ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

12 november 2009 *

In zaak C-192/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Korkein hallinto-oikeus (Finland) bij beslissing van 8 mei 2008, ingekomen bij het Hof op dezelfde dag, in de procedure

TeliaSonera Finland Oyj,

in tegenwoordigheid van:

iMEZ Ab,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J.-C. Bonichot, president van de Vierde kamer, waarnemend voor de president van de Tweede kamer, C. W. A. Timmermans, K. Schiemann, P. Kūris (rapporteur) en L. Bay Larsen, rechters,

* Procestaal: Fins.

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 2 april 2009,

gelet op de opmerkingen van:

— TeliaSonera Finland Oyj, vertegenwoordigd door K. Mattila, oikeustieteen kandidaatti,

— iMEZ Ab, vertegenwoordigd door S. Aalto, asianajaja,

— de Finse regering, vertegenwoordigd door A. Guimaraes-Purokoski als gemachtigde,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. Bruni als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,

— de Litouwse regering, vertegenwoordigd door I. Jarukaitis als gemachtigde,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels en M. de Mol als gemachtigden,

— de Poolse regering, vertegenwoordigd door M. Dowgielewicz als gemachtigde,

— de Roemeense regering, vertegenwoordigd door A. Ciobanu-Dordea als gemachtigde, bijgestaan door E. Gane en L. Nicolae, consilieri,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door I. Koskinen en A. Nijenhuis als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 14 mei 2009,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 4, lid 1, 5 en 8 van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn) (PB L 108, blz. 7).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen TeliaSonera Finland Oyj (hierna: „TeliaSonera"), rechtsopvolgster van Sonera Mobile Networks Oy, enerzijds, en de Viestintävirasto (regelgevende instantie voor telecommunicatie; hierna: „RIT") en iMEZ Ab (hierna: „iMEZ"), anderzijds, over een op 11 december 2006 door de RIT ten aanzien van TeliaSonera gegeven beschikking.

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsregeling

3 De punten 5, 6, 8 en 19 van de considerans van de toegangsrichtlijn luiden als volgt:

„(5) In een open en concurrentiegerichte markt dienen er geen beperkingen te bestaan die ondernemingen verhinderen onderling toegangs- en interconnectieregelingen, en met name grensoverschrijdende overeenkomsten, aan te gaan, met dien verstande dat de mededingingsregels van het [EG-]Verdrag in acht moeten worden genomen. In het kader van de totstandbrenging van een efficiëntere, echte pan-Europese markt met een reële mededinging, met meer keuze en concurrerende dienstverlening voor de consument, moeten ondernemingen die het verzoek om toegang of interconnectie krijgen, in beginsel zulke overeenkomsten sluiten en te goeder trouw onderhandelen.

(6) In 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, dient een kader voor regels 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 onder-

handelingen mislukken, te zorgen voor passende toegang en interconnectie en voor de nodige interoperabiliteit tussen diensten in het belang van de eindgebruikers. Zij waarborgen in het bijzonder de eind-tot-eind-verbinding door proportionele verplichtingen op te leggen aan ondernemingen die de toegang tot de eindgebruikers controleren. […]

[…]

(8) Netwerkexploitanten regelen de toegang tot hun eigen klanten, die individueel worden geïdentificeerd door middel van nummers of adressen uit een gepubliceerde nummer- of adresseringsruimte. Andere netwerkexploitanten moeten in staat zijn deze klanten te bereiken en moeten dus in staat zijn direct of indirect interconnectie met elkaar tot stand te brengen. De bestaande rechten en verplichtingen met betrekking tot het voeren van onderhandelingen over interconnectie dienen bijgevolg te worden gehandhaafd. […]

[…]

(19) Het verplicht opleggen van het verlenen van toegang tot de netwerkinfrastructuur kan verantwoord zijn als een middel om de concurrentie te vergroten, maar de nationale regelgevende instanties moeten 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. Wanneer exploitanten verplicht zijn om in te gaan op redelijke verzoeken om toegang tot en gebruik van bepaalde netwerkonderdelen en bijbehorende faciliteiten, kunnen dergelijke verzoeken alleen afgewezen worden op basis van objectieve criteria als technische haalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven. […]”

4 Volgens artikel 1, lid 1, van de toegangsrichtlijn

„[…] harmoniseert deze richtlijn de wijze waarop de lidstaten de toegang tot en de interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten reguleren. Doelstelling is, met inachtneming van de beginselen van de interne markt een regelgevingskader voor de betrekkingen tussen aanbieders van netwerken en diensten tot stand te brengen, dat leidt tot duurzame concurrentie, interoperabiliteit van elektronischecommunicatiediensten en voordelen voor de consument."

