CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER
van 10 juni 2008 [1]

I — Inleiding

1. In de onderhavige zaak verzoekt de Commissie van de Europese Gemeenschappen het Hof van Justitie krachtens artikel 226 EG, vast te stellen dat de Republiek Polen de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 4, lid 1, en 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (hierna: „toegangsrichtlijn" of „richtlijn 2002/19"). [2]

2. Ter beoordeling van de vraag of de Republiek Polen de gemeenschapsregels onjuist heeft omgezet, zoals de Commissie stelt, dient de beperkte bevoegdheid van de overheid om in geliberaliseerde markten zoals die van de telecommunicatie in te grijpen te worden onderzocht.

3. De verwerende staat stelt zich bij de omzetting van richtlijn 2002/19 in zijn nationale recht niet neutraal op, maar grijpt in de markt in teneinde de openstelling ervan te stimuleren, door alle exploitanten bij wet te verplichten om onderhandelingen te voeren teneinde toegang te krijgen tot het netwerk, zonder deze verplichting te laten afhangen van een voorafgaand onderzoek van de mededinging.

4. De problemen die het beroep opwerpt, zijn vrij complex en het is niet eenvoudig om hierop een passend antwoord te formuleren, gelet op het feit dat de Poolse wetgeving overeenkomsten tussen ondernemingen niet verbiedt [3], maar integendeel eist dat althans wordt getracht dergelijke overeenkomsten te sluiten.

5. Verder biedt deze wetgeving, wanneer het gewenste resultaat uitblijft, de bevoegde nationale instantie de mogelijkheid om een bindend besluit te nemen dat in de plaats komt van deze overeenkomsten, wat lijkt

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.
2 — PB L 108, blz. 7.
3 — Volgens artikel 3 van richtlijn 2002/19 moeten de lidstaten ervoor zorgen dat er geen beperkingen zijn die de ondernemingen beletten onderling overeenkomsten inzake technische en commerciële regelingen voor toegang en/of interconnectie aan te gaan overeenkomstig het gemeenschapsrecht.

overeen te stemmen met de postulaten van het oude klassieke liberalisme. [4]

6. Bijgevolg moet klaarheid worden geschapen en na de nodige conceptuele verduidelijkingen worden gezocht naar de oplossing die als een schat in het gemeenschapsrecht verborgen ligt. [5]

II — Toepasselijke bepalingen

A — *Gemeenschapsrecht*

1. Beginsel van „loyale samenwerking"

7. Volgens artikel 10 EG „[treffen] [d]e lidstaten […] alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren" en „vergemakkelijken [zij] de vervulling van haar taak". Verder „onthouden [zij] zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van [de Unie] in gevaar kunnen brengen".

2. Richtlijn 2002/19

8. Deze richtlijn maakt deel uit van het zogenaamde „nieuwe regelgevingskader" [6], dat op 7 maart 2002 is goedgekeurd en op 24 april 2002 is bekendgemaakt. [7]

9. Zij harmoniseert binnen de door de zogenaamde kaderrichtlijn [8] uitgestippelde lijnen de toegang en de interconnectie, met als doel, de verlening van netwerktoegang en diensten verenigbaar te maken met de beginselen van de interne markt.

4 — De economische slagzin „laissez faire, laissez passer", die gemeengoed is geworden via de economische theorieën van Adam Smith, geeft de liberale gedachte duidelijk weer.

5 — Zoals in casu het geval is, impliceert de duidelijkheid van het probleem niet altijd dat het antwoord eenvoudig is, aangezien, zoals Quevedo y Villegas, F., schrijft in „El mundo por de dentro", *Los Sueños*, (Espasa Calpe, Madrid, 2002, colección Biblioteca Austral, nr. 20, blz. 187), in een allegorische passage waarin hij waarschuwt voor de menselijke hypocrisie, „de wijsheid […] niet in handen [is] van degene die weet waar de schat ligt, maar van degene die de handen uit de mouwen steekt en hem opgraaft. En zelfs hij heeft niet helemaal de wijsheid in pacht, maar wel degene die, na bezit van de schat te hebben genomen, hiervan goed gebruikmaakt."

6 — In mijn conclusie van 28 juni 2007 in de zaak Deutsche Telekom (arrest van 22 november 2007, C-262/06, Jurispr. blz. I-10057) heb ik met deze uitdrukking verwezen naar vier richtlijnen van het Europees Parlement en de Raad: de reeds aangehaalde richtlijn 2002/19/EG, richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten; richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (hierna: „kaderrichtlijn" of „richtlijn 2002/21"), en richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten.

7 — PB L 108, blz. 7, 21, 33 en 51.

8 — Aangehaald in voetnoot 6, waar deze benaming wordt uitgelegd.

10. Het communautaire telecommunicatierecht is geëvolueerd op twee niveaus, die weliswaar nauw met elkaar verbonden zijn, maar gemakkelijk kunnen worden onderscheiden op basis van degenen tot wie de betrokken regels gericht zijn.

11. Zo bestaat er naast de regeling betreffende de exploitanten, waarin de regels inzake interconnectie en mededinging onderling vervlochten zijn, een ander, ruimer, gebied dat de rechten van de gebruikers regelt, uitgaande van het beginsel van liberalisering van de sector en de gewaarborgde verlening van de universele dienst, en dat een bijzonder belang verkrijgt in het kader van de fundamentele vrijheden van particulieren. [9]

12. Het is duidelijk dat de onderhavige zaak onder het eerste gebied valt.

13. Artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn bepaalt:

„Exploitanten van openbare communicatienetwerken zijn gerechtigd en, wanneer hun daarom wordt verzocht door daartoe gemachtigde ondernemingen, verplicht te onderhandelen over interconnectie met het doel algemeen beschikbare elektronischecommunicatiediensten aan te bieden, teneinde de verlening en de interoperabiliteit van de diensten in de gehele Gemeenschap te waarborgen. Exploitanten verlenen andere ondernemingen toegang en interconnectie onder voorwaarden die verenigbaar zijn met de verplichtingen die door de nationale regelgevende instantie worden opgelegd uit hoofde van de artikelen 5 tot en met 8."

