CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. POIARES MADURO van 15 februari 2007 [1]

1. In het kader van de onderhavige prejudiciële verwijzing stelt het Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk) het Hof twee vragen over de uitlegging van de artikelen 4 en 16 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). [2]

I — Feiten, rechtskader en prejudiciële vragen

2. Tele2 UTA Telecommunication GmbH (hierna: „verzoekster" of „Tele2") is een Oostenrijkse onderneming die elektronische-communicatienetwerken en -diensten aanbiedt. Op 16 juli 2004 heeft zij verzocht om toekenning van de hoedanigheid van partij alsmede van het recht op inzage van de stukken in een marktanalyseprocedure die door de Telekom-Control-Kommission (hierna: „regelgevende instantie" of „TCK") werd verricht overeenkomstig § 37 van de telecommunicatiewet van 2003 (Telekommunikationsgesetz, BGBl. I nr. 70/2003; hierna: „TKG").

3. § 37 TKG, „Marktanalyseprocedure", bepaalt:

„1. De regelgevende instantie voert met inachtneming van de bepalingen van de Europese Gemeenschappen ambtshalve regelmatig, maar met een tussenpoos van ten hoogste twee jaar, een analyse uit van de relevante markten die zijn vastgesteld bij de in § 36, lid 1, bedoelde verordening. Deze procedure heeft tot doel om specifieke verplichtingen in te trekken, te handhaven, te wijzigen of op te leggen, nadat is vastgesteld of op de betrokken relevante markt één of meerdere ondernemingen aanzienlijke marktmacht hebben dan wel of er daadwerkelijke mededinging heerst.

2. Wanneer de regelgevende instantie tijdens deze procedure vaststelt dat op de relevante

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 — PB L 108, blz. 33 (hierna: „kaderrichtlijn").

markt één of meerdere ondernemingen aanzienlijke marktmacht hebben en er derhalve geen daadwerkelijke mededinging heerst, legt zij deze onderneming of ondernemingen passende specifieke verplichtingen op als bedoeld in §§ 38 tot en met 46 of § 47, lid 1. Reeds bestaande specifieke verplichtingen voor ondernemingen worden, voor zover zij de relevante markt betreffen, door de regelgevende instantie in overeenstemming met de resultaten van de procedure en met inachtneming van de reguleringsdoelstellingen gewijzigd of opnieuw opgelegd.

3. Wanneer de regelgevende instantie op grond van de procedure vaststelt dat op de relevante markt daadwerkelijke mededinging heerst en er derhalve geen onderneming met aanzienlijke marktmacht is, mag zij — onder voorbehoud van § 47, lid 2 — geen verplichtingen in de zin van lid 2 opleggen; in dit geval wordt de procedure met betrekking tot deze markt beëindigd bij een niet aan vormvoorschriften gebonden beschikking van de regelgevende instantie die wordt bekendgemaakt. Voor zover er voor ondernemingen op deze markt nog specifieke verplichtingen bestaan, worden deze bij beschikking ingetrokken. In deze beschikking wordt eveneens een passende termijn van niet langer dan zes maanden vastgesteld, waarna de opheffing van kracht wordt.

4. In het geval van transnationale markten die worden omschreven in een beschikking van de Europese Commissie, dragen de betrokken nationale regelgevende instanties samen zorg voor de uitvoering van de marktanalyse, waarbij rekening wordt gehouden met de richtsnoeren voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht, en stellen zij samen vast of een of meer ondernemingen aanzienlijke marktmacht hebben dan wel of er daadwerkelijke mededinging heerst. De leden 1, 2, 3 en 5 dienen overeenkomstig te worden toegepast.

5. In deze procedure heeft enkel de onderneming ten aanzien waarvan specifieke verplichtingen worden opgelegd, gewijzigd of ingetrokken de hoedanigheid van partij.

6. Gebruikers en exploitanten van communicatienetwerken of diensten zijn verplicht om in de in § 90 vastgelegde mate mee te werken aan de procedure van § 36 en § 37.

7. De regelgevende instantie moet de krachtens de leden 2 tot en met 4 genomen beschikkingen bekendmaken en de Europese Commissie een kopie ervan doen toekomen.

[…]”

4. § 37 TKG, betreffende de marktanalyseprocedure, vormt de omzetting van artikel 16 van de kaderrichtlijn, dat dezelfde titel, „Marktanalyseprocedure", draagt en luidt als volgt:

„1. Zo spoedig mogelijk na de aanneming van de aanbeveling of een bijwerking daarvan voeren de nationale regelgevende instanties, zoveel mogelijk met inachtneming van de richtsnoeren een analyse van de relevante markten uit. De lidstaten zorgen ervoor dat deze analyse, in voorkomend geval, in samenwerking met de nationale mededingingsinstanties wordt uitgevoerd.

2. Wanneer een nationale regelgevende instantie krachtens de artikelen 16, 17, 18 of 19 van richtlijn 2002/22/EG (universeledienstrichtlijn), of de artikelen 7 of 8 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) [3] [hierna: „toegangsrichtlijn"] moet bepalen of ten aanzien van ondernemingen verplichtingen moeten worden opgelegd, gehandhaafd, gewijzigd of ingetrokken, bepaalt zij overeenkomstig de richtsnoeren op basis van haar analyse volgens lid 1 van dit artikel of een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is.

3. Wanneer een nationale regelgevende instantie concludeert dat de markt daadwerkelijk concurrerend is, mag zij niet een van de specifieke wettelijke verplichtingen als beschreven in lid 2 opleggen of handhaven. Wanneer er reeds sectorspecifieke verplichtingen bestaan, trekt zij die verplichtingen van ondernemingen op die relevante markt in. Partijen die gevolgen ondervinden van het intrekken van die verplichtingen worden tijdig in kennis gesteld.

4. Wanneer een nationale regelgevende instantie vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat zij na welke ondernemingen op die markt een aanmerkelijke marktmacht in de zin van artikel 14 hebben en legt zij de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen op als beschreven in lid 2 of handhaaft zij deze verplichtingen wanneer zij reeds bestaan.

5. In het geval van transnationale markten die worden omschreven in de beschikking als bedoeld in artikel 15, lid 4, dragen de betrokken nationale regelgevende instanties samen zorg voor de uitvoering van de marktanalyse, waarbij zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met de richtsnoeren, en spreken zij zich op gecoördineerde wijze uit over het opleggen, handhaven, wijzigen of opheffen van wettelijke verplichtingen als bedoeld in lid 2 van dit artikel.

3 — PB L 108, blz. 7.

6. Voor de in de leden 3, 4 en 5 genoemde maatregelen gelden de procedures van de artikelen 6 en 7."

De lidstaten dragen er zorg voor dat de feiten van de zaak op afdoende wijze in aanmerking worden genomen en dat er een doeltreffend mechanisme voor het instellen van beroep aanwezig is. Hangende de uitspraak van een dergelijk beroep blijft het besluit van de nationale regelgevende instantie van kracht, tenzij de beroepsinstantie anders beslist."

5. Bij beslissing van 6 september 2004 heeft de regelgevende instantie het verzoek van Tele2 om toekenning van de hoedanigheid van partij in de marktanalyseprocedure afgewezen op grond dat volgens § 37, lid 5, TKG enkel ondernemingen ten aanzien waarvan specifieke verplichtingen zijn opgelegd, gewijzigd of ingetrokken, met uitsluiting van alle andere ondernemingen, partij kunnen zijn in marktanalyseprocedures. Verzoekster bevindt zich juist niet in dit geval.