5 Artikel 2 van deze richtlijn bevat onder meer de volgende definities:

„[…]

a) ‚toegang': het beschikbaar stellen van faciliteiten en/of diensten aan een andere onderneming, onder uitdrukkelijke voorwaarden, hetzij op exclusieve hetzij op niet-exclusieve basis, met het oog op het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten. Dit omvat onder andere: toegang tot netwerkonderdelen en bijbehorende faciliteiten dat met zich mee kan brengen het koppelen van apparaten door middel van vaste of mobiele middelen (dit omvat in het bijzonder de toegang tot het aansluitnetwerk en tot alle faciliteiten en diensten die noodzakelijk zijn om via het aansluitnetwerk diensten te verlenen); toegang tot materiële infrastructuur waaronder gebouwen, kabelgoten en masten; toegang tot programmatuursystemen, waaronder operationele ondersteuningssystemen; toegang tot nummervertaling of systemen met vergelijkbare functionaliteit; toegang tot vaste en mobiele netwerken, met name voor roaming; toegang tot voorwaardelijke toegangssystemen voor digitale-televisiediensten; toegang tot virtuele netwerkdiensten;

b) ‚interconnectie': het fysiek en logisch verbinden van openbare communicatienetwerken die door dezelfde of een andere onderneming worden gebruikt om het de gebruikers van een onderneming mogelijk te maken te communiceren met die van dezelfde of van een andere onderneming of toegang te hebben tot diensten die door een andere onderneming worden aangeboden. Diensten kunnen worden aangeboden door de betrokken partijen of andere partijen die toegang hebben tot het netwerk. Interconnectie is een specifiek type toegang dat wordt gerealiseerd tussen exploitanten van openbare netwerken;

c) ‚exploitant': onderneming die een openbaar communicatienetwerk of een bijbehorende faciliteit aanbiedt of gemachtigd is aan te bieden;

[…]"

6 Artikel 3, lid 1, van de toegangsrichtlijn bepaalt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat er geen beperkingen zijn die het ondernemingen, gevestigd in één lidstaat of in verscheidene lidstaten, beletten onderling overeenkomsten inzake technische en commerciële regelingen voor toegang en/of interconnectie aan te gaan overeenkomstig het gemeenschapsrecht. De onderneming die om toegang of om interconnectie verzoekt hoeft niet gemachtigd te zijn om te opereren in de lidstaat waar om toegang of interconnectie wordt verzocht, indien zij in die lidstaat geen diensten aanbiedt en geen netwerk exploiteert."

7 Artikel 4 van deze richtlijn, „Rechten en verplichtingen van ondernemingen", luidt als volgt:

„1. 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.

[…]"

8 Artikel 5 van de richtlijn, „Bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de nationale regelgevende instanties met betrekking tot toegang en interconnectie", bepaalt:

„1. Met het oog op de doelstellingen van artikel 8 van richtlijn 2002/21/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33)], bevorderen, en waar nodig waarborgen de nationale regelgevende instanties overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn passende toegang en interconnectie, alsook interoperabiliteit van diensten, en oefenen zij daarbij hun bevoegdheid uit 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 ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht:

a) verplichtingen kunnen opleggen, voor zover noodzakelijk om eind-tot-eind-verbindingen te waarborgen, 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;

[…]

2. Als een exploitant in overeenstemming met artikel 12 de verplichting wordt opgelegd toegang te verlenen, kunnen de nationale regelgevende instanties conform de gemeenschapswetgeving technische of operationele voorwaarden opleggen aan de aanbieder en/of de gebruikers van die toegang, wanneer dat nodig is om de normale werking van het netwerk te garanderen. Voorwaarden die betrekking hebben op de toepassing van specifieke technische normen of specificaties moeten stroken met artikel 17 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn).

3. Overeenkomstig de leden 1 en 2 opgelegde verplichtingen en voorwaarden zijn objectief, transparant, evenredig en niet-discriminerend en worden toegepast volgens de procedure van de artikelen 6 en 7 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn).

4. Wat toegang en interconnectie betreft, zorgen de lidstaten ervoor dat de nationale regelgevende instantie de bevoegdheid heeft op eigen initiatief, indien gerechtvaardigd, dan wel, bij gebreke van overeenstemming tussen ondernemingen, wanneer één van de betrokken partijen daarom verzoekt, in te grijpen ter waarborging van de beleidsdoelstellingen van artikel 8 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn), zulks overeenkomstig het bepaalde in deze richtlijn en volgens de procedures van de artikelen 6 en 7, 20 en 21 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn).”

9 De artikelen 6 tot en met 13 van de toegangsrichtlijn regelen de verplichtingen van de exploitanten en de marktobservatieprocedures.