14. Artikel 5, lid 1, eerste alinea, bepaalt dat de nationale regelgevende instanties overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn met het oog op de doelstellingen van artikel 8 van richtlijn 2002/21/EG passende toegang en interconnectie, alsook interoperabiliteit van diensten moeten bevorderen, en waar nodig waarborgen, en daarbij hun bevoegdheid moeten uitoefenen op een wijze die bevorderlijk is voor efficiëntie en duurzame concurrentie en die de eindgebruikers het grootste voordeel biedt.

De nationale regelgevende instanties moeten in het bijzonder, onverminderd maatregelen overeenkomstig artikel 8 ten aanzien van

9 — Men denke bijvoorbeeld aan de bescherming van persoonsgebonden gegevens of aan de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer op het internet.

ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht, voor zover noodzakelijk:

a) verplichtingen kunnen opleggen aan ondernemingen die de toegang tot de eindgebruikers controleren, hetgeen in gevallen waarin zulks gerechtvaardigd is ook de verplichting inhoudt om te zorgen voor interconnectie van hun netwerken waar dat niet reeds gebeurd is, om eind-tot-eindverbindingen te waarborgen;

b) exploitanten kunnen verplichten toegang tot de andere in bijlage I, deel II, bedoelde faciliteiten aan te bieden op billijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden, en de toegang van eindgebruikers tot door de lidstaat gespecificeerde digitale radio- en televisieomroepdiensten te waarborgen.

15. Volgens artikel 18 van de toegangsrichtlijn dienen de lidstaten vóór 24 juli 2003 de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen en bekend te maken die nodig zijn om aan deze richtlijn te voldoen. De toetredingsakte van de Republiek Polen [10] heeft de uitvoeringstermijn evenwel verlengd tot 30 april 2004.

B — *Poolse telecommunicatiewet*

16. Volgens artikel 26 van de Poolse telecommunicatiewet [11] zijn alle exploitanten van openbare communicatienetwerken gehouden om op verzoek van een onderneming of van een van de in artikel 4, leden 1, 2, 4, 5, 7 en 8, genoemde entiteiten over een toegangsovereenkomst te onderhandelen teneinde telecommunicatiediensten aan het publiek te leveren en de interoperabiliteit ervan te verzekeren.

17. Om tegenwerking te vermijden, biedt artikel 27, lid 1, de voorzitter van de Urzad Komunikacji Electronicznej (Bureau voor elektronische communicaties; hierna: „UKE") de mogelijkheid om een termijn voor het sluiten van een overeenkomst vast te stellen, die niet langer mag zijn dan 90 dagen te rekenen vanaf de indiening van het verzoek tot het sluiten van een toegangsovereenkomst.

10 — Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond (PB 2003, L 236, blz. 987).

11 — Wet van 16 juli 2004 (Dz. U. 2004, nr. 171, blz. 1800).

18. Indien geen onderhandelingen worden gestart, de toegang tot het telecommunicatienetwerk wordt geweigerd of de gestelde termijn wordt overschreden, kan elk van de partijen de voorzitter van de UKE verzoeken uitspraak te doen over de hangende kwesties of de voorwaarden voor de samenwerking vast te stellen (artikel 27, lid 2). Bij hun verzoek moet een ontwerp van een toegangsovereenkomst worden gevoegd, met de vermelding van de verschillende standpunten en de clausules waarover onenigheid bestaat (artikel 27, lid 3).

19. In zijn besluit dient de voorzitter van de UKE verschillende factoren tegenover elkaar af te wegen: het belang van de gebruikers, de aan de ondernemingen opgelegde verplichtingen, het doel, de modernisering van de telecommunicatiediensten te bevorderen, de aard van de betwistingen en de mogelijkheid om de alternatieve voorstellen en oplossingen in de praktijk toe te passen. Daarbij dient hij bijzondere aandacht te hebben voor de technische en economische aspecten van de toegang. [12] Hij dient er ook voor te zorgen dat de integriteit en de interoperabiliteit van de diensten verzekerd is en erop toe te zien dat er geen sprake is van discriminatie en dat er zich een concurrentieel klimaat kan ontwikkelen. [13]

20. De machtspositie van een onderneming op het gebied van gekoppelde netwerken, het openbaar belang, daaronder begrepen de bescherming van het milieu, en de continuïteit van de universele dienst vormen eveneens criteria waarop de voorzitter van de UKE zich bij de gedwongen arbitrage [14] dient te baseren. [15]

21. Artikel 28, lid 5, van de telecommunicatiewet preciseert met betrekking tot het toegangsbesluit dat, indien de belanghebbenden een overeenkomst sluiten, de bepalingen van het administratieve besluit die door het akkoord worden bestreken van rechtswege vervallen [16], ook al behoudt de voorzitter van de UKE de mogelijkheid om dit besluit op verzoek van een partij of ambtshalve te wijzigen, wanneer dit wordt gerechtvaardigd door de bescherming van de consumenten, een doeltreffende mededinging of de interoperabiliteit van de diensten. [17]

