de Prezes Urzędu de voorwaarden voor de samenwerking en de grondslagen voor de facturering in het kader van de verlening van toegang aan de gebruikers van het netwerk van verzoekster tot de via het netwerk van TP S.A. verstrekte **[Or. 15]** intelligente netwerkdiensten vastgesteld. Dit besluit betreft dus netwerkverbindingen. Het besluit is vastgesteld om ervoor te zorgen dat eindgebruikers van het netwerk van verzoekster toegang hebben tot diensten die door andere exploitanten in het netwerk van TP S.A. worden aangeboden. Naar het oordeel van de Sąd Najwyższy regelt het besluit van de Prezes Urzędu „interconnectie” in de zin van artikel 2, sub b, van richtlijn 2002/19. Bij de tweede prejudiciële vraag heeft de Sąd Najwyższy in overweging genomen dat voor de beslechting van de onderhavige zaak niet artikel 4 van richtlijn 2002/19 van belang is – dat betrekking heeft op de verplichting te onderhandelen voor een bepaalde categorie telecommunicatieondernemingen (exploitanten van openbare communicatienetwerken) – maar artikel 5 van richtlijn 2002/19, dat betrekking heeft op de arbitrageprocedure voor de Prezes Urzędu.
- 23 Artikel 5, lid 4, van richtlijn 2002/19 legt de lidstaten de verplichting op ervoor te zorgen dat de nationale regelgevende instantie bij gebreke van overeenstemming tussen ondernemingen de bevoegdheid heeft op eigen initiatief of op verzoek in te grijpen om interconnectie te waarborgen. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 verplicht de nationale regelgevende instanties daarentegen maatregelen van uiteenlopende aard te nemen om interconnectie te waarborgen. Volgens de Sąd Najwyższy is de opsomming in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 van de maatregelen die de nationale regelgevende instantie kan nemen, niet limitatief. Deze maatregelen kunnen de nationale regelgevende instanties nemen „waar

nodig”. Naar het oordeel van de Sąd Najwyższy is zulks „nodig” indien overeenstemming tussen ondernemingen ontbreekt.

- 24 Het lijkt geen twijfel dat maatregelen in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 genomen kunnen worden jegens ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht, maar ook jegens andere ondernemingen (artikel 5, lid 1, tweede volzin). Derhalve kan een nationale regelgevende instantie volgens de Sąd Najwyższy een onderneming die niet is aangemerkt als een onderneming met aanmerkelijke marktmacht op de markt van de gespreksopbouw uit haar netwerk, verplichtingen opleggen krachtens de nationale bepalingen waarbij artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 is omgezet.
- 25 Volgens de Sąd Najwyższy zou het Hof van Justitie een ruime uitlegging van het begrip „interconnectie” moeten overwegen. Deze uitlegging moet erop gericht zijn de werkingssfeer van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 niet louter te beperken tot de gevallen waarin de netwerken van twee ondernemingen in het geheel niet **[Or. 16]** met elkaar verbonden worden, zodat eindgebruikers van een netwerk geen verbinding kunnen maken met de eindgebruikers van het andere netwerk. Naar het oordeel van de Sąd Najwyższy is het noodzakelijk artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 vanwege de in artikel 8 van richtlijn 2002/19 genoemde doelstellingen aldus uit te leggen dat nationale regelgevende instanties krachtens deze bepaling ook dan kunnen ingrijpen wanneer de netwerken van twee exploitanten al met elkaar verbonden zijn maar de „interconnectie” bij gebreke van overeenstemming tussen de exploitanten niet de diensten omvat waartoe eindgebruikers een gewaarborgde toegang hebben. In de omstandigheden van de onderhavige zaak betekent dat dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 aldus moet worden uitgelegd dat de nationale regelgevende instantie in geval de in artikel 28 van richtlijn 2002/22 genoemde verplichting moet worden gehandhaafd, een besluit kan vaststellen dat in de plaats treedt van een overeenkomst tussen de ondernemingen.
- 26 De twijfels van de Sąd Najwyższy over de uitlegging van de in de tweede prejudiciële vraag genoemde bepalingen van Unierecht vloeien tevens voort uit de noodzaak bij de uitlegging van de richtlijnen waarin het telecommunicatierecht van de Unie is neergelegd, rekening te houden met de het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap dat in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten is neergelegd. Bij de uitlegging van een richtlijn moet dat grondrecht in de overweging worden betrokken (arrest *Alemo-Herron e.a.*, C-426/11, EU:C:2013:521, punt 31). Ook bij de Unierechtconforme uitlegging van het nationale recht moet rekening worden gehouden met het grote belang van de grondrechten in het Handvest die voor de beslechting van het geschil relevant zijn (arrest *ZZ*, C-300/11, EU:C:2013:363, punt 51). Een beroep op artikel 16 van het Handvest is bovendien gerechtvaardigd vanwege de middelen van het beroep in cassatie van verzoekster. Verzoekster heeft namelijk aangevoerd dat nationale grondwettelijke bepalingen betreffende de vrijheid van ondernemerschap waren geschonden. In geval van een bevestigend antwoord van het Hof van Justitie op de