10 Inzonderheid regelen de artikelen 8 tot en met 12 van deze richtlijn de verplichtingen en de procedures die gelden voor de exploitanten die zijn aangewezen als ondernemingen met aanmerkelijke macht op een specifieke markt.

11 Bovenbedoeld artikel 12, met het opschrift „Verplichtingen inzake toegang tot en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten", luidt:

„1. Een nationale regelgevende instantie kan exploitanten overeenkomstig artikel 8 de verplichting 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.

Van exploitanten kan onder meer worden verlangd dat zij:

a) derden toegang verlenen tot bepaalde netwerkelementen en/of faciliteiten, met inbegrip van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk;

b) te goeder trouw onderhandelen met ondernemingen die verzoeken om toegang;

[…]

g) bepaalde diensten aanbieden die nodig zijn voor de interoperabiliteit van de aan gebruikers geleverde eind-tot-eind-diensten, inclusief faciliteiten voor intelligente netwerkdiensten of roaming binnen mobiele netwerken;

[…]

i) zorgen voor interconnectie van netwerken of netwerkfaciliteiten.

De nationale regelgevende instanties kunnen aan die verplichtingen voorwaarden verbinden aangaande billijkheid, redelijkheid en opportuniteit.

[…]”

12 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten

(machtigingsrichtlijn) (PB L 108, blz. 21), geeft op haar beurt in artikel 2, lid 2, sub a, de volgende definitie:

„‚algemene machtiging': regelgeving door de lidstaten waarbij rechten worden verleend voor het aanbieden van elektronischecommunicatienetwerken of -diensten en specifieke sectorgebonden verplichtingen worden vastgesteld die […] kunnen gelden voor alle of voor specifieke soorten elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, overeenkomstig deze richtlijn".

13 Artikel 4 van deze richtlijn, met het opschrift „Minimumlijst van uit de algemene machtiging voortvloeiende rechten", bepaalt:

„1. Ondernemingen [met een algemene machtiging] hebben het recht:

a) elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan te bieden;

[…].

2. Dergelijke ondernemingen die openbare elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aanbieden, worden door de algemene instantie voorts gemachtigd om:

a) te onderhandelen over interconnectie met en eventueel toegang of interconnectie te verkrijgen van andere aanbieders van openbare communicatienetwerken en -diensten die ongeacht waar in de Gemeenschap onder een algemene machtiging vallen, onder de voorwaarden van en overeenkomstig richtlijn 2002/19/EG (toegangsrichtlijn);

[…]”

14 Artikel 6 van de machtigingsrichtlijn luidt als volgt:

„1. De algemene machtiging voor het aanbieden van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten […] [kan] alleen aan de […] in [deel] A […] van de bijlage genoemde voorwaarden worden onderworpen. Deze voorwaarden moeten objectief gerechtvaardigd zijn in relatie tot het betrokken netwerk of de betrokken dienst, en moeten bovendien niet-discriminerend, proportioneel en transparant zijn.

2. Specifieke verplichtingen die kunnen worden opgelegd aan aanbieders van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten krachtens artikel 5, leden 1 en 2, en de artikelen 6 en 8 van [de toegangsrichtlijn] […], moeten juridisch gescheiden zijn van de rechten en verplichtingen in het kader van de algemene machtiging. […]

[…]”

15 Volgens deel A van de bijlage bij deze richtlijn is een van de voorwaarden die aan een algemene machtiging kunnen worden verbonden, het waarborgen van de interoperabiliteit van diensten en de interconnectie van netwerken overeenkomstig de toegangsrichtlijn.

16 De kaderrichtlijn geeft in artikel 2 onder meer de volgende definities:

„[…]

c) ‚algemene machtiging': elektronischecommunicatiedienst': een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronischecommunicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd. Hij omvat niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van richtlijn 98/34/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB L 204, blz. 37)], die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronischecommunicatienetwerken;

d) ‚openbaar communicatienetwerk': een elektronischecommunicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om openbare elektronischecommunicatiediensten aan te bieden;

[…]"

17 De artikelen 8 tot en met 13 van de kaderrichtlijn leggen de taken vast die de nationale regelgevende instanties moeten uitvoeren om te voldoen aan de doelstellingen van mededinging, ontwikkeling van de interne markt en bevordering van de belangen van de burgers van de Europese Unie.