22. De voorzitter van de UKE kan niet alleen zijn eigen besluit wijzigen, maar hij is krachtens artikel 29 ook bevoegd op dezelfde

12 — Artikel 28, lid 1, punten 1, 2, 3 en 4.
13 — Artikel 28, lid 1, punt 5.
14 — Met betrekking tot deze uitdrukking, zie Bellodi L., *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Scientifica, Napels, 1999, blz. 209.
15 — Artikel 28, lid 1, punten 6, 7 en 8.
16 — Artikel 28, lid 5.
17 — Artikel 28, lid 6.

gronden de tekst van een toegangsovereenkomst ambtshalve te wijzigen of de partijen te gelasten deze overeenkomst te wijzigen. [18]

23. Verder kan de voorzitter van de UKE krachtens artikel 45 van de Poolse telecommunicatiewet een onderneming die de toegang tot de eindgebruikers controleert, de nodige bestuursrechtelijke verplichtingen opleggen, daaronder begrepen die tot het verlenen van interconnectie, om te verzekeren dat deze eindgebruikers kunnen communiceren met andere personen die gebruikmaken van de diensten van een andere exploitant, voor zover deze verplichtingen passende en evenredige middelen zijn om het probleem te verhelpen.

III — Precontentieuze procedure, standpunt van de partijen en procesverloop voor het Hof van Justitie

24. Op 21 maart 2005 heeft de Commissie de verwerende lidstaat meegedeeld dat zij twijfels had over de verenigbaarheid van de telecommunicatiewet van 2004 met de artikelen 4, lid 1, en 5, lid 1, eerste alinea, van de toegangsrichtlijn.

25. In haar antwoord van 25 mei 2005 herhaalde de Poolse regering dat bovengenoemde bepalingen wettig waren en voerde zij ter rechtvaardiging van de uitbreiding van de onderhandelingsplicht aan dat de kosten voor de aanleg van nieuwe infrastructuur voor zelfstandige exploitanten op deze wijze konden worden beperkt. Verder betoogde zij dat artikel 5, lid 1, eerste alinea, van de toegangsrichtlijn indirect in het nationale recht was omgezet.

26. Aangezien de Commissie niet akkoord ging met deze uitleg, heeft zij op 4 juli 2006 een met redenen omkleed advies aan de betrokken lidstaat gezonden, dat op 4 september 2006 door deze laatste werd betwist. Volgens Polen voorziet de toegangsrichtlijn weliswaar niet uitdrukkelijk in de invoering van de wettelijke verplichting om toegangsovereenkomsten aan te gaan, maar bevordert deze verplichting een duurzame mededinging en de interoperabiliteit, wat de consument ten goede komt. Zij baseert zich dus op artikel 5, lid 1, eerste alinea, van de toegangsrichtlijn en stelt dat de regelgevende instanties volgens deze programmabepaling de toegang tot en de interconnecties binnen het netwerk moeten verzekeren.

27. Op 8 mei 2007 heeft de Commissie op grond van artikel 226, tweede alinea, EG, het onderhavige beroep ingesteld. Tijdens de procedure hebben de verzoekende instelling en de verwerende lidstaat hun respectieve standpunten gehandhaafd.

18 — Onverminderd de in artikel 30 van de wet genoemde administratieve procedure voor de wijziging van toegangsovereenkomsten.

28. Aangezien de termijn voor het indienen van een verzoek tot mondelinge behandeling is verstreken zonder dat iemand een dergelijk verzoek heeft ingediend, is sinds de algemene vergadering van 6 mei 2008 de weg vrij voor het nemen van de conclusie.

IV — Analyse van de aangevoerde inbreuken

A — *Probleemstelling*

29. Vanaf het prille begin van de liberalisering heeft de Commissie er nooit een geheim van gemaakt dat de toegang tot essentiële infrastructuur een van haar bekommernissen is en heeft zij zich verzet tegen misbruik door ondernemingen die hun concurrenten de toegang weigeren tot de noodzakelijke activa, waarover enkel zij beschikken.

30. De keuze voor een liberale benadering impliceerde ook een versoepeling van de mechanismen voor markttoetreding. Om te vermijden dat de invoering van een soepele toegangsregeling op de lange baan zou worden geschoven, heeft het gemeenschapsrecht een wijziging in de traditionele opvattingen doorgevoerd.

31. De handelsvrijheid op zich bood evenwel niet de mogelijkheid om een eerlijke mededinging tot stand te brengen. Gelet op het feitelijke monopolie van de traditionele openbare exploitant en de rechten die hij gedurende lange tijd had genoten, gecombineerd met zijn grondige kennis van de markt en de bevoorrechte positie die hij innam, diende de toetreding van andere ondernemingen te worden gestimuleerd door de vaststelling van begeleidende maatregelen.

32. De leer van de „essential facilities” [19] komt tot uitdrukking in de bekendmaking van de Commissie betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector (hierna: „bekendmaking inzake toegang”) [20], die beoogt de toegang van nieuwe exploitanten tot de bestaande infrastructuur en telecommunicatienetwerken, die in de meeste gevallen in handen zijn van de vroegere monopolisten, te bevorderen en hun dienaangaande gelijke rechten te verlenen.

33. Daartoe moet aan een aantal cumulatieve voorwaarden zijn voldaan: het moet gaan om een „essentiële” faciliteit in die zin dat zij noodzakelijk moet zijn om te kunnen concurreren met degene die hierover de controle heeft en zij niet met redelijke middelen kan

19 — Doherty, B., *Just what are essential facilities?,* CMLR, 2001, blz. 397-436, en Richer, L., *Le droit à la paresse? Essential Facilities, version française,* Dalloz, 1999, nr. 44, blz. 523.