eerste prejudiciële vraag moet naar het oordeel van de Sąd Najwyższy artikel 16 van het Handvest juncto artikel 51, lid 1, ervan bij de uitlegging van artikel 5 van richtlijn 2002/19 worden toegepast. De vrijheid van ondernemerschap van artikel 16 van het Handvest behoort namelijk tot de grondrechten die voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, zodat deze bepaling in overeenstemming met die tradities moet worden uitgelegd (artikel 52, lid 4, van het Handvest).

- 27 **[Or. 17]** Artikel 16 van het Handvest wordt gezien als een van de bepalingen die de grondslagen van het economisch stelsel van de Europese Unie vormen. In zijn rechtspraak heeft het Hof erop gewezen dat de bewoordingen van artikel 16 van het Handvest zich onderscheiden van die van de andere fundamentele vrijheden in titel II daarvan. Het recht van artikel 16 van het Handvest omvat de vrijheid om een economische activiteit of een handelsactiviteit uit te oefenen, de contractsvrijheid en de vrije mededinging (arresten *Schaible*, C-101/12, EU:C:2013:661, punt 25; *Alemo-Herron e.a.*, EU:C:2013:521, punt 32, en *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, punt 42). Het Hof wees erop dat de „vrijheid van ondernemerschap [...] met name het recht [omvat] voor elke onderneming om, binnen de grenzen van de aansprakelijkheid voor eigen handelingen, vrij te beschikken over de haar ter beschikking staande economische, technische en financiële middelen” (arrest *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, punt 49).
- 28 De Sąd Najwyższy is zich ervan bewust dat het Hof in zijn rechtspraak tot nog toe de inhoud van de vrijheid van ondernemerschap niet nader heeft bepaald en de onschendbare kern ervan niet heeft omschreven, zoals de nationale grondwetten voor sommige grondrechten doen. De formulering van artikel 16 van het Handvest leidt ertoe dat door de overheid op een groot aantal wijzen in de vrijheid van ondernemerschap kan worden ingegrepen. Met dit overheidsingrijpen kunnen, in het algemeen belang, beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit worden gesteld (zie arresten *Sky Österreich*, EU:C:2013:28, punt 46, en *Schaible*, EU:C:2013:661, punt 28). De vrijheid van ondernemerschap heeft voor het Hof echter geen absolute gelding, maar moet in relatie tot haar maatschappelijke functie worden beschouwd (arrest *Sky Österreich*, EU:C:2013:28, punt 45). Volgens de rechtspraak van het Hof zijn beperkingen van de grondrechten slechts toelaatbaar indien zij 1) bij wet zijn **[Or. 18]** gesteld; 2) de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen; 3) het evenredigheidsbeginsel in acht nemen, dat wil zeggen noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (arrest *Pfleger e.a.*, C-390/12, EU:C:2014:281, punt 58). Het evenredigheidsbeginsel vereist dat zij niet verder gaan dan wat geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen en die maatregel wordt gekozen die de minste belasting met zich brengt (arrest *Schaible*, EU:C:2013:661, punt 29). In de onderhavige zaak gaat het dus om het verstrekken van richtsnoeren voor het aangeven van de grenzen aan de bevoegdheden van de

nationale regelgevende instanties om de inhoud van overeenkomsten tussen ondernemingen op de telecommunicatiemarkt vorm te geven.