Nationaal recht

18 § 2 van de Viestintämarkkinalaki (Finse wet op de telecommunicatiemarkt) 393/2003 van 23 mei 2003, met het opschrift „Definities", luidt als volgt:

„Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder:

[…]

13) ‚interconnectie': het fysiek en logisch verbinden van verschillende communicatienetwerken en -diensten teneinde de gebruikers toegang te verlenen tot het communicatienetwerk en de communicatiediensten van een andere telecommunicatieonderneming;

[…]

17) ‚netwerkonderneming': onderneming die een communicatienetwerk dat zij bezit of waarover zij om een andere reden beschikt, aanbiedt met het oog op de transmissie, distributie of levering van berichten;

[…]

19) ‚dienstenonderneming': onderneming die berichten doorgeeft via een communicatienetwerk waarover zij beschikt of dat zij met het oog op gebruik heeft verkregen van een netwerkonderneming, of die berichten distribueert of levert in een massacommunicatienetwerk;

[…]

21) ‚telecommunicatieonderneming': netwerkonderneming of dienstenonderneming;

[…]"

19 Overeenkomstig § 39 van deze wet, met het opschrift „Interconnectieverplichtingen voor telecommunicatieondernemingen", is een telecommunicatieonderneming verplicht om met een andere telecommunicatieonderneming over interconnectie te onderhandelen. Volgens § 39, lid 2, kan de RIT bij beschikking een onderneming met aanmerkelijke marktmacht verplichten om een communicatienetwerk of -dienst te koppelen met een communicatienetwerk of -dienst van een andere telecommunicatieonderneming. Op grond van § 39, lid 3, kan de RIT dezelfde verplichting eveneens opleggen aan ondernemingen die niet over aanmerkelijke marktmacht beschikken, op

voorwaarde dat de betrokken telecommunicatieondernemingen de verbindingen van de gebruikers met het communicatienetwerk controleren en deze verplichting noodzakelijk is om de interconnectie van de communicatienetwerken te waarborgen.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

20 Blijkens de verwijzingsbeslissing heeft iMEZ op 10 mei 2006 de RIT, de Finse nationale regelgevende instantie, verzocht om de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de sluiting te verzekeren van een interconnectieovereenkomst met TeliaSonera inzake de transmissie van tekstberichten (hierna: „SMS") en multimediaberichten (hierna: „MMS").

21 Op 18 mei 2006 heeft de RIT de zaak verwezen naar de bemiddelingsprocedure, na afloop waarvan is vastgesteld dat de onderhandelingen waren mislukt.

22 Op 7 augustus 2006 heeft de in Zweden gevestigde vennootschap iMEZ de RIT verzocht, TeliaSonera te verplichten om te goeder trouw over interconnectie te onderhandelen door haar een wederkerige overeenkomst tegen redelijke voorwaarden aan te bieden. Subsidiair, voor het geval dat een dergelijke verplichting niet zou bestaan, heeft iMEZ verzocht om TeliaSonera een wederzijdse interconnectieverplichting met betrekking tot SMS en MMS op te leggen, alsmede de verplichting om de tarieven voor het termineren van deze twee soorten berichten op basis van de kostprijs en op niet-discriminerende wijze vast te stellen. Meer subsidiair heeft iMEZ verzocht, het termineren van SMS en MMS in een afzonderlijk mobiel netwerk als relevante communicatiemarkt af te bakenen en TeliaSonera te erkennen als onderneming met aanmerkelijke macht op die markt, om aldus toegang tot interconnectie te kunnen krijgen.

23 Bij beschikking van 11 december 2006 heeft de RIT vastgesteld dat TeliaSonera niet had voldaan aan haar verplichting tot onderhandelen ingevolge § 39 van de wet op de telecommunicatiemarkt, en heeft zij haar verplicht om met iMEZ te goeder trouw te onderhandelen over de interconnectie van de SMS- en MMS-diensten. Volgens deze beschikking moest bij de onderhandelingen rekening worden gehouden met de doelstellingen die met de interconnectie worden nagestreefd, en ervan worden uitgegaan dat de goede werking van de SMS- en MMS-diensten tussen de systemen tegen redelijke voorwaarden kon worden verzekerd, zodat de gebruikers de mogelijkheid zouden hebben om gebruik te maken van de messagingdiensten van de betrokken ondernemingen.

24 TeliaSonera is tegen deze beschikking opgekomen bij de Korkein hallinto-oikeus (hoogste administratieve rechter), met het betoog dat de RIT niet bevoegd was om inhoudelijke eisen te stellen aan de voorwaarden van een overeenkomst waarover moest worden onderhandeld met betrekking tot de interconnectie van de SMS- en MMS-diensten. In dit verband vordert TeliaSonera vaststelling dat zij de in § 39 van de wet op de telecommunicatiemarkt bedoelde verplichting tot onderhandelen is nagekomen, en voorts nietigverklaring van de beschikking van de RIT van 11 december 2006.