20 — PB C 265, blz. 2.

worden nagemaakt; en indien zij ter beschikking kan worden gesteld van een andere onderneming, moet de toegang ertoe worden belemmerd of moeten hieraan onredelijke beperkingen worden gesteld. [21]

34. Het Hof heeft in een andere context dan die van de telecommunicaties erkend dat indien de infrastructuur „essentieel" is, de eigenaar verplicht is om met andere ondernemingen overeenkomsten te sluiten over het gebruik ervan, voor zover zij toegang tot de betrokken infrastructuur moeten hebben om hun activiteiten te kunnen verrichten; dit beginsel wordt evenwel getemperd door een aantal strikt uit te leggen voorwaarden die misbruik van machtspositie beogen tegen te gaan (artikel 82 EG). [22]

35. Overeenkomsten vormen uitgelezen instrumenten om een onbelemmerde mededinging tot stand te brengen. Daarom heeft de Commissie zich het recht voorbehouden om geschillen met een communautair belang te regelen [23] en de andere geschillen aan de nationale rechter toevertrouwd.

36. Volgens punt 5 van de considerans van richtlijn 2002/19 mogen er in een open en concurrentiegerichte markt geen beperkingen bestaan die ondernemingen verhinderen — met name grensoverschrijdende — overeenkomsten aan te gaan, en moeten de ondernemingen *in beginsel* [24] te goeder trouw en op een commerciële basis onderhandelen.

37. Elke overheidsinterventie in deze sector is evenwel gericht op de bescherming van het openbaar belang bij onder meer de bevordering van de ontwikkeling, de uitbouw van de netten, alsook de territoriale, economische en sociale cohesie.

38. Bijgevolg mogen niet zonder enige reden beperkingen aan de markteconomie worden gesteld, aangezien dergelijke beperkingen slechts kunnen worden aanvaard voor zover rekening wordt gehouden met de doelstellingen van het gemeenschapsrecht en het doeltreffendheids- en het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen.

21 — Een groot deel van deze beperkingen, die zijn geïnventariseerd door de Amerikaanse rechtspraak, zijn opgenomen in punt 91 van de bekendmaking inzake toegang.

22 — In zijn arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791), heeft het Hof de vroegere rechtspraak geanalyseerd [arresten van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie (6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223); 3 oktober 1985, CBEM (311/84, Jurispr. blz. 3261), en 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91P en C-242/91P, Jurispr. blz. I-743)] en vastgesteld dat er geen sprake is van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 EG-Verdrag, wanneer de exploitant van het enige landelijke systeem van thuisbezorging van dagbladen weigert, een andere uitgever toegang tot dit systeem te verlenen, omdat er alternatieven zijn, zoals bezorging per post en verkoop in winkels en kiosken, en er anderzijds geen technische, reglementaire of economische hindernissen zijn die het voor de concurrenten onmogelijk of moeilijk maken een eigen distributiesysteem op te zetten.

23 — Punt 26 van de bekendmaking inzake toegang.

24 — Cursivering van mij.

39. Zo kan volgens punt 19 van de considerans van richtlijn 2002/19 „[h]et verplicht opleggen van het verlenen van toegang tot de netwerkinfrastructuur […] verantwoord zijn als een middel om de concurrentie te vergroten, maar [moeten] de nationale regelgevende instanties […] de rechten van een infrastructuureigenaar om zijn infrastructuur te eigen bate te exploiteren afwegen tegen de rechten van andere dienstenaanbieders om toegang te krijgen tot faciliteiten die voor hen van essentieel belang zijn om concurrerende diensten te kunnen aanbieden."

40. In dit verband verwijt de Commissie de Republiek Polen een dubbele inbreuk op richtlijn 2002/19: enerzijds komt zij op tegen het feit dat de wet bij de regeling van de bevoegdheden van de nationale regelgevende instantie onderhandelingen voorschrijft, anderzijds verwijt zij de Republiek Polen dat zij deze instantie niet de nodige bevoegdheid heeft verleend om bepaalde doelstellingen na te streven.

B — *Eerste grond van niet-nakoming*

41. De Commissie stelt dat Polen bij de omzetting van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2002/19 de grenzen van haar bevoegdheden heeft overschreden, omdat zij: 1) de ondernemingen bij wet verplicht om overeenkomsten te sluiten, terwijl de richtlijn dit ziet als een specifieke maatregel om mistoestanden recht te zetten, waartoe enkel de nationale regelgevende instantie verplicht is, 2) voorbijgaat aan de situatie in de sector en geen onderscheid maakt tussen de exploitanten naargelang van hun invloed, en 3) de door de richtlijn opgelegde verplichting om over interconnectie te onderhandelen verwart met de sluiting van een toegangsovereenkomst.

42. In de huidige toestand van de telecommunicatiesector in Europa zijn verplichtingen ex ante slechts gerechtvaardigd voor zover zij nodig zijn om het hoofd te bieden aan ernstige risico's voor de vrije mededinging op de markt.

43. De toegangsrichtlijn speelt daarop in en erkent in punt 13 van de considerans ervan uitdrukkelijk dat „[h]et […] de bedoeling [is] de sectorspecifieke regelgeving ex ante geleidelijk in te krimpen naarmate de concurrentie op de markt zich ontwikkelt", ook al wordt de mogelijkheid van regelgeving ex ante niet uitgesloten wanneer als gevolg van de technologische ontwikkeling nieuwe knelpunten ontstaan die dergelijke regelgeving vereisen, bijvoorbeeld op het gebied van de breedbandnetwerken.