7. Volgens verzoekster vormt de beslissing van TCK in het kader van de marktanalyseprocedure een beslissing in de zin van de kaderrichtlijn waardoor niet alleen de concrete onderneming ten aanzien waarvan specifieke wettelijke verplichtingen zijn opgelegd, gewijzigd of ingetrokken, maar ook de concurrenten daarvan worden „getroffen". Het resultaat van deze marktanalyse heeft immers een rechtstreekse invloed op de rechten die een concurrent van de onderneming met een machtspositie tegen deze laatste geldend kan maken.

6. Verzoekster heeft bij het Verwaltungsgerichtshof beroep ingesteld tegen deze beslissing, op grond dat de nationale bepaling van § 37, lid 5, TKG in strijd zou zijn met artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn, dat voorziet in een „recht van beroep". Volgens deze bepaling „[zorgen] [d]e lidstaten […] ervoor dat er op nationaal niveau doeltreffende regelingen voorhanden zijn krachtens welke iedere gebruiker of onderneming die elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt, die door een beslissing van een nationale regelgevende instantie is getroffen, het recht heeft om tegen die beslissing beroep in te stellen bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen. Dit lichaam, bijvoorbeeld een rechtbank, dient de nodige deskundigheid te bezitten om zijn taken te kunnen uitoefenen.

8. Verweerster is van mening dat artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn geen aanwijzingen bevat over de vraag wie door een concrete beslissing wordt „getroffen". De verplichte raadplegingsprocedure van artikel 6 van de kaderrichtlijn waarborgt dat de concurrenten van de rechtstreeks getroffen onderneming aan de marktanalyseprocedure kunnen deelnemen. Dit artikel, met als opschrift „Raadpleging en transparantie", bepaalt immers dat „behoudens in gevallen die onder de artikelen 7, lid 6, 20 of 21 vallen, […] de lidstaten ervoor [zorgen] 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. De lidstaten dragen zorg voor de oprichting van een enkel informatiepunt waar inzage verkregen kan worden in alle lopende raadplegingsprocedures. De resultaten van de raadpleging worden door de nationale regelgevende instanties openbaar gemaakt, behalve in geval van vertrouwelijke informatie overeenkomstig het communautair en nationaal recht betreffende zakelijke vertrouwelijkheid."

9. Aangezien dus de artikelen 4, lid 1, en 16, lid 3, van de richtlijn dienen te worden uitgelegd, heeft het Verwaltungsgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten de artikelen 4 en 16 van [de kaderrichtlijn] aldus worden uitgelegd dat onder „getroffen" partijen of „partijen die gevolgen ondervinden" ook de op de relevante markt concurrerende ondernemingen moeten worden begrepen ten aanzien waarvan in een marktanalyseprocedure geen specifieke verplichtingen worden opgelegd, gehandhaafd of gewijzigd?

2) Zo ja:

Staat artikel 4 van [de kaderrichtlijn] in de weg aan een nationale bepaling die in een marktanalyseprocedure de hoedanigheid van partij enkel toekent aan de onderneming ten aanzien waarvan specifieke verplichtingen worden opgelegd, gewijzigd of ingetrokken?"

II — Beoordeling

10. Aan de oorsprong van het hoofdgeding ligt een verzoek van Tele2 aan TCK om haar de hoedanigheid van partij toe te kennen of, met andere woorden, om haar het recht te verlenen om deel te nemen aan de door de regelgevende instantie verrichte marktanalyseprocedures. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeschikking, impliceert een dergelijke hoedanigheid van partij in de marktanalyseprocedure volgens de regels van het Oostenrijkse bestuursrecht met name het recht op inzage van het dossier, het recht om kennis te nemen van de resultaten van de bewijsprocedure en daarover opmerkingen in te dienen, en het recht om beroep in te stellen.

11. Hieruit volgt dat volgens het Oostenrijkse recht enkel beroep kan worden ingesteld door degenen die de hoedanigheid hebben van partij in de marktanalyseprocedure. Dit verband dat het Oostenrijkse recht legt tussen de hoedanigheid van partij en het recht om beroep in te stellen, maakt duidelijk welke de relevantie is van de eerste vraag. Hiermee wordt namelijk de vraag opgeworpen of uit artikel 4 van de kaderrichtlijn voortvloeit dat een onderneming zoals verzoekster in het hoofdgeding in de onderhavige omstandigheden het recht dient te worden verleend om beroep in te stellen tegen de beslissingen die de nationale regelgevende instantie in het kader van een marktanalyseprocedure heeft genomen.

12. Op grond van dit onderlinge verband tussen de hoedanigheid van partij en de mogelijkheid om beroep in te stellen betoogt Tele2 om te beginnen dat artikel 4 van de kaderrichtlijn haar het recht verleent om op doeltreffende wijze beroep in te stellen tegen de beslissingen die de regelgevende instantie in het kader van een marktanalyseprocedure heeft genomen. Zij is verder van mening dat, aangezien het gemeenschapsrecht haar een dergelijk recht garandeert om doeltreffend beroep in te stellen, zij ook de mogelijkheid moet hebben om als partij aan de niet-contentieuze marktanalyseprocedure deel te nemen. Enkel wanneer zij volledig op de hoogte is van de stand van de precontentieuze procedure — wat niet mogelijk is wanneer zij daar niet als partij aan kan deelnemen — kan zij haar recht van beroep doeltreffend uitoefenen.

13. De verwijzende rechter wenst dus met zijn eerste vraag in wezen te vernemen of artikel 4 van de kaderrichtlijn aldus dient te worden uitgelegd dat een onderneming zoals verzoekster in het hoofdgeding het recht heeft om beroep in te stellen tegen een beslissing van een regelgevende instantie, zoals in casu TCK. In dit verband rijst ook de vraag of een onderneming zoals verzoekster valt onder het begrip „partijen die gevolgen ondervinden" in de zin van artikel 16, lid 3, van de kaderrichtlijn. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of uit artikel 4 van de kaderrichtlijn volgt dat, wanneer een onderneming zoals verzoekster in het hoofdgeding het recht heeft om beroep in te stellen tegen de beslissingen die een regelgevende instantie na een administratieve marktanalyseprocedure heeft genomen, zij dan ook het recht moet hebben om als partij aan deze niet-contentieuze procedure deel te nemen.

A — *Eerste vraag*

14. Biedt artikel 4 van de kaderrichtlijn rechterlijke bescherming aan personen die niet zelf de adressaat van een beslissing van een regelgevende instantie zijn, maar hierdoor

worden benadeeld? Dit is in wezen de eerste vraag die dient te worden onderzocht.

15. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moeten we om te beginnen vaststellen tot welke categorie derden verzoekster in het hoofdgeding behoort. In de eerste vraag is eenvoudigweg sprake van de op de relevante markt concurrerende ondernemingen. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt echter dat Tele2 wel een concurrent is van de onderneming met aanzienlijke marktmacht, maar ook, om preciezer te zijn, een medecontractant van deze onderneming, en dat de rechtsbetrekkingen die zij hiermee onderhoudt, kunnen worden aangetast door een beslissing die door de regelgevende instantie in het kader van een marktanalyseprocedure wordt genomen. Uit de verwijzingsbeschikking komt dus naar voren dat de situatie van verzoekster in casu speciaal wordt gekenmerkt door het feit dat zij een contractuele relatie heeft met de onderneming met aanzienlijke marktmacht, die gebaseerd is op de specifieke verplichtingen die de regelgevende instantie aan deze laatste heeft opgelegd, en niet louter door het feit dat zij een concurrent is van deze onderneming. In deze aldus afgebakende context dient om te beginnen te worden nagegaan of aan een onderneming zoals verzoekster een recht van beroep toekomt op grond van artikel 4 van de kaderrichtlijn.

16. Volgens artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn moeten de lidstaten ervoor zorgen dat er op nationaal niveau doeltreffende regelingen voorhanden zijn krachtens welke „iedere gebruiker of onderneming die elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt, die door een beslissing van een nationale regelgevende instantie is getroffen, het recht heeft om tegen die beslissing beroep in te stellen bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen". Artikel 4 noch enige andere bepaling van de kaderrichtlijn bevat enige definitie van het begrip onderneming „die door een beslissing van een nationale regelgevende instantie is getroffen".

17. De verwijzende rechter suggereert dat artikel 16, lid 3, opheldering kan verschaffen over de betekenis van dit begrip „getroffen" partij in de zin van artikel 4, lid 1. Volgens eerstgenoemde bepaling moeten „partijen die gevolgen ondervinden" van het intrekken van sectorspecifieke verplichtingen die zijn opgelegd aan een onderneming die voordien aanzienlijke marktmacht bezat, hiervan tijdig in kennis worden gesteld. Ik denk niet dat de betekenis van het begrip getroffen personen of ondernemingen in de zin van artikel 4 kan worden opgehelderd door de loutere gelijkschakeling ervan met het begrip „partijen die gevolgen ondervinden" van artikel 16, lid 3, van dezelfde richtlijn.

18. Verschillende taalversies gebruiken weliswaar dezelfde term in de artikelen 4

en 16, lid 3[4], met name „affected" en „betroffen(en)" in de Engelse respectievelijk de Duitse versie, maar andere versies gebruiken verschillende termen.[5] Uit de onderlinge vergelijking van de verschillende taalversies kan dus niet worden afgeleid dat de twee begrippen noodzakelijkerwijs dezelfde betekenis hebben. Aangezien de uitlegging van de termen in deze twee bepalingen van de richtlijn, zoals wij zullen zien, niet voor de hand ligt, zou de uitlegging van artikel 4, lid 1, aan de hand van artikel 16 er verder vanuit juridisch oogpunt op neerkomen dat de ene blinde de andere blinde leidt om uit een labyrint te geraken.

19. Een onderneming als Tele2 moet mijns inziens in casu zeker worden beschouwd als een „partij die gevolgen ondervindt" in de zin van artikel 16, lid 3, en bijgevolg het recht hebben tijdig in kennis te worden gesteld van de beslissing waarbij verplichtingen worden ingetrokken. De onderneming met aanzienlijke marktmacht die de adressaat is van de beslissing waarbij specifieke verplichtingen worden ingetrokken, zal vanzelfsprekend van een dergelijke beslissing, die betrekking heeft op haar en haar rechtstreeks ten goede komt, in kennis worden gesteld. Het zou dan ook onbegrijpelijk zijn dat de gemeenschapswetgever de uitdrukkelijke verplichting om „[p]artijen die gevolgen ondervinden van het intrekken van die verplichtingen tijdig […] in kennis [te stellen]", enkel zou hebben willen laten gelden ten aanzien van de ondernemingen met aanzienlijke marktmacht aan wie deze verplichting ten goede komt, wat deze formulering volkomen overbodig zou maken.[6] Het feit dat een onderneming als Tele2 mijns inziens een partij is „die gevolgen ondervindt" in de zin van artikel 16, lid 3, van de kaderrichtlijn, betekent evenwel niet dat verzoekster in het hoofdgeding automatisch als een „getroffen" partij in de zin van artikel 4, lid 1, moet worden beschouwd. De kwalificatie van een onderneming als een getroffen onderneming in de zin van artikel 4, lid 1, heeft immers tot gevolg dat zij het recht heeft beroep in te stellen tegen de beslissingen van een regelgevende instantie waardoor zij wordt getroffen. Het gaat dus om een specifiek gevolg van artikel 4, dat geheel andere doelstellingen nastreeft dan artikel 16, lid 3, dat de partijen „die gevolgen ondervinden", het recht verleent om in kennis te worden gesteld van de beslissing. Deze kennisgeving strekt ertoe de partijen die „die gevolgen ondervinden", de mogelijkheid te bieden om zich voor te bereiden op de verslechtering van hun situatie die zal voortvloeien uit de beslissing om de verplichtingen van de onderneming die voordien aanzienlijke marktmacht bezat, in te trekken, voordat deze intrekking gevolgen sorteert.

20. De omstandigheid dat een onderneming zoals verzoekster moet worden beschouwd

4 — Met name de Engelse, de Duitse, de Italiaanse, de Spaanse, de Tsjechische, de Griekse en de Zweedse versie.

5 — Zo hanteert de Portugese versie in de artikelen 4, lid 1, en 16, lid 3, respectievelijk de termen „prejudicadas" en „abrangidas" om de partijen aan te duiden. De Franse versie gebruikt ook verschillende termen, namelijk „affecté(e)" en „concernés". Hetzelfde geldt voor de Nederlandse versie, die het respectievelijk heeft over „getroffen" en „gevolgen".

6 — Artikel 16, lid 3, verwijst naar de ondernemingen met aanzienlijke marktmacht die de adressaat zijn van de beslissing. Vervolgens verleent het partijen die gevolgen ondervinden van de intrekking, het recht om in kennis te worden gesteld van de beslissing. Indien deze informatieverplichting slechts zou gelden ten aanzien van de ondernemingen waaraan de intrekking ten goede komt, zou het logischer geweest zijn dat de wetgever in de volgende zin had bepaald dat „deze ondernemingen" (en niet „partijen die gevolgen ondervinden") het recht hebben om van de beslissing in kennis te worden gesteld.

als een partij die gevolgen ondervindt in de zin van artikel 16, lid 3, en onder de specifieke regeling ervan valt, kan dus niet bepalend zijn voor de beantwoording van de vraag of zij wordt getroffen in de zin van artikel 4, lid 1. Bij gebreke van aanwijzingen in artikel 4, lid 1, over de strekking van het begrip getroffen onderneming dient, zoals de Belgische regering in haar schriftelijke opmerkingen stelt, bij de beantwoording van deze vraag te worden uitgegaan van de doelstellingen van artikel 4, lid 1, beschouwd in de context van de kaderrichtlijn. Wanneer de tekst van een communautaire bepaling dubbelzinnig is, dient bij het onderzoek naar de betekenis van de woorden waarover onenigheid bestaat immers rekening te worden gehouden met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling. [7]

21. Het is duidelijk dat artikel 4, lid 1, beoogt te waarborgen dat voor „*iedere* gebruiker" of „[*iedere*] onderneming die elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt", een doeltreffende beroepregeling bestaat. [8] De tekst van dit artikel zoals oorspronkelijk voorgesteld door de Commissie, was laconieker en minder ruim geformuleerd en bepaalde eenvoudigweg dat „de lidstaten […] ervoor [zorgen] dat er […] een procedure is waarin *een* gebruiker of *een* onderneming die elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt, het recht heeft om tegen een besluit van een nationale regelgevende instantie beroep in te stellen". [9] Los van deze niet onbelangrijke wijzigingen van artikel 4, is de twaalfde overweging van de considerans, volgens welke „[e]lke partij die voorwerp is van een besluit van een nationale regelgevende instantie, […] het recht [moet] hebben in beroep te gaan", niet gewijzigd.