25 Daarop heeft de Korkein hallinto-oikeus de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet artikel 4, lid 1, van [de toegangs]richtlijn […], gelezen in samenhang met enerzijds de punten 5, 6 en 8 van de considerans en anderzijds de artikelen 8 en 5 ervan, aldus worden uitgelegd dat

a) naar nationaal recht kan worden bepaald, zoals in § 39, lid 1, van de wet op de telecommunicatiemarkt, dat elke willekeurige telecommunicatieonderneming verplicht is om met een andere telecommunicatieonderneming over interconnectie te onderhandelen, en, ingeval deze vraag bevestigend wordt beantwoord,

b) de nationale regelgevende instantie zich op het standpunt kan stellen dat de verplichting tot onderhandelen niet is nagekomen wanneer een telecommunicatieonderneming die geen aanmerkelijke marktmacht bezit, een andere onderneming interconnectie heeft aangeboden tegen voorwaarden die volgens die instantie volstrekt eenzijdig zijn en de ontwikkeling van een door concurrentie gekenmerkte detailhandelsmarkt kunnen belemmeren, wanneer zij die andere onderneming daadwerkelijk hebben verhinderd haar klanten de mogelijkheid te bieden om [MMS] te sturen naar eindgebruikers die zijn aangesloten op het netwerk van de telecommunicatieonderneming, en, ingeval ook deze vraag bevestigend wordt beantwoord,

c) de nationale regelgevende instantie bij haar beschikking de genoemde telecommunicatieonderneming, die dus geen aanmerkelijke marktmacht bezit, kan verplichten te goeder trouw te onderhandelen over de interconnectie van [SMS- en MMS-]diensten tussen de systemen van de [twee betrokken] ondernemingen, zodanig dat bij de commerciële onderhandelingen rekening wordt gehouden met de doelstellingen die met de interconnectie worden nagestreefd en ervan wordt uitgegaan dat de goede werking van de SMS- en MMS-diensten tussen die systemen tegen redelijke voorwaarden kan worden verzekerd, zodat de gebruikers de mogelijkheid hebben gebruik te maken van de communicatiediensten van de telecommunicatieondernemingen?

2) Is het voor de beoordeling van bovengenoemde vragen van belang wat de aard van het netwerk van iMEZ is en of iMEZ moet worden beschouwd als een exploitant van openbare elektronischecommunicatienetwerken?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Het eerste deel van de eerste vraag en de tweede vraag

26 Met het eerste deel van zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn, gelezen in samenhang met de punten 5, 6 en 8 van de considerans en de artikelen 5 en 8 daarvan, in de weg staat aan een nationale regeling die, als die welke aan de orde is in het hoofdgeding, de mogelijkheid om een beroep te doen op de verplichting tot onderhandelen ter zake van interconnectie, niet beperkt tot exploitanten van openbare communicatienetwerken. De tweede vraag, die tezamen met het eerste deel van de eerste vraag moet worden onderzocht, is erop gericht eveneens te vernemen of de status en de aard van het netwerk van een onderneming die in haar voordeel een beroep doet op de onderhandelingplicht, van invloed zijn op de betrekkingen met de andere betrokken onderneming.

27 Om te beginnen moet worden gepreciseerd dat de eerste vraag, gelet op de in punt 18 van het onderhavige arrest vermelde definities in § 2 van de wet op de telecommunicatiemarkt, in werkelijkheid ertoe strekt te vernemen of dienstverrichters ter verzekering van de interoperabiliteit van communicatiediensten een beroep kunnen doen op de in artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn bedoelde verplichting tot onderhandelen.

28 Blijkens de tekst van artikel 4, lid 1, geldt de verplichting te onderhandelen over interconnectie voor alle exploitanten van openbare communicatienetwerken wanneer hun daarom wordt verzocht door een daartoe gemachtigde onderneming.

29 Aangaande de machtiging moet worden opgemerkt dat artikel 2, lid 2, sub a, van de machtigingsrichtlijn de „algemene machtiging", die ondernemingen op grond van

artikel 3, lid 2, van die richtlijn wordt verstrekt, definieert als „regelgeving door de lidstaten waarbij rechten worden verleend voor het aanbieden van elektronischecommunicatienetwerken of -diensten”.

30 Deze machtiging heeft dus eveneens betrekking op dienstenondernemingen.

31 Artikel 4, lid 2, sub a, van de machtigingsrichtlijn preciseert echter dat aldus gemachtigde ondernemingen die openbare elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aanbieden, bevoegd zijn om overeenkomstig de toegangsrichtlijn te onderhandelen over interconnectie met andere aanbieders van communicatienetwerken en -diensten.

32 Artikel 2, sub b, van de toegangsrichtlijn definieert „interconnectie” als „het fysiek en logisch verbinden van openbare communicatienetwerken” en beklemtoont dat zij „een specifiek type toegang [is] dat wordt gerealiseerd tussen exploitanten van openbare netwerken”.