- 29 De twijfels van de Sąd Najwyższy hebben betrekking op de praktische betekenis die artikel 16 van het Handvest bij de uitlegging en de toepassing van de bepalingen van het Unierecht op het gebied van de telecommunicatie moet worden gegeven. Deze twijfels berusten op de overwegingen in de motivering van het arrest *TeliaSonera Finland*, C-192/08, EU:C:2009:696. In dit arrest wordt artikel 16 van het Handvest of de vrijheid van ondernemerschap als algemeen beginsel van Unierecht weliswaar niet rechtstreeks genoemd, maar de rechtsoverwegingen van het Hof in dit arrest berusten op de in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2002/19 bedoelde vrijheid om te onderhandelen en overeenkomsten te sluiten en op de doelstellingen van richtlijn 2002/19 zoals die in de considerans tot uitdrukking komen (punt 39). Dientengevolge heeft het Hof aangenomen dat de in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2002/19 neergelegde verplichting om te onderhandelen een uitzondering is op het beginsel van de vrijheid van ondernemingen zonder aanmerkelijke marktmacht om overeenkomsten te sluiten, en restrictief moet worden uitgelegd. Derhalve zouden de bevoegdheden van de nationale regelgevende instanties in de artikelen 5 tot en met 8 van richtlijn 2002/19 overeenkomstig moeten worden uitgelegd. Het Hof heeft in het hierboven aangehaalde arrest weliswaar onderstreept dat artikel 5, lid 4, van richtlijn 2002/19 de nationale regelgevende instanties de mogelijkheid biedt bij gebreke van overeenstemming in te grijpen, maar de vraag of artikel 5 van richtlijn 2002/19 aldus kan worden uitgelegd dat een nationale regelgevende instantie bevoegd is een besluit vast te stellen dat in de plaats treedt van een overeenkomst tussen twee ondernemingen om ervoor te zorgen dat eindgebruikers van een **[Or. 19]** onderneming gebruik kunnen maken van diensten verricht onder niet-geografische nummers in het netwerk van een andere onderneming, is niet beantwoord (terwijl artikel 5, lid 1, tweede alinea, sub a, van richtlijn 2002/19 door het Hof aldus is uitgelegd dat een nationale regelgevende instantie enkel een verplichting tot interconnectie van netwerken kan opleggen om eind-tot-eindverbindingen te waarborgen, punt 59).
- 30 Daarnaast moet in aanmerking worden genomen dat de grondrechten in artikel 16 en artikel 38 van het Handvest in deze zaak kunnen botsen. Het Hof heeft zich op het standpunt gesteld dat, wanneer meerdere door de rechtsorde van de Unie beschermde rechten en fundamentele vrijheden aan de orde zijn, bij de beoordeling van de eventuele onevenredigheid van een ingreep in een grondrecht de vereisten inzake de bescherming van deze verschillende rechten en vrijheden met elkaar verzoend moeten worden en een juist evenwicht ertussen moet worden verzekerd (arrest *Sky Österreich*, EU:C:2013:28, punt 60). Wanneer meerdere grondrechten met elkaar in strijd zijn, moeten voorts „de lidstaten bij de omzetting van de richtlijn in nationaal recht ervoor [...] zorgen dat zij zich baseren op een uitlegging van de richtlijn die een juist evenwicht waarborgt tussen de toepasselijke en door de Unierechtsorde beschermde grondrechten” (arrest *UPC Telekabel Wien*, EU:C:2014:192, punt 46). Tegelijkertijd lijkt het Hof bijzonder

belang te hechten aan de bescherming van de belangen van consumenten, aangezien het erkent dat de verwezenlijking ervan (en ook van het grondrecht van artikel 38 van het Handvest) „voor sommige marktdeelnemers – zelfs aanzienlijke – negatieve economische gevolgen [kan] rechtvaardigen” (arrest McDonagh, C-12/11, EU:C:2013:43, punt 48).