22. In de eerste plaats deel ik het standpunt van de Commissie, Tele2 en de Belgische regering dat dit artikel een uitdrukking vormt van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist dit algemene beginsel, dat aan de basis ligt van de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, dat „particulieren zich daadwerkelijk voor de rechter […] kunnen beroepen op door hen aan de communautaire rechtsorde ontleende rechten". [10] Elke beslissing van een nationale instantie waarbij de uitoefening van een door het gemeenschapsrecht verleend recht wordt geweigerd, moet dus door de rechter kunnen worden getoetst. [11]

7 — Zie met name arresten van 19 juni 1980, Roudolff (803/79, Jurispr. blz. 2015, punt 7); 19 september 2000, Linster (C-287/98, Jurispr. blz. I-6917, punt 43), en 27 februari 2003, Adolf Truley (C-373/00, Jurispr. blz. I-1931, punt 35).

8 — Cursivering van mij. Zie arrest van 13 juli 2006, Mobistar (C-438/04, Jurispr. blz. I-6675, punt 41).

9 — Zie de door de Commissie voorgestelde tekst en de amendementen van het Parlement in PB 2001, C 277, blz. 92 en 98.

10 — Zie arrest van 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad (C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak); zie ook in het bijzonder arrest van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651, punten 17-20), en arrest van 1 april 2004, Commissie/Jégo Quéré (C-263/02 P, Jurispr. blz. I-3425, punt 29).

11 — Zie arresten van 3 februari 2000, Dounias (C-228/98, Jurispr. blz. I-577, punt 64), en 25 juli 2002, MRAX (C-459/99, Jurispr. blz. I-6591, punt 101 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23. De twaalfde overweging van de considerans van de kaderrichtlijn moet juist worden gelezen in het licht van dit beginsel, dat ten grondslag ligt aan artikel 4. Deze overweging moet ruimer worden begrepen dan uit de formulering ervan blijkt, zodat iedere persoon waarvan de door het gemeenschapsrecht verleende rechten door een beslissing van een regelgevende instantie worden aangetast, en niet alleen de adressaat van de beslissing, beroep moet kunnen instellen tegen deze beslissing overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn. [12]

24. Beschouwen we in de tweede plaats de in artikel 8, lid 2, van de kaderrichtlijn genoemde beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen die gelden voor de nationale regelgevende instanties, dan springt de aan deze instanties opgelegde doelstelling om „de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten" te bevorderen [13] duidelijk in het oog. [14] Zoals de Deense regering terecht in haar opmerkingen heeft gesteld, is een enge uitlegging van artikel 4, lid 1, van de richtlijn, in die zin dat slechts adressaten van de beslissing hiertegen beroep kunnen instellen, moeilijk verzoenbaar met dit doel, de mededinging te bevorderen. Een dergelijke uitlegging zou tot gevolg hebben dat a priori enkel de ondernemingen met aanzienlijke marktmacht als „getroffen" partijen worden beschouwd. De andere, concurrerende ondernemingen zouden, anders dan de onderneming met aanzienlijke marktmacht, geen recht hebben om beroep in te stellen tegen de beslissing van de nationale regelgevende instantie waarbij specifieke verplichtingen ten aanzien van deze laatste onderneming worden opgelegd, gewijzigd of ingetrokken, hoewel de rechten die zij uit deze verplichtingen ontlenen wel worden aangetast.

25. Ik ben dus van mening dat noch de formulering van artikel 4, noch het algemene beginsel van effectieve rechterlijke bescherming waarvan deze bepaling een uitdrukking vormt, noch de voor de regelgevende instanties geldende beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen — meer in het bijzonder het doel, een daadwerkelijke mededinging te bevorderen — kunnen rechtvaardigen dat het begrip „getroffen" onderneming in de zin van artikel 4, lid 1, op de door de Oostenrijkse en de Sloveense regering voorgestelde enge wijze wordt uitgelegd, namelijk in die zin dat het enkel betrekking heeft op de adressaten van de beslissingen van de regelgevende instantie.

26. In zijn arrest van 22 mei 2003, Connect Austria [15], heeft het Hof bij de uitlegging van een bepaling die kan worden beschouwd als een voorloper van artikel 4 van de

12 — Dienaangaande moet worden opgemerkt dat in artikel 4, lid 1, sprake is van gebruikers of ondernemingen die door een beslissing van een regelgevende instantie zijn *getroffen* en niet van gebruikers of ondernemingen die *adressaat* zijn van een dergelijk beslissing.

13 — Zie artikel 8, lid 2, van de kaderrichtlijn.

14 — Zie ook de eerste overweging van de considerans van de kaderrichtlijn, waaruit duidelijk het belang blijkt van het bestaan van een „daadwerkelijke mededinging in de telecommunicatiesector tijdens de overgang van een monopolistische situatie naar volledige mededinging".

15 — C-462/99, Jurispr. blz. I-5197. Zie met betrekking tot de uitlegging van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn ook reeds arrest Mobistar, reeds aangehaald, punten 40 en 43.

kaderrichtlijn juist een soortgelijke redenering gevolgd als die volgens welke laatstgenoemde bepaling in het licht van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming ruim dient te worden uitgelegd. Het ging om artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) [16], zoals gewijzigd door richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997. [17]

27. Evenals in de onderhavige zaak was er in die zaak beroep ingesteld door een derde. Het Hof heeft er om te beginnen aan herinnerd dat de lidstaten gehouden zijn in elk geval een effectieve bescherming […] te verzekeren van de „individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend" [18] en dat artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 „de lidstaten [de verplichting oplegt] ervoor te zorgen dat er op nationaal niveau geschikte mechanismen bestaan zodat een partij die door een besluit van de nationale regelgevende instantie wordt geschaad, bij een onafhankelijk lichaam in beroep kan gaan". Het is verder tot de conclusie gekomen dat „het vereiste van een met richtlijn 90/387 strokende uitlegging van het nationale recht en dat van een effectieve bescherming van de rechten van de justitiabelen, voor de nationale rechter de verplichting meebrengt te onderzoeken of de desbetreffende bepalingen van zijn nationaal recht de justitiabelen een recht van beroep tegen beslissingen van de nationale regelgevende instantie toekennen dat voldoet aan de criteria van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387". [19] Is een dergelijke richtlijnconforme toepassing van het nationale recht onmogelijk, dan is een nationale rechter die bevoegd zou zijn om kennis te nemen van beroepen tegen beslissingen van de nationale regelgevende instantie indien er geen bepaling van nationaal recht was die zijn bevoegdheid uitdrukkelijk uitsloot, verplicht deze bepaling buiten toepassing te laten. [20]

28. Zoals de Commissie en Tele2 in hun opmerkingen hebben beklemtoond, lijkt het Hof impliciet te hebben erkend dat het recht van beroep waarin artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 voorziet, ook dient open te staan voor bepaalde betrokken derden die, zoals Connect Austria, geen adressaat van de beslissing van de regelgevende instanties zijn, maar er wel daadwerkelijk door worden geschaad. [21] Ik ben evenwel van mening dat deze uit het arrest Connect Austria te

16 — PB L 192, blz. 1.