44. In punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn wordt verduidelijkt dat er geen daadwerkelijke mededinging bestaat op

markten waar er een of meer ondernemingen met een aanzienlijke marktmacht zijn, wanneer de nationale en communautaire rechtsmiddelen „ontoereikend zijn om het probleem op te lossen".

45. In de loop der jaren is de situatie zo geëvolueerd dat thans in de kaderrichtlijn wordt verklaard dat het mogelijk is gebleken „de voorwaarden te scheppen voor daadwerkelijke mededinging in de telecommunicatiesector". [25]

46. Het lijkt dan ook tegenstrijdig om ter omzetting van de communautaire regeling [26] de verplichting op te leggen overeenkomsten te sluiten. Hiermee wordt voorbijgegaan aan het fundamentele uitgangspunt dat de vrije mededinging in dit stadium reeds een onomstotelijke realiteit zou moeten zijn.

47. Een eventueel excuus zou hierin kunnen worden gezocht dat de Poolse wetgever op basis van aanwijzingen dat er sprake is van een verstoring van de markt, ervan is uitgegaan dat er geen werkelijke vrijheid is, maar als men logisch nadenkt, houdt deze redenering geen stand, aangezien dan een andere rechtsnorm zou worden toegepast, maar niet de toegangsrichtlijn, die deel uitmaakt van het „nieuwe regelgevingskader".

48. Het gemeenschapsrecht voorziet zeker in de mogelijkheid te reageren op bepaalde uitwassen die een gezonde mededinging kunnen aantasten.

49. Om de mistoestanden vast te stellen en voor elk geval een passende oplossing voor te schrijven, zijn er evenwel gespecialiseerde en onpartijdige instanties nodig, zoals de nationale regelgevende instanties die daartoe door richtlijn 2002/19 zijn aangewezen.

50. Op nationaal niveau staat het volgens artikel 12, lid 1, van richtlijn 2002/19 aan de nationale regelgevende instantie en niet aan de wetgever, ervoor te zorgen dat de exploitanten ingaan op redelijke verzoeken om

25 — Punt 1 van de considerans.

26 — Ook al heeft het beroep betrekking op de toegangsrichtlijn, kan men er niet om heen dat deze is geënt op de kaderrichtlijn.

toegang tot en gebruik van bepaalde netwerkonderdelen en bijbehorende faciliteiten.

51. Verder geldt deze verplichting slechts voor de in deze bepaling niet-limitatief genoemde gevallen, bijvoorbeeld wanneer de toegang wordt geweigerd of onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect worden opgelegd, waardoor de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte detailhandelsmarkt wordt belemmerd.

52. Tot de corrigerende maatregelen behoren het „te goeder trouw onderhandelen met ondernemingen die verzoeken om toegang" (artikel 12, lid 1, sub b, van richtlijn 2002/19), waarbij de nationale regelgevende instantie vooraf op basis van realistische technische of economische criteria en rekening houdend met de vereiste bescherming de wenselijkheid daarvan dient te onderzoeken en dient te beoordelen of deze verplichting evenredig is aan de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn (artikel 12, lid 2, van richtlijn 2002/19). [27]

53. Het gemeenschapsrecht voorziet niet in het door de Poolse wetgever opgelegde automatisme. Integendeel, het verlangt dat onafhankelijke instanties voor elk geval — na een analyse van de markt — de passende oplossing kiezen. [28]

54. De aanpak van Polen tast aldus de dynamiek van de sector aan, die voortdurend in ontwikkeling is ten gevolge van de constante vooruitgang die op het gebied van de elektronische communicatie wordt geboekt.

55. Aangezien te verwachten valt dat de concurrentie zich in de diverse marktsegmenten en lidstaten in een verschillend tempo zal ontwikkelen, mag de mogelijkheid niet worden uitgesloten dat een stap terug wordt gezet. Daartoe moeten de nationale regelgevende instanties de bevoegdheid hebben om de regelgeving te versoepelen wanneer de concurrentie de gewenste resultaten oplevert (punt 13 van de considerans van de toegangsrichtlijn). [29]

27 — Artikel 12, lid 2, verwijst naar de technische en economische levensvatbaarheid van het gebruik of de installatie van concurrerende faciliteiten, rekening houdend met de situatie van de markt, de aard van en het soort interconnectie en toegang, de haalbaarheid van de toegangverlening, de door de eigenaar verrichte initiële investering, de noodzaak om op lange termijn de concurrentie in stand te houden, de intellectuele-eigendomsrechten en het verlenen van pan-Europese diensten.

28 — Artikel 16, lid 3, van de kaderrichtlijn bepaalt zelfs dat wanneer een nationale regelgevende instantie concludeert dat de markt daadwerkelijk concurrerend is, zij niet een van de specifieke wettelijke verplichtingen als beschreven in lid 2 mag opleggen of handhaven (waartoe die van artikel 8 van de toegangsrichtlijn behoren, waarnaar in lid 2 wordt verwezen).

29 — Artikel 8 van de toegangsrichtlijn bepaalt, zij het met betrekking tot andere verplichtingen (die van de artikelen 9-13), dat de nationale regelgevende instanties deze verplichtingen kunnen wijzigen of opheffen.

56. De Poolse wet gaat tegen deze versoepeling in, aangezien zij, door bovengenoemde beperkingen vast te stellen, de regulering op een bepaald niveau fixeert, waardoor de onafhankelijke regelgevende instantie niet in staat is de interventie terug te schroeven.