33 Bovendien vereist de in artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn voorziene wederkerigheid van interconnectie dat beide partijen bij de onderhandelingen exploitanten van openbare netwerken zijn.

34 Hieruit volgt dat de in die bepaling neergelegde verplichting om te onderhandelen enkel betrekking heeft op de interconnectie van netwerken, met uitsluiting van andere vormen van toegang tot netwerken (zie in die zin arrest van 13 november 2008,

Commissie/Polen, C-227/07, Jurispr. blz. I-8403, punt 36), en enkel rust op exploitanten van openbare communicatienetwerken jegens andere exploitanten van openbare communicatienetwerken.

35 Aanbieders van elektronischecommunicatiediensten die niet behoren tot de categorie „exploitanten van openbare communicatienetwerken", kunnen dus geen beroep doen op de in artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn bedoelde verplichting om te onderhandelen.

36 Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat die verplichting om te onderhandelen niet ervan afhangt of de betrokken onderneming aanmerkelijke marktmacht bezit, en niet de verplichting inhoudt om een interconnectieovereenkomst te sluiten, maar enkel de verplichting om over een dergelijke overeenkomst te onderhandelen.

37 Derhalve moet worden nagegaan of de lidstaten, zoals de Nederlandse regering stelt, bij een algemene regeling als de wet op de telecommunicatiemarkt, waarom het in het hoofdgeding gaat, kunnen voorzien in de mogelijkheid voor aanbieders van telecommunicatiediensten om een beroep te doen op de voor exploitanten van openbare communicatienetwerken geldende onderhandelingsplicht.

38 In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat het in 2002 in de telecommunicatiesector ingevoerde nieuwe regelgevingskader, dat wordt gevormd door de kaderrichtlijn en specifieke richtlijnen, waaronder de machtigingsrichtlijn en

de toegangsrichtlijn, erop gericht is om een geharmoniseerd kader voor de regulering van elektronischecommunicatiediensten, elektronischecommunicatienetwerken, alsmede bijbehorende faciliteiten en bijbehorende diensten vast te stellen in een context van daadwerkelijke mededinging.

39 In de tweede plaats kent zowel punt 5 van de considerans als artikel 3, lid 1, van de toegangsrichtlijn ondernemingen de vrijheid toe om te onderhandelen en overeenkomsten te sluiten. Die vrijheid sluit aan bij de in artikel 1, lid 1, van de toegangsrichtlijn neergelegde doelstelling om „een regelgevingskader […] tot stand te brengen, dat leidt tot duurzame concurrentie, interoperabiliteit van elektronischecommunicatiediensten en voordelen voor de consument".

40 Hieruit volgt dat, zoals de Roemeense regering betoogt, een onderhandelingsplicht als die bedoeld in artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn een uitzondering vormt en derhalve strikt moet worden uitgelegd.

41 In de derde plaats leggen de artikelen 5 tot en met 8 van die richtlijn precies vast welke verplichtingen de lidstaten moeten naleven bij de bepaling van de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de nationale regelgevende instanties.

42 Derhalve is de bevoegdheid van de nationale wetgever naar behoren omlijnd.

43 In de vierde plaats kan op artikel 6, lid 1, van de machtigingsrichtlijn, zoals de advocaat-generaal in de punten 64 en volgende van zijn conclusie heeft opgemerkt en anders dan

de Nederlandse regering stelt, geen nationale wettelijke regeling worden gegrond als die waarom het in het hoofdgeding gaat.

44 Artikel 6, lid 1, van de machtigingsrichtlijn voorziet namelijk enkel in een algemene machtiging die is onderworpen aan de voorwaarden genoemd in deel A van de bijlage bij die richtlijn, waarvan punt 3 verwijst naar de toegangsrichtlijn.

45 Hieruit volgt dat de toegangsrichtlijn het kader vastlegt waarbinnen de onderhandelingen worden gevoerd of wordt bepaald welke verplichtingen aan de communicatieondernemingen moeten worden opgelegd.

46 Gelet op het voorgaande, moet worden vastgesteld dat de aard van het netwerk van een onderneming die in haar voordeel een beroep doet op de in artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn bedoelde verplichting om te onderhandelen, en de vraag of deze onderneming een exploitant van openbare communicatienetwerken is, van invloed zijn op de betrekkingen met de andere betrokken onderneming, aangezien de lidstaten deze verplichting niet kunnen opleggen aan andere exploitanten dan de exploitanten van openbare communicatienetwerken.

47 Het staat aan de verwijzende rechter om aan de hand van de in artikel 2 van de toegangsrichtlijn en artikel 2 van de kaderrichtlijn gegeven definities te bepalen of de exploitanten waarom het in het hoofdgeding gaat, gezien hun status en aard, kunnen worden gekwalificeerd als exploitanten van openbare communicatienetwerken.