17 — PB L 295, blz. 23. Artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387, dat ingevolge artikel 26 van de kaderrichtlijn is ingetrokken op het ogenblik van de inwerkingtreding hiervan, bepaalde juist zoals artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn dat „de lidstaten [er] zorg [voor dragen] dat er op nationaal niveau geschikte mechanismen bestaan zodat een partij die door een besluit van de nationale regelgevende instantie wordt geschaad, het recht heeft bij een onafhankelijk lichaam in beroep te gaan".

18 — Arrest Connect Austria, reeds aangehaald, punt 35.

19 — Ibidem, punt 42.

20 — Ibidem, punt 42.

21 — Ook al heeft het Hof zich in zijn arrest niet uitdrukkelijk aangesloten bij het standpunt van advocaat-generaal Geelhoed, die in punt 48 van zijn conclusie zeer duidelijk had gesteld dat „[h]et […] zeker niet zo [kan] zijn dat derdenbelanghebbenden, die door het besluit rechtstreeks worden getroffen, geen beroepsrecht toekomt. Sterker nog, artikel 5 bis, lid 3, strekt juist mede ter bescherming van de belangen van nieuwkomers op de markt zoals Connect Austria."

trekken conclusie op zich geen uitsluitsel kan geven over de onderhavige zaak. In het arrest Connect Austria heeft het Hof zich immers gebogen over de vraag of artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 aldus dient te worden uitgelegd dat het rechtstreekse werking heeft, en niet over de specifieke vraag of een onderneming als Connect Austria onder de omstandigheden van die zaak valt onder het begrip „partij die door een besluit […] wordt geschaad" in de zin van deze bepaling. Het Hof heeft zich dus niet specifiek ingelaten met de — in casu centrale — vraag onder welke omstandigheden een betrokken derde, zoals Tele2, kan worden geacht door een administratieve beslissing van de regelgevende instantie in zijn rechten te zijn geschaad.

29. Aan de basis van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn ligt in de eerste plaats het vereiste om een effectieve rechterlijke bescherming te verzekeren van de *rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontlenen*. Zoals Tele2 en de Commissie in hun opmerkingen hebben gesteld, dienen bepaalde specifieke verplichtingen die krachtens artikel 16, leden 3 en 4, van de kaderrichtlijn en de daarin genoemde bepalingen van de toegangsrichtlijn zijn opgelegd aan ondernemingen met aanzienlijke marktmacht, juist te worden beschouwd als beschermende maatregelen die in het belang van de concurrenten zijn vastgesteld, en kunnen zij dus rechten aan deze laatsten verlenen. Tot deze maatregelen behoren bijvoorbeeld die welke krachtens artikel 8 van de toegangsrichtlijn door de regelgevende instanties kunnen worden vastgesteld [22], met name de verplichting om concurrenten gelijk te behandelen (artikel 10 van de toegangsrichtlijn) en de verplichting om de concurrenten toegang tot netwerkfaciliteiten te verlenen (artikel 12 van de toegangsrichtlijn).

30. Wat meer bepaald de bij artikel 12, lid 1, van de toegangsrichtlijn vastgestelde verplichtingen inzake netwerktoegang betreft, wordt in dit artikel bepaald dat „[e]en nationale regelgevende instantie […] exploitanten overeenkomstig artikel 8 de verplichting [kan] opleggen in te gaan op redelijke verzoeken om toegang tot en gebruik van bepaalde netwerkonderdelen en bijbehorende faciliteiten, onder andere wanneer de nationale regelgevende instantie van mening is dat het weigeren van toegang of het opleggen van onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte detailhandelsmarkt zou belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn". [23] Evenals de non-discriminatieverplichting van artikel 10 van de kaderrichtlijn dienen deze verplichtingen inzake toegang tot en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten ten goede

22 — De toegangsrichtlijn voorziet volgens artikel 1, lid 2, ervan „in rechten en verplichtingen voor exploitanten en voor ondernemingen die interconnectie met en/of toegang tot hun netwerken of bijbehorende faciliteiten wensen".

23 — Deze bepaling voorziet aldus in tal van specifieke verplichtingen die aan de exploitanten kunnen worden opgelegd, onder meer in de verplichting om derden toegang te verlenen tot bepaalde netwerkonderdelen en/of faciliteiten, met inbegrip van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, en te goeder trouw te onderhandelen met ondernemingen die verzoeken om toegang.

te komen aan de concurrenten die toegang wensen. De rechten die voortvloeien uit de specifieke verplichtingen die de regelgevende instantie heeft opgelegd aan de exploitant met aanzienlijke marktmacht, komen dus rechtstreeks toe aan deze concurrenten. [24]

31. Door de oplegging van verplichtingen zoals die welke zijn vastgesteld in de artikelen 10 en 12 van de toegangsrichtlijn, wordt aldus aan de hierdoor begunstigde concurrerende ondernemingen een recht op toegang of niet-discriminerende behandeling verleend. De onderneming met aanzienlijke marktmacht wordt er immers toe verplicht onder welbepaalde en niet-discriminerende voorwaarden faciliteiten en/of diensten met het oog op het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten aan concurrerende ondernemingen beschikbaar te stellen. [25] In deze omstandigheden zou bijvoorbeeld een eventuele beslissing van een nationale regelgevende instantie om dergelijke verplichtingen die aan een onderneming met aanzienlijke marktmacht zijn opgelegd, in te trekken, afbreuk doen aan de rechten die concurrenten die, zoals Tele2, medecontractant zijn van deze onderneming, aan het gemeenschapsrecht ontlenen.

32. Zoals uit de verwijzingsbeslissing en de schriftelijke opmerkingen van Tele2 blijkt, heeft zij weliswaar contractuele rechten ten opzichte van de onderneming die voordien aanzienlijke marktmacht bezat, maar deze rechten berusten op de specifieke verplichtingen die de regelgevende instantie krachtens artikel 16, lid 4, van de kaderrichtlijn en de daarin genoemde bepalingen van de toegangsrichtlijn aan deze onderneming heeft opgelegd. Het is duidelijk dat de contractuele relatie tussen Tele2 en de onderneming die voordien aanzienlijke marktmacht had, haar oorsprong vindt in het feit dat de regelgevende instantie deze laatste bepaalde verplichtingen heeft opgelegd die haar ertoe hebben gedwongen om onder bepaalde condities een overeenkomst met Tele2 te sluiten. De toegangsrechten waarover Tele2 beschikt, zijn haar dus verleend door het gemeenschapsrecht, aangezien zij voortvloeien uit de specifieke verplichtingen die krachtens het gemeenschapsrecht aan de onderneming met aanzienlijke marktmacht zijn opgelegd.