- 31 Als de bovenstaande rechtsoverwegingen aan de uitlegging van de in de tweede prejudiciële vraag genoemde bepalingen van Unierecht ten grondslag worden gelegd, dan kan het besluit van de nationale regelgevende instantie dat in de plaats treedt van een overeenkomst tussen telecommunicatieondernemingen volgens de *Sąd Najwyższy* worden opgevat als een beperking van de vrijheid van ondernemerschap. De besluiten van de nationale regelgevende instanties die krachtens artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 worden vastgesteld, vormen een ingreep in de vrijheid van overeenkomst. Deze vrijheid is noch een zelfstandig algemeen beginsel van Unierecht noch een zelfstandig grondrecht dat door het Handvest wordt erkend, maar zij vormt wel één van de aspecten van de vrijheid van ondernemerschap. **[Or. 20]** Deze opvatting wordt door de rechtspraak van het Hof (arrest *Neu e.a.*, C-90/90 en C-91/90, EU:C:1991:303, punt 13) en de toelichting bij het Handvest eenduidig bevestigd.
- 32 Een beperking van de vrijheid van ondernemerschap die voortvloeit uit de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19, die een ingreep van de nationale regelgevende instantie met het oog op de verwezenlijking van de in artikel 28 van richtlijn 2002/22 genoemde verplichting toelaat, kan echter voldoen aan de in artikel 52, lid 1, van het Handvest genoemde voorwaarden. De beperking van de vrijheid van ondernemerschap dient het algemene doel van de bevordering van de keuzevrijheid voor consumenten en de verruiming van de mogelijkheid voor andere subjecten om een economische activiteit uit te oefenen (conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak *TeliaSonera Finland*, C-192/08, EU:C:2009:309, punt 88). Volgens de *Sąd Najwyższy* is de ingreep van de nationale regelgevende instantie op grond van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 in de vorm van een besluit dat in de plaats treedt van een overeenkomst tussen ondernemingen en waarin de voorwaarden worden vastgesteld voor het verrichten van de diensten en de grondslagen voor de facturering, ook evenredig indien de onderhandelingen tussen de ondernemingen op niets zijn uitgelopen omdat zij niet tot overeenstemming zijn gekomen over de facturering. Daarom vormt een dergelijk besluit van een nationale regelgevende instantie geen schending van het wezen van de vrijheid van ondernemerschap, voor zover het besluit van de nationale regelgevende instantie inhoudelijk berust op de voorstellen van de ondernemingen zelf in de loop van de onderhandelingen (waaraan de nationale regelgevende instantie zelf niet heeft deelgenomen) en deze voorstellen daarbij zoveel mogelijk in aanmerking zijn genomen, voor zover dit verenigbaar is met de noodzaak van bescherming van het grondrecht van artikel 38 van het Handvest en de verwezenlijking van de regelgevingsdoelstellingen.