57. De toegangsrichtlijn stelt, met inachtneming van de beginselen van transparantie en openbaarheid [30], de verplichtingen van alle exploitanten vast, zij het dat zij de klemtoon legt op de verplichtingen van ondernemingen met „aanmerkelijke marktmacht" [31]. Deze uitdrukking is mijns inziens illustratief voor de overgang van een monopolie naar een open markt en past beter dan de term „machtspositie" in een context zonder mercantilistische beperkingen.

58. Hoewel in algemene termen wordt gesproken over het verlenen van interconnectie, zijn de voorwaarden waaronder deze verplichting kan worden opgelegd niet steeds dezelfde. Zij variëren namelijk naargelang van de macht van de onderneming, aangezien aan ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht een dergelijke verplichting hoe dan ook zonder extra marktanalyse [32] kan worden opgelegd. Ten aanzien van dergelijke ondernemingen hoeft enkel te worden aangetoond dat de verplichting passend is. [33]

59. Artikel 8 van de toegangsrichtlijn verwijst namelijk uitdrukkelijk naar de „exploitant [die] een aanmerkelijke macht op een specifieke markt bezit" en andere bepalingen van de richtlijn verwijzen naar dit artikel.

60. Volgens artikel 4 van de toegangsrichtlijn moeten de exploitanten toegang en interconnectie verlenen met inachtneming van de verplichtingen die door de nationale regelgevende instantie worden opgelegd uit hoofde van artikel 8.

61. Ook de normatieve inhoud van artikel 12, dat voorziet in de verplichting om te goeder trouw te onderhandelen, wordt bepaald door bovengenoemd artikel 8, aangezien de door de nationale regelgevende instanties opgelegde verplichtingen in overeenstemming moeten zijn met laatstgenoemde bepaling.

30 — Saracci, F., in *L´interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications: exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Atelier national de reproduction de thèses, 2004, blz. 97, wijst erop dat de klassieke beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel, die door het Hof als grondbeginselen zijn aangemerkt [arresten van 19 oktober 1977, Ruckdeschel (117/76 en 16/77, Jurispr. blz. 1753), en 15 juni 1978, Defrenne (149/77, Jurispr. blz. 1365)], een stimulerende invloed uitoefenen op de telecommunicatie.

31 — Volgens artikel 14, lid 2, van de kaderrichtlijn heeft een onderneming een aanmerkelijke marktmacht wanneer zij, alleen of samen met andere, een aan een machtspositie gelijkwaardige positie bezit, dit wil zeggen een economische kracht die haar in staat stelt zich onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.

32 — Waarin op algemene wijze wordt voorzien in artikel 16 van richtlijn 2002/21.

33 — Punt 15 van de considerans van richtlijn 2002/19.

62. Deze tweeledigheid van de regeling naargelang van de macht van de ondernemingen is niet terug te vinden in de Poolse wet.

63. Verder bevestigt het feit dat artikel 4, lid 1, van richtlijn 2002/19 de begrippen „toegang" [34] en „interconnectie" [35] op één lijn stelt, de stelling dat verweerster haar verplichtingen uit het gemeenschapsrecht niet is nagekomen. [36]

64. Interconnectie situeert zich in de betrekkingen tussen particuliere exploitanten en vertoont enige gelijkenis met een privaatrechtelijke instelling. [37] Zij vereist de nodige techniek om interactie tussen verschillend opgezette netwerken mogelijk te maken.

65. Het begrip „toegang" heeft ruimere rechtsgevolgen dan de loutere onderlinge verbinding van infrastructuren, omdat het betrekking heeft op het beschikbaar stellen van een reeks faciliteiten en/of diensten en uiteindelijk de „interconnectie" omvat, die een specifiek type toegang is dat wordt gerealiseerd tussen exploitanten van openbare netwerken (artikel 2, sub b in fine, van richtlijn 2002/19).

66. Vanuit dit oogpunt bezien stemt het omstreden voorschrift niet met het beginsel van minimale interventie overeen, dat een weerspiegeling is van het evenredigheidsbeginsel, dat door de rechtspraak van het Hof nauwkeurig is omschreven [38] en dat ervan uitgaat dat de maatregel passend en noodzakelijk moet zijn en dat kosten en baten met elkaar in evenwicht moeten zijn.

67. Het argument van de Poolse regering dat de telecommunicatiebedrijven de wetgeving zonder slag of stoot hebben aanvaard, is naast de kwestie, aangezien particulieren niet kunnen controleren of het gemeenschapsrecht getrouw in acht wordt genomen,

34 — Gedefinieerd in artikel 2, sub a, van richtlijn 2002/19.

35 — Dit begrip wordt nader toegelicht in artikel 2, sub b, van richtlijn 2002/19.

36 — Verrassenderwijs omschrijft de Poolse telecommunicatiewet zelf in artikel 2, lid 6, sub a, ervan de interconnectie als een onderdeel van de toegang.

37 — Saracci, F., op. cit., blz. 106, en Strubel, X., *Brèves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécomunications*, Lex Electronica, nr. 4/1998, op www.lex-electronica.org.