33. De krachtens artikel 16, lid 3, van de kaderrichtlijn door de regelgevende instantie genomen beslissingen waarbij de voordien aan de onderneming met aanzienlijke marktmacht opgelegde verplichtingen om toegang te verlenen worden gewijzigd of ingetrokken, kunnen dus de door het gemeenschapsrecht verleende overeenkomstige rechten aantasten. Wanneer een concurrent contractuele betrekkingen met een onderneming met aanzienlijke marktmacht onderhoudt die zijn gebaseerd op specifieke verplichtingen die de regelgevende instantie aan deze laatste heeft opgelegd, dient hij in voorkomend geval overeenkomstig artikel 4 van de kaderrichtlijn te beschikken over een recht van beroep tegen beslissingen van de regel-

24 — Zie in die zin de zesde overweging van de considerans van de toegangsrichtlijn, volgens welke „[i]n markten waar tussen ondernemingen grote verschillen in onderhandelingscapaciteit blijven bestaan, en waar sommige ondernemingen gebruikmaken van door anderen verschafte infrastructuur voor het aanbieden van hun diensten, […] een kader voor regels [dient] te worden vastgesteld om ervoor te zorgen dat de markt efficiënt functioneert. De nationale regelgevende instanties moeten de nodige bevoegdheden krijgen om, in gevallen waarin commerciële onderhandelingen mislukken, te zorgen voor passende toegang en interconnectie […]"

25 — Zie definitie van het begrip „toegang"in artikel 2, sub a, van de toegangsrichtlijn.

gevende instantie waarbij dergelijke verplichtingen worden gewijzigd of ingetrokken. [26]

34. Ter terechtzitting is gedebatteerd over de vraag of concurrenten die geen contractuele betrekkingen onderhouden met een onderneming die voordien aanzienlijke marktmacht bezat, ook overeenkomstig artikel 4 van de kaderrichtlijn een recht van beroep moeten hebben. Het onderzoek van dit probleem kan de verwijzende rechter van nut zijn.

35. Zoals Tele2, de Commissie en de Deense regering ter terechtzitting hebben gesteld, moeten ook ondernemingen die nog geen contractuele betrekkingen met een onderneming met aanzienlijke marktmacht onderhouden, maar het concrete voornemen hebben geuit om dergelijke betrekkingen tot stand te brengen teneinde toegang te krijgen tot het netwerk van deze onderneming, beschikken over het in artikel 4 vastgestelde recht van beroep. Wanneer een concurrent wordt geconfronteerd met een beslissing van de regelgevende instantie waarbij specifieke verplichtingen ten aanzien van de onderneming met aanzienlijke marktmacht worden opgelegd, gewijzigd of ingetrokken, waardoor het hem onmogelijk wordt gemaakt de gewenste contractuele betrekkingen aan te gaan, moet hij eveneens aanspraak kunnen maken op de gemeenschapsrechtelijk gewaarborgde rechten. Er moet dus worden aanvaard dat een concurrent in die omstandigheden het recht kan hebben om beroep in te stellen tegen beslissingen van de regelgevende instantie waarbij het communautaire telecommunicatierecht wordt geschonden.

36. Meer in het algemeen ben ik van mening dat de bescherming van de door de toepasselijke communautaire bepalingen inzake telecommunicatie nagestreefde doelstellingen, waaronder de bevordering van de mededinging, waardoor de nationale regelgevende instanties zich volgens artikel 8, lid 2, van de kaderrichtlijn bij hun optreden moeten laten leiden, rechtvaardigt dat er niet enkel rechtsmiddelen openstaan voor concurrenten die medecontractant zijn van een onderneming met aanzienlijke macht op de relevante markt.

37. Ik denk met name aan ondernemingen die geen contractuele betrekkingen met de onderneming met aanzienlijke marktmacht onderhouden, maar die als rechtstreekse begunstigden van de communautaire regeling ter bevordering van de mededinging op het gebied van de telecommunicatie worden benadeeld door een beslissing die door een regelgevende instantie in

26 — Zie naar analogie arrest van 17 januari 1985, Piraiki-Patraiki e.a. (11/82, Jurispr. blz. 207), betreffende beroepen tot nietigverklaring, ingesteld door derden die waren geraakt door een beschikking van de Commissie waarbij een lidstaat (in casu de Franse Republiek) werd gemachtigd een stelsel tot beperking van de invoer van katoenen garens uit Griekenland in te stellen. In punt 19 heeft het Hof geoordeeld dat „het feit dat zij, voordat de bestreden beschikking werd vastgesteld, overeenkomsten hadden gesloten die in de maanden waarvoor de beschikking gold, moesten worden uitgevoerd, een feitelijke situatie schept die hen karakteriseert ten opzichte van ieder ander die door de beschikking wordt geraakt doordat de uitvoering van hun overeenkomsten door de beschikking geheel of gedeeltelijk onmogelijk is gemaakt". Zie ook punt 31 van dat arrest.

een marktanalyseprocedure is genomen. Deze ondernemingen, die geen contractuele betrekkingen onderhouden, moeten eveneens krachtens artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn over een recht van beroep beschikken.

38. De toekenning van een recht van beroep aan degenen die in hun reeds bestaande rechtsbetrekkingen worden getroffen kan in een aantal gevallen volstaan om de met de betrokken gemeenschapsrechtelijke bepalingen nagestreefde doelstellingen daadwerkelijk te bereiken. Dit volgt uit het feit dat er een symmetrie bestaat tussen de bescherming van de uit deze rechtsbetrekkingen voortvloeiende rechten via het overeenkomstige recht van beroep dat aan de door een beslissing getroffen medecontractanten wordt verleend, en de bescherming van de sociale waarden waarop de gemeenschapsrechtelijke regel op basis waarvan deze betrekkingen tot stand zijn gekomen, is gebaseerd. Deze symmetrie kan evenwel onvolkomen zijn, met name wanneer de waarden die de regel dient te beschermen, betrekking hebben op een kring van personen die ruimer is dan bijvoorbeeld die van de medecontractanten. In dat geval is de bescherming van de betrokkenen en van de door de regel bevorderde waarden niet verzekerd wanneer slechts degenen die reeds rechtsbetrekkingen hebben aangeknoopt, over een recht van beroep beschikken.

39. Juist deze asymmetrie is aanwezig wanneer het gaat om de toepassing van communautaire regels die ertoe strekken een daadwerkelijke mededinging op het gebied van de telecommunicatie te bevorderen door een onderneming met aanzienlijke marktmacht de verplichting op te leggen om toegang te verlenen tot bepaalde netwerkonderdelen en bijbehorende faciliteiten of een dergelijke verplichting te wijzigen of in te trekken. We kunnen immers logischerwijs aannemen dat noch de onderneming met aanzienlijke marktmacht, noch de concurrenten aan wie reeds contractueel toegang is verleend, er belang bij hebben beroep in te stellen tegen eventuele beslissingen van een regelgevende instantie die nadelig zijn voor nieuwkomers op de markt, die mogelijkerwijs betrekkingen met de onderneming met aanzienlijke marktmacht willen aanknopen. De toekenning van een recht van beroep aan dergelijke concurrenten die nog geen medecontractant zijn, is van wezenlijk belang om een daadwerkelijke bescherming te verzekeren van de doelstellingen die worden nagestreefd door deze communautaire regels die ertoe strekken de toetreding en de integratie van nieuwe ondernemingen op de markt te bevorderen.

40. Artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn dient aldus in die zin te worden uitgelegd dat worden beschouwd als ondernemingen die door een beslissing van een nationale regelgevende instantie in een marktanalyseprocedure worden getroffen en aldus over een recht van beroep tegen een dergelijke beslissing beschikken, zowel concurrerende ondernemingen die over contractuele rechten ten opzichte van een onderneming met aanzienlijke macht op de relevante markt beschikken en in hun rechten worden geschaad door een beslissing van een regelgevende instantie waarbij specifieke verplichtingen worden

ingetrokken of gewijzigd, als ondernemingen die mogelijkerwijs contractuele betrekkingen met een onderneming met aanzienlijke marktmacht willen aanknopen en die als rechtstreekse begunstigden van de communautaire regeling ter verzekering van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van de telecommunicatie door een beslissing van een nationale regelgevende instantie worden benadeeld.

B — *Tweede vraag*

41. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, zoals ik voorstel, dient te worden vastgesteld of aan een onderneming zoals verzoekster in het hoofdgeding de hoedanigheid van partij in de niet-contentieuze marktanalyseprocedure dient te worden toegekend wegens het feit dat zij overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn beschikt over een recht van beroep.

42. Aan deze tweede vraag ligt een — laat ons zeggen — ietwat ongewone redenering ten grondslag. Normalerwijs dient een subject over een recht van beroep te beschikken omdat het een recht heeft. [27]

27 — Zie hierboven, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

Verzoekster stelt, omgekeerd, dat ook een recht om aan een niet-contentieuze administratieve procedure deel te nemen dient voort te vloeien uit het feit dat het gemeenschapsrecht een recht van beroep verleent tegen beslissingen die in het kader van deze procedure zijn vastgesteld. Verzoekster stelt aldus dat indien vaststaat dat artikel 4 van de kaderrichtlijn haar in het licht van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming een recht van beroep verleent tegen een beslissing van de regelgevende instantie waarbij specifieke verplichtingen die aan een onderneming met aanzienlijke marktmacht zijn opgelegd, worden gehandhaafd, gewijzigd of ingetrokken, dit recht van beroep ook doeltreffend moet zijn. Zonder de mogelijkheid om in de marktanalyseprocedure het dossier te raadplegen, aan de bewijslevering deel te nemen en opmerkingen in te dienen, is het niet mogelijk om doeltreffend een beroep tegen de door de regelgevende instantie in deze procedure genomen beslissingen voor te bereiden. Dit recht om aan de marktanalyseprocedure deel te nemen vloeit ook noodzakelijkerwijs voort uit het recht op een eerlijk proces.

43. Ter beantwoording van de tweede vraag van het Verwaltungsgerichtshof dient er om te beginnen aan te worden herinnerd dat de kaderrichtlijn geen uitdrukkelijke bepaling bevat waaruit blijkt wie partij is in de in artikel 16 bedoelde niet-contentieuze administratieve procedure. Deze bepaling bevat geen enkele aanwijzing dat Tele2 het recht moet hebben om als partij aan de precontentieuze marktanalyseprocedure deel te nemen. Artikel 16, lid 3, derde zin, bepaalt immers enkel dat „partijen die gevolgen ondervinden”, vooraf van de intrekking van specifieke verplichtingen in kennis moeten

worden gesteld. Artikel 6 van de kaderrichtlijn, waarnaar artikel 16, lid 6, verwijst, biedt weliswaar alle „belanghebbenden" de mogelijkheid om binnen een redelijke termijn hun zienswijzen te geven op de ontwerpmaatregelen die de regelgevende instanties voornemens zijn te nemen en Tele2 kan ongetwijfeld als een belanghebbende in de zin van deze bepaling worden beschouwd, maar een dergelijk recht om in het kader van de raadplegingsprocedure opmerkingen te maken mag niet worden verward met de door Tele2 verlangde toekenning van de hoedanigheid van partij in de marktanalyseprocedure, die ruimere rechten impliceert, waaronder die om in het kader van deze procedure de stukken te raadplegen en opmerkingen te maken over het aangevoerde bewijsmateriaal.

44. Bij gebreke van een communautaire regeling betreffende de organisatie en het verloop van de niet-contentieuze marktanalyseprocedure van artikel 16 van de kaderrichtlijn, dient deze materie ongetwijfeld in wezen door het nationale procesrecht van elke lidstaat te worden geregeld. [28] Het Oostenrijkse recht dient dus nader te bepalen of een onderneming zoals verzoekster in het hoofdgeding de hoedanigheid heeft van partij in deze niet-contentieuze administratieve procedure. Zo ja, dient het ook te bepalen of deze onderneming in deze niet-contentieuze procedure ook kan beschikken over procedurele rechten die verder gaan dan de in artikel 16 uitdrukkelijk vastgestelde rechten en natuurlijk ook dan de uitdrukkelijk in artikel 6 vastgestelde rechten die inherent zijn aan de raadplegingsprocedure, en, in voorkomend geval, welke. Het gemeenschapsrecht eist niet a priori dat alle concurrenten van een onderneming met aanzienlijke marktmacht op grond van het nationale procesrecht kunnen deelnemen aan een marktanalyseprocedure in de zin van artikel 16 van de kaderrichtlijn. De nationale wetgever kan zeer wel oordelen dat het niet opportuun is om de precontentieuze procedure te verzwaren door eventueel zeer veel partijen toe te laten. [29]

45. Ik wil evenwel beklemtonen dat deze materie weliswaar, zoals het Hof heeft vastgesteld op het aanverwante gebied van de regeling van de procedurevoorschriften inzake beroepen die worden ingesteld ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen, door het nationale recht dient te worden geregeld, maar dat daarbij de vereisten die voortvloeien uit de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht in acht dienen te worden genomen. De procedurevoorschriften mogen met name niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en mogen de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet

28 — Zie bijvoorbeeld in die zin arrest van 14 december 1995, Peterbroeck (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 12 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 — Zie de 22e overweging van de considerans van de kaderrichtlijn, waarin het belang wordt beklemtoond van „procedures […] die snel […] zijn".

onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel). [30]

46. Het is juist op grond van het doeltreffendheidsbeginsel dat verzoekster in casu aanspraak maakt op het recht om deel te nemen aan de niet-contentieuze marktanalyseprocedure. En het is inderdaad niet uitgesloten dat de op § 37, lid 5, TKG gebaseerde weigering om Tele2 de hoedanigheid van partij in de marktanalyseprocedure toe te kennen haar door het gemeenschapsrecht verleende recht van beroep tegen de door de regelgevende instantie in deze procedure genomen beslissingen aanzienlijk kan uithollen.

47. De vraag rijst immers of een concrete bepaling zoals § 37, lid 5, TGK, die Tele2 in casu de hoedanigheid van partij in de marktanalyseprocedure ontzegt, de uitoefening van het recht van beroep tegen beslissingen die in deze niet-contentieuze procedure zijn genomen, niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. [31] Bij de beoordeling van het Oostenrijkse procesrecht vanuit dit oogpunt dienen verschillende in de rechtspraak van het Hof reeds genoemde aspecten in de beschouwing te worden betrokken. [32] Aldus dient met name rekening te worden gehouden met de plaats van deze Oostenrijkse norm in de gehele procedure, alsook met het verloop en de specifieke kenmerken van deze procedure voor de verschillende nationale instanties.

48. Het staat vanzelfsprekend aan de verwijzende rechter om in deze omstandigheden uit te maken of een onderneming die volgens het Oostenrijkse recht niet de hoedanigheid van partij in de marktanalyseprocedure heeft, hierdoor slechts een louter formeel recht van beroep heeft. Ik wil niettemin opmerken dat verzoekster het door haar opgeëiste recht om als partij aan de marktanalyseprocedure deel te nemen op het eerste gezicht niet absoluut nodig lijkt te hebben om doeltreffend beroep tegen de beslissingen van de regelgevende instantie te kunnen instellen.