48 Uit het voorgaande volgt dat op het eerste deel van de eerste vraag en op de tweede vraag moet worden geantwoord dat artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn, gelezen in samenhang met de punten 5, 6, 8 en 19 van de considerans en de artikelen 5 en 8 daarvan, in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling als de wet op de telecommunicatiemarkt, voor zover daarbij de mogelijkheid om een beroep te doen op de verplichting tot onderhandelen ter zake van interconnectie van netwerken, niet wordt beperkt tot exploitanten van openbare communicatienetwerken. Het staat aan de verwijzende rechter om te bepalen of de exploitanten waarom het in het hoofdgeding gaat, gezien hun status en aard, kunnen worden gekwalificeerd als exploitanten van openbare communicatienetwerken.

Het tweede deel van de eerste vraag

49 Het tweede deel van de eerste vraag van de verwijzende rechter houdt in of een nationale regelgevende instantie zich op het standpunt kan stellen dat de in artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn bedoelde verplichting tot onderhandelen over interconnectie is geschonden, wanneer een onderneming die geen aanmerkelijke marktmacht bezit, een andere onderneming interconnectie aanbiedt tegen eenzijdige voorwaarden die de ontwikkeling van een door concurrentie gekenmerkte detailhandelsmarkt kunnen belemmeren, wanneer die voorwaarden de klanten van die andere onderneming beletten om gebruik te maken van de diensten van laatstbedoelde onderneming.

50 In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat het Hof heeft geoordeeld dat de regelgevende taken van de nationale regelgevende instantie zijn vastgelegd in de artikelen 8 tot en met 13 van de kaderrichtlijn. Tevens heeft het dit artikel 8 aldus uitgelegd dat de lidstaten verplicht zijn om ervoor te zorgen dat de nationale regelgevende instanties alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op het bevorderen van de mededinging bij het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten, door erop toe te zien dat er in de sector van de elektronische telecommunicatie geen verstoring of beperking van de mededinging is, en door de

resterende belemmeringen voor het aanbieden van de genoemde diensten op Europees niveau op te heffen (arrest Commissie/Polen, reeds aangehaald, punten 62 en 63 alsmede aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 In de tweede plaats heet het in punt 5 van de considerans van de toegangsrichtlijn dat ondernemingen die het verzoek om toegang of interconnectie krijgen, in beginsel overeenkomsten op commerciële grondslag moeten sluiten en te goeder trouw moeten onderhandelen.

52 In dit verband staat artikel 5, lid 4, van deze richtlijn de nationale regelgevende instanties toe, bij gebreke van overeenstemming in te grijpen ter waarborging van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn.

53 In de derde plaats moet, zoals de advocaat-generaal in punt 103 van zijn conclusie heeft opgemerkt, ter waarborging van de nuttige werking van artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn, dat voorziet in een verplichting tot onderhandelen onder de in de punten 28 tot en met 36 van dit arrest in herinnering gebrachte voorwaarden, worden aanvaard dat de onderhandelingen te goeder trouw moeten worden gevoerd.

54 In de vierde plaats kan artikel 12, lid 1, van de toegangsrichtlijn, anders dan de Finse regering stelt, niet dienen als grondslag voor een beoordeling als die welke de verwijzende rechter voor ogen staat, zolang de exploitant waaraan het verzoek om

interconnectie is gericht, niet overeenkomstig artikel 8, lid 2, van die richtlijn is aangewezen als een onderneming met een aanmerkelijke macht op de betrokken markt.

55 Uit het voorgaande volgt dat op het tweede deel van de eerste vraag moet worden geantwoord dat een nationale regelgevende instantie zich op het standpunt kan stellen dat de verplichting tot onderhandelen over interconnectie is geschonden, wanneer een onderneming die geen aanmerkelijke marktmacht bezit, een andere onderneming interconnectie aanbiedt tegen eenzijdige voorwaarden die de ontwikkeling van een door concurrentie gekenmerkte detailhandelsmarkt kunnen belemmeren, wanneer die voorwaarden de klanten van die andere onderneming beletten om gebruik te maken van de diensten van laatstbedoelde onderneming.

Het derde deel van de eerste vraag

56 Met het derde deel van zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een nationale regelgevende instantie een onderneming die geen aanmerkelijke marktmacht bezit, kan verplichten om met een andere onderneming te goeder trouw te onderhandelen over de interconnectie van SMS- en MMS-diensten tussen de systemen van beide ondernemingen.