- 33 De derde prejudiciële vraag behelst een verzoek om uitlegging van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2002/19. In deze bepaling wordt zowel artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 als artikel 28 van richtlijn 2002/22 genoemd. De derde vraag strekt tot beslechting van de door verzoekster opgeworpen twijfels over de omstandigheid dat een nationale regelgevende instantie aanknoopt bij het MTR-tarief voor een markt waarop een onderneming is aangemerkt als een onderneming met een aanmerkelijke marktmacht en verplicht is kostengeoriënteerde prijzen te hanteren, op een markt waarvan niet is onderzocht of een onderneming aanmerkelijke marktmacht bezit.
- 34 **[Or. 21]** Overeenkomstig artikel 8, lid 3, van richtlijn 2002/19 leggen de nationale regelgevende instanties de in de artikelen 9 tot en met 13 van richtlijn 2002/19 genoemde verplichtingen niet op aan exploitanten die niet zijn aangemerkt als exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht. Tegelijkertijd volgt uit artikel 8, lid 3, van richtlijn 2002/19 dat deze bepaling artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 en artikel 28 van richtlijn 2002/22 onverlet laat. Artikel 8, lid 3, van richtlijn 2002/19 kan derhalve op twee verschillende manieren worden uitgelegd. Enerzijds kan worden aangenomen dat deze bepaling uitsluit dat de in de artikelen 9 tot en met 13 van richtlijn 2002/19 genoemde verplichtingen worden opgelegd aan telecommunicatieondernemingen zonder aanmerkelijke marktmacht; anderzijds kan worden aangenomen dat deze bepaling de mogelijkheid biedt de in de artikelen 9 tot en met 13 van de richtlijn genoemde verplichtingen ook op te leggen aan ondernemingen zonder aanmerkelijke marktmacht, voor zover deze maatregel binnen het regelgevingsbereik van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/19 valt. Deze tweede uitlegging ligt volgens de Sąd Najwyższy in het licht van de verwezenlijking van de doelstellingen van richtlijn 2002/19 en richtlijn 2002/22 eerder voor de hand. Artikel 5, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2002/19 legt de nationale regelgevende instanties de verplichting op met het oog op de verwezenlijking van de in die bepaling genoemde doelen te zorgen voor passende toegang en interconnectie, alsook interoperabiliteit van diensten. Overeenkomstig artikel 5, lid 1, tweede volzin, van richtlijn 2002/19 kunnen de nationale regelgevende instanties, ongeacht of zij van doen hebben met ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht, met het oog op de verwezenlijking van de in de eerste volzin genoemde verplichtingen uiteenlopende verplichtingen opleggen, die niet uitputtend worden opgesomd („in het bijzonder”).
- 35 De twijfels over de uitlegging van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2002/19 hebben betrekking op de betekenis die moet worden gegeven aan het woord „onverminderd”: betekent dat, dat nationale regelgevende instanties **[Or. 22]** ondernemingen zonder aanmerkelijke marktmacht alleen de verplichtingen mogen opleggen die voortvloeien uit het tweede streepje van lid 3, of kunnen zij deze ondernemingen ook de in de artikelen 8 tot en met 13 van richtlijn 2002/19 genoemde verplichtingen opleggen, voor zover dat noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de verplichtingen die voortvloeien uit de bepalingen waarnaar in de afzonderlijke streepjes van artikel 8, lid 3, wordt verwezen?

Volgens de Sąd Najwyższy ligt deze tweede uitlegging in het licht van de verwezenlijking van de doelstellingen van de unierichtlijn op telecommunicatiegebied meer voor de hand.

- 36 Een antwoord op de derde prejudiciële vraag is daarnaast vereist omdat nader moet worden bepaald wat de grenzen zijn van een ingreep van een nationale regelgevende instantie bij de vaststelling van prijzen in overeenkomsten tussen ondernemingen zonder aanmerkelijke marktmacht. Volgens de rechtspraak van het Hof behelst de vrijheid van ondernemerschap van artikel 16 van het Handvest namelijk niet enkel de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer, maar ook de vrijheid om de prijs voor dienstverrichtingen te bepalen (arrest Sky Österreich, EU:C:2013:28, punt 43).
- 37 Als artikel 8, lid 3, van richtlijn 2002/19 aldus wordt opgevat dat een nationale regelgevende instantie besluiten kan vaststellen waarin niet alleen de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer, maar ook de vrije prijsvorming wordt ingeperkt, dan wordt ingegrepen in de vrijheid van ondernemerschap. Deze interventie is gerechtvaardigd, analoog aan de bovenstaande overwegingen, door met name de consumentenbelangen, die door artikel 38 van het Handvest worden beschermd. Deze ingreep raakt niet het wezen van de vrijheid van ondernemerschap, aangezien bij de kostengeoriënteerde prijzen die een onderneming met aanmerkelijke marktmacht voor gespreksafgiftediensten in haar netwerk in rekening moet brengen, rekening wordt gehouden met een zeker minimaal rentabiliteitsniveau. De ingreep van een nationale regelgevende instantie lijkt ook te voldoen aan de overige vereisten van de evenredigheidstoets wanneer een besluit van een nationale regelgevende instantie waarin voor de grondslagen voor de facturering van gespreksopbouw wordt aangeknoopt bij het MTR-tarief voor een andere markt (gespreksafgifte), berust op voorstellen die de adressaat van het besluit in de loop van de onderhandelingen heeft gedaan, en het besluit bovendien is vastgesteld nadat de onderhandelingen op niets zijn uitgelopen omdat de partijen niet tot overeenstemming zijn gekomen over de facturering en daarbij modellen voor de oplossing van deze kwestie uit de telecommunicatiemarkt in aanmerking worden genomen.
- 38 Gelet op het bovenstaande is de Sąd Najwyższy van oordeel dat het verzoek aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing over de hierboven geformuleerde vragen gerechtvaardigd is.