49. Het nationale procesrecht beschikt over allerlei middelen om te verzekeren dat het recht van beroep tegen een in een marktanalyseprocedure genomen beslissing doeltreffend kan worden uitgeoefend. Indien bijvoorbeeld de regelgevende instantie haar beslissing op passende wijze motiveert, kan worden verzekerd dat een onderneming zoals

30 — Arresten van 15 september 1998, Edis (C-231/96, Jurispr. blz. I-4951, punten 19 en 34), en 1 december 1998 Levez (C-326/96, Jurispr. blz. I-7835, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak); arrest Peterbroeck, reeds aangehaald, punt 12 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arresten van 20 september 2001, Courage en Crehan (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punt 29); 24 september 2002, Grundig Italiana (C-255/00, Jurispr. blz. I-8003, punt 33); 10 april 2003, Steffensen (C-276/01, Jurispr. blz. I-3735, punt 60); 4 december 2003, Evans (C-63/01, Jurispr. blz. I-14447, punt 45), en 17 juni 2004, Recheio — Cash & Carry, (C-30/02, Jurispr. blz. I-6051, punt 17). Zie ook, meer recentelijk, arrest van 5 oktober 2006, Nádasdi en Németh (C-290/05 en C-333/05, Jurispr. blz. I-10115, punt 69).

31 — Zie voor een parallelle analyse betreffende de toepasselijke bewijsregels, arrest Dounias, reeds aangehaald, punt 69, en arrest van 9 februari 1999, Dilexport (C-343/96, Jurispr. blz. I-579, punt 48). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl in de zaak Mobistar, reeds aangehaald, punt 85.

32 — Zie arresten Steffensen, reeds aangehaald, punt 66, en Peterbroeck, reeds aangehaald, punt 14; arrest van 14 december 1995, Van Schijndel en Van Veen (C-430/93 en C-431/93, Jurispr. blz. I-4705, punt 19), en arresten Levez, reeds aangehaald, punt 44, en Evans, reeds aangehaald, punt 46.

Tele2 over de nodige gegevens beschikt zodat de uitoefening van haar recht van beroep in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk wordt. Een dergelijk verband tussen de motiveringsplicht en het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming is vastgesteld in het arrest Heylens e.a..[33] Aansluitend op het reeds aangehaalde arrest Johnston heeft het Hof in dit arrest vastgesteld dat de mogelijkheid van beroep in rechte tegen iedere beslissing van een nationale instantie waarbij de uitoefening van een door de communautaire rechtsorde verleend recht wordt geweigerd, van wezenlijk belang is om de particulier een doeltreffende bescherming van zijn recht te waarborgen.[34] Uit dit beginsel van effectieve rechterlijke bescherming heeft het Hof afgeleid dat de bevoegde nationale instanties gehouden zijn, kennis te geven van de beweegredenen van hun weigering, hetzij in de beslissing zelf, hetzij in een latere, op verzoek van de belanghebbende particulier verstrekte mededeling.[35]

50. Om af te sluiten wil ik het tweede argument van verzoekster behandelen, namelijk dat het recht om aan de marktanalyseprocedure deel te nemen voortvloeit uit de verplichting tot eerbiediging van het fundamentele recht op een eerlijk proces en van het beginsel van gelijkheid van wapens.[36]

Dit argument dient mijns inziens te worden verworpen. De betrokken redenering gaat ervan uit dat de marktanalyseprocedure een contradictoire procedure is tussen de onderneming met aanzienlijke marktmacht en een concurrerende onderneming zoals verzoekster. Dat is evenwel duidelijk niet het geval voor administratieve marktanalyseprocedures in het kader waarvan wordt beslist om specifieke verplichtingen ten aanzien van ondernemingen met aanzienlijke marktmacht op te leggen, te wijzigen of in te trekken.

51. Ik ben derhalve van mening dat artikel 4 van de kaderrichtlijn in het licht van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming waarvan het een uitdrukking vormt, aldus dient te worden uitgelegd dat de nationale procedureregels van een lidstaat die de vaststelling van beslissingen in het kader van marktanalyseprocedures beheersen, de aanwending van rechtsmiddelen tegen dergelijke door de nationale regelgevende instantie genomen beslissingen in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Het staat aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met het Oostenrijkse procesrecht in zijn geheel, vast te stellen of een bepaling zoals § 37, lid 5, TKG, volgens hetwelk een onderneming zoals verzoekster in casu het recht wordt ontzegd om als partij aan een marktanalyseprocedure deel te nemen, de uitoefening van het recht van beroep waarover een dergelijke onderneming volgens artikel 4 van de kaderrichtlijn beschikt, onmogelijk of uiterst moeilijk kan maken.

33 — Arrest van 15 oktober 1987 (222/86, Jurispr. blz. 4097).

34 — Ibidem, punt 14.

35 — Ibidem, punt 15.

36 — Tele2 beroept zich dienaangaande met name op het reeds aangehaalde arrest Steffensen, alsook op het arrest van 11 januari 2000, Nederland en Van der Wal/Commissie (C-174/98 P en C-189/98 P, Jurispr. blz. I-1), en op het arrest van het Gerecht van 19 februari 1998, Eyckeler & Malt/Commissie (T-42/96, Jurispr. blz. II-401, punten 76-78).

III — Conclusie

52. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging, de door het Verwaltungsgerichtshof gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 4, lid 1, 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) dient aldus te worden uitgelegd dat als ondernemingen die door een beslissing van een nationale regelgevende instantie in een marktanalyseprocedure worden getroffen en aldus over een recht van beroep tegen een dergelijke beslissing beschikken, worden beschouwd zowel concurrerende ondernemingen die over contractuele rechten ten opzichte van een onderneming met aanzienlijke macht op de relevante markt beschikken en in hun rechten worden geschaad door een beslissing van een regelgevende instantie waarbij specifieke verplichtingen worden ingetrokken of gewijzigd, als ondernemingen die mogelijkerwijs contractuele betrekkingen met een onderneming met aanzienlijke marktmacht willen aanknopen en die als rechtstreekse begunstigden van gemeenschapsrechtelijke bepalingen ter verzekering van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van de telecommunicatie door een beslissing van een nationale regelgevende instantie worden benadeeld.

2) Artikel 4 van de kaderrichtlijn dient in het licht van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming waarvan het een uitdrukking vormt, aldus te worden uitgelegd dat de nationale procedureregels van een lidstaat die de vaststelling van beslissingen in het kader van marktanalyseprocedures beheersen, de aanwending

van rechtsmiddelen tegen dergelijke door de nationale regelgevende instantie genomen beslissingen in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Het staat aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met het Oostenrijkse procesrecht in zijn geheel, vast te stellen of een bepaling zoals § 37, lid 5, van de telecommunicatiewet (Telekommunikationsgesetz), volgens hetwelk een onderneming zoals verzoekster in casu het recht wordt ontzegd om als partij aan een marktanalyseprocedure deel te nemen, de uitoefening van het recht van beroep waarover zij volgens artikel 4 van de kaderrichtlijn beschikt, onmogelijk of uiterst moeilijk kan maken."