38 — Onder de oudste arresten dient te worden verwezen naar die van 17 december 1970, Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (11/70, Jurispr. blz. 1125); 24 oktober 1973, Balkan Import Export/Hauptzollamt Berlin Packhof (5/73, Jurispr. blz. 1091); 28 oktober 1975, Rutili (36/75, Jurispr. blz. 1219); 7 juli 1976, Watson en Belmann (118/75, Jurispr. blz. 1185); 5 juli 1977, Bela Mühle/Grows Farm (114/76, Jurispr. blz. 1211); 20 februari 1979, Buitoni (122/78, Jurispr. blz. 677); 21 juni 1979, Atalanta (240/78, Jurispr. blz. 2137), en 13 december 1979, Hauer/Land Rheinland-Pfalz (44/79, Jurispr. blz. 3727).

evenmin als eenvoudige bestuurlijke praktijken, die naar hun aard volgens goeddunken van de administratie kunnen worden gewijzigd en onvoldoende bekend zijn gemaakt, een garantie vormen voor een correcte uitvoering van een richtlijn. [39]

68. De toegangsrichtlijn en de Poolse telecommunicatiewet voorzien dus in verschillende mechanismen. De Poolse wet wijkt van de richtlijn af, aangezien hij van de uitzondering de regel maakt, de mogelijkheid voor de nationale instantie om onderhandelingen over interconnectie op te leggen gelijkstelt met een veralgemeende verplichting om een toegangsovereenkomst te sluiten en bovendien de interventie handhaaft zonder dat de regelgevende instantie deze kan opheffen of zelfs maar wijzigen. Om deze redenen dient het eerste middel van de Commissie te worden aanvaard.

C — *Tweede grond van niet-nakoming*

69. De Commissie stelt dat volgens artikel 5, lid 1, van de toegangsrichtlijn aan de nationale regelgevende instantie de bevoegdheid moet worden verleend om in concrete gevallen in te grijpen ter bereiking van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn, door de vaststelling van transparante, evenredige en niet-discriminerende voorwaarden. Volgens haar voorziet de Poolse wet niet in deze bijzondere bevoegdheid.

70. De oplossing dient andermaal te worden gezocht in richtlijn 2002/21. Artikel 8 van deze richtlijn vormt de eerste bepaling van hoofdstuk III, „Taken van de nationale regelgevende instanties". [40]

71. Ik ben het eens met de verwerende regering dat artikel 8 van de kaderrichtlijn bijzonder algemeen geformuleerd is. De gekozen wetgevingstechniek, namelijk die van de richtlijn, vertoont evenwel soms een hoge graad van abstractie om de lidstaten voldoende bewegingsvrijheid te laten en aldus de doeltreffendheid ervan te verzekeren.

72. Artikel 8, leden 2, 3 en 4, beoogt hoe dan ook de concurrentie in de elektronische-communicatienetwerken, de ontwikkeling

39 — Arresten Hof van 13 maart 1997, Commissie/Frankrijk (C-197/96, Jurispr. blz. I-1489); 9 maart 2000, Commissie/Italië (C-358/98, Jurispr. blz. I-1255), en 10 maart 2005, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-33/03, Jurispr. blz. I-1865).

40 — Artikel 5 van richtlijn 2002/19 verwijst naar de doelstellingen van artikel 8 van richtlijn 2002/21.

van de interne markt en de bescherming van de belangen van de burgers van de Europese Unie te verzekeren.

73. In zijn recente arrest van 31 januari 2008 [41] (punt 81) heeft het Hof vastgesteld dat in artikel 8 van de kaderrichtlijn de verplichting besloten ligt om — via de nationale regelgevende instanties — alle redelijke maatregelen te treffen met het oog op de bevordering van een daadwerkelijke en onbelemmerde mededinging. Deze vaststelling toont aan dat dit artikel, anders dan Polen met klem stelt, niet louter een programmabepaling is.

74. De eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het gelijkheidsbeginsel vereisen dat ook de zin en de draagwijdte van het betrokken voorschrift op eenvormige wijze worden vastgesteld, vooral wanneer niet uitdrukkelijk naar het nationale recht wordt verwezen. [42]

75. De rechtspraak heeft gepreciseerd dat voor de omzetting van gemeenschapsrechtelijke bepalingen in nationaal recht niet noodzakelijk vereist is dat die bepalingen formeel en letterlijk worden overgenomen. Het volstaat namelijk dat de algemene juridische context daadwerkelijk de volledige toepassing van deze bepalingen op duidelijke en nauwkeurige wijze verzekert. [43]

76. Het argument dat in de betrokken lidstaat geen activiteiten plaatsvinden die onverenigbaar zijn met de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, kan niet worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het feit dat de nationale wet de richtlijn gebrekkig heeft omgezet. [44]

77. Ter oplossing van het probleem dient te worden opgemerkt dat artikel 5, lid 1, van de toegangsrichtlijn de regelgevende instanties de permanente verplichting [45] oplegt om de markt te observeren teneinde een passende toegang en interconnectie en de interoperabiliteit van de diensten te bevorderen en te verzekeren.

78. De — volgens de Commissie niet verleende — bevoegdheid dient de regelgevende instanties dus niet alleen in staat te stellen om eventueel in specifieke gevallen

41 — Centro Europa 7 (C-380/05, Jurispr. blz. I-349).

42 — Arresten Hof van 18 januari 1984, Ekro (327/82, Jurispr. blz. 107); 19 september 2000, Linster (C-287/98, Jurispr. blz. I-6917), en 18 oktober 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Jurispr. blz. I-8817).

43 — Arrest Hof van 27 april 1988, Commissie/Frankrijk (252/85, Jurispr. blz. 2243).

44 — Arrest Hof van 15 maart 1990, Commissie/Nederland (C-339/87, Jurispr. blz. I-851).

45 — Ik ben het op dit punt eens met het betoog van de Poolse regering.

maatregelen te treffen, maar ook om controle uit te oefenen. In het verzoekschrift wordt hieraan voorbijgegaan.