57 Om te beginnen moet worden gepreciseerd dat voor de beantwoording van dit deel van de eerste vraag moet worden vooropgesteld hetzij dat artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn op de zaak in het hoofdgeding van toepassing is, aangezien het bij de twee betrokken exploitanten gaat om exploitanten van openbare communicatienetwerken, maar de exploitant die is verzocht om over interconnectie te onderhandelen, de bij dit artikel opgelegde verplichtingen niet heeft nageleefd, hetzij dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie buiten de werkingssfeer van dit artikel valt, aangezien een van de betrokken exploitanten niet kan worden gekwalificeerd als exploitant van openbare communicatienetwerken.

58 Derhalve moet in de eerste plaats erop worden gewezen dat blijkens de tekst van artikel 5, lid 1, eerste alinea, van de toegangsrichtlijn de nationale regelgevende instanties tot taak hebben om passende toegang en interconnectie, alsmede interoperabiliteit van diensten te waarborgen door middel van maatregelen die niet limitatief zijn opgesomd.

59 In dit kader moeten die instanties overeenkomstig voornoemd artikel 5, lid 1, tweede alinea, sub 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", enkel en alleen met het doel om eind-tot-eindverbindingen te waarborgen.

60 In de tweede plaats heeft artikel 5, lid 4, van de toegangsrichtlijn eveneens betrekking op toegang en interconnectie, en verlangt het dat de nationale regelgevende instanties een bevoegdheid wordt toegekend om zelfstandig in te grijpen, aangezien het bepaalt dat die instanties onder meer op eigen initiatief kunnen ingrijpen ter waarborging van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn, zonder de wijze van ingrijpen evenwel te omschrijven of te beperken.

61 Hieruit volgt dat de relevante bepalingen van de kaderrichtlijn en van de toegangsrichtlijn het een nationale regelgevende instantie toestaan om een beschikking te geven waarbij een onderneming die geen aanmerkelijke marktmacht bezit, maar die de toegang tot de eindgebruikers controleert, wordt verplicht om te onderhandelen over hetzij interconnectie van de twee betrokken netwerken, indien de onderneming die om een dergelijke toegang verzoekt, moet worden gekwalificeerd als exploitant van openbare communicatienetwerken, hetzij interoperabiliteit van de SMS- en MMS-diensten, indien deze onderneming niet als zodanig kan worden gekwalificeerd.

62 Gelet op het voorgaande, moet op het derde deel van de eerste vraag worden geantwoord dat een nationale regelgevende instantie een onderneming die geen aanmerkelijke marktmacht bezit, maar die de toegang tot de eindgebruikers controleert, kan verplichten om met een andere onderneming te goeder trouw te onderhandelen over hetzij interconnectie van de twee betrokken netwerken, indien de onderneming die om een dergelijke toegang verzoekt, moet worden gekwalificeerd

als exploitant van openbare communicatienetwerken, hetzij interoperabiliteit van de SMS- en MMS-diensten, indien deze onderneming niet als zodanig kan worden gekwalificeerd.

Kosten

63 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart voor recht:

1) **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 elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn), gelezen in samenhang met de punten 5, 6, 8 en 19 van de considerans en de artikelen 5 en 8 daarvan, staat in de weg aan een nationale wettelijke regeling als de wet op de telecommunicatiemarkt (Viestintämarkkinalaki) van 23 mei 2003, voor zover daarbij de mogelijkheid om een beroep te doen op de verplichting tot onderhandelen ter zake van interconnectie van netwerken, niet wordt beperkt tot exploitanten van openbare communicatienetwerken. Het staat aan de verwijzende rechter om te bepalen of de exploitanten waarom het in het hoofdgeding gaat, gezien hun status en aard, kunnen worden gekwalificeerd als exploitanten van openbare communicatienetwerken.**

2) **Een nationale regelgevende instantie kan zich op het standpunt stellen dat de verplichting tot onderhandelen over interconnectie is geschonden, wanneer een onderneming die geen aanmerkelijke marktmacht bezit, een andere onderneming interconnectie aanbiedt tegen eenzijdige voorwaarden die de ontwikkeling van een door concurrentie gekenmerkte detailhandelsmarkt kunnen belemmeren, wanneer die voorwaarden de klanten van die andere**

onderneming beletten om gebruik te maken van de diensten van laatstbedoelde onderneming.

3) Een nationale regelgevende instantie kan een onderneming die geen aanmerkelijke marktmacht bezit, maar die de toegang tot de eindgebruikers controleert, verplichten om met een andere onderneming te goeder trouw te onderhandelen over hetzij interconnectie van de twee betrokken netwerken, indien de onderneming die om een dergelijke toegang verzoekt, moet worden gekwalificeerd als exploitant van openbare communicatienetwerken, hetzij interoperabiliteit van de tekstbericht- en multimediaberichtdiensten, indien deze onderneming niet als zodanig kan worden gekwalificeerd.

ondertekeningen