79. Artikel 5 van richtlijn 2002/19 voorziet „in het bijzonder" in een aantal verplichtingen die de regelgevende instanties moeten kunnen opleggen om eind-tot-eindverbindingen en de toegang van eindgebruikers tot digitale radio- en televisieomroepdiensten te waarborgen (lid 1, tweede alinea).

80. Het gaat evenwel niet om automatische verplichtingen. Aan de regelgevende instanties wordt de nodige ruimte gelaten om hun eigen verantwoordelijkheid te nemen en zodanige verplichtingen op te leggen dat een efficiënte en duurzame mededinging wordt verzekerd en de voordelen voor de consumenten worden gemaximaliseerd.

81. Deze stelling vindt steun in het arrest van 13 december 2001 [46], waarin het Hof de bevoegdheden van de regelgevende instanties heeft onderzocht in het licht van richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP). [47]

82. Dit arrest [48], dat betrekking heeft op het Koninkrijk Spanje, verleent de Republiek Polen een grotere bescherming dan die welke Frédéric Chopin en George Sand vonden in het kartuizerklooster van Jesús Nazareno de Valldemosa [49], aangezien op grond van een soort positieve verplichting [50] die krachtens de interconnectierichtlijn op de nationale instanties rust, aan deze laatste een ruime waaier aan bevoegdheden wordt verleend, zodat zij niet alleen de sluiting van overeenkomsten tussen concurrenten kunnen bevorderen, maar ook ex ante [51] de verplichting kunnen opleggen toegang tot het abonneenet te verlenen en interconnectie te bieden in de plaatselijke en de hogere schakelcentrales.

46 — Telefónica de España (C-79/00, Jurispr. blz. I-10075).

47 — PB L 199, blz. 32.

48 — In dit arrest heeft het Hof zich aangesloten bij de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 21 juni 2001.

49 — Het beroemde koppel kwam in de herfst van 1838 samen met de kinderen van de schrijfster naar Mallorca in de hoop daar te genieten van een zachte winter die de ziekte van de Poolse musicus — tuberculose — zou verzachten, maar het slechte weer en meer in het bijzonder de vochtigheid leidden tot hun vervroegd vertrek in februari 1839. Chopin had niettemin verder kunnen werken aan de compositie van zijn 24 Preludes, opus 28, nadat hij — na het doorlopen van een aantal vervelende douaneformaliteiten — de door hem bestelde Pleyel-piano uit Parijs had ontvangen. George Sand beschrijft in een intimistische en romantische sfeer haar belevenissen op het eiland in *Un hiver à Majorque*, Cort, 2004.

50 — Die als volgt kan worden uitgedrukt: „alles wat niet verboden is, is toegelaten".

51 — In geval van aanmerkelijke marktmacht.

83. Gelet op deze elementen, die erop wijzen dat de bevoegdheden van de regelgevende instanties niet duidelijk zijn afgebakend, is het betoog van de Commissie onvoldoende onderbouwd [52] en moeilijk te verenigen met de stelling dat artikel 5 van de toegangsrichtlijn gebrekkig is omgezet, aangezien de artikelen 26 tot en met 30 van de Poolse telecommunicatiewet, zoals hierboven is uiteengezet, de regelgevende instantie ruime interventiemogelijkheden verlenen. [53]

84. Verder ben ik het weliswaar met verzoekster eens dat het niet aangewezen is deze bevoegdheden te laten afhangen van het bestaan van een voorafgaand geschil tussen exploitanten, maar dat betekent nog niet dat de toegangsrichtlijn een verbod in die zin bevat. Ook al gelden de artikelen 26 tot en met 30 van de Poolse wet enkel voor de administratieve procedure, geldt dit immers niet voor artikel 45 ervan, dat duidelijk bepaalt dat de voorzitter van de UKE de nodige bestuursrechtelijke verplichtingen moet opleggen om te voldoen aan artikel 1, leden 2 en 3, van de communicatiewet, dat overeenstemt met artikel 8 van de kaderrichtlijn.

85. Van de door de Commissie in haar tweede middel aangevoerde inbreuk kan mijns inziens dan ook geen sprake zijn, aangezien de algemeen geformuleerde gemeenschapsrechtelijke doelstellingen [54] zijn overgenomen in de artikelen 26 tot en met 30 en 45 van de omstreden nationale wet.

V — Kosten

86. Ingevolge artikel 69, leden 2 en 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof de kosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

87. Aangezien slechts een van de door de Commissie tegen de Republiek Polen aangevoerde middelen is aanvaard, is het billijk dat elke partij haar eigen kosten draagt.

52 — In zijn arrest van 10 januari 2008, Commissie/Finland (C-387/06), gewezen in een niet-nakomingszaak die veel gelijkenis vertoont met de onderhavige, heeft het Hof de stelling verworpen dat de nationale regeling de bevoegdheden van de regelgevende instantie beperkte, omdat de Commissie deze regeling niet aan een grondig onderzoek had onderworpen en evenmin had aangetoond dat de nationale instantie niet in staat was om passende maatregelen ter verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn te treffen.

53 — Terzijde gelaten dat deze mogelijkheden te ver gaan. Juist daarom dient het eerste middel te worden aanvaard.

54 — Ik verwijs met name naar artikel 5 van richtlijn 2002/19, te lezen in samenhang met artikel 8 van richtlijn 2002/21.

VI — Conclusie

88. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

1) te verklaren dat de Republiek Polen de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 4, 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, door alle telecomoperatoren de wettelijke verplichting op te leggen om over een toegangsovereenkomst te onderhandelen;

2) het beroep te verwerpen voor het overige;

3) elke partij in haar eigen kosten te verwijzen.