

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

Y. BOT

van 15 april 2010<sup>1</sup>

1. Kort na de oprichting van het nieuwe Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC)<sup>2</sup> buigt het Hof zich over een nieuwe prejudiciële vraag betreffende de uitvoering van een van de belangrijke hervormingsmaatregelen op het gebied van telecommunicatie, namelijk het recht van Europese consumenten op nummerportabiliteit, dat is neergelegd in artikel 30 van richtlijn 2002/22/EG.<sup>3</sup>

hebben de nationale regelgevende instanties (hierna: „NRI's”) een toezichthoudende taak, niet alleen op het gebied van de interconnectiekosten die de operators maken om de nummerportabiliteit te garanderen, maar ook op het gebied van het bedrag van de eventuele vergoeding die laatstgenoemden aan de abonnee in rekening kunnen brengen. Die bepaling biedt de operators namelijk de keuze hun kosten voor de uitvoering van die dienst al dan niet af te wentelen op de abonnee. Wanneer een vergoeding in rekening wordt gebracht, mag die volgens de tekst van die bepaling niet ontmoedigend zijn.

2. Dit recht biedt elke abonnee de mogelijkheid om bij wisseling van operator hetzelfde nummer te behouden, eventueel tegen betaling van een vergoeding. Op grond van artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn

3. In het arrest van 13 juli 2006, *Mobistar*<sup>4</sup>, heeft het Hof een precisering gegeven van de beoordelingsvrijheid van de NRI's wanneer zij het bedrag van de door de operators gemaakte interconnectiekosten onderzoeken. De onderhavige zaak biedt het Hof thans de gelegenheid zich nader uit te spreken over de wijze waarop de NRI's de prijsstelling voor het aanbod van portabiliteit aan de abonnee heel concreet moeten onderzoeken.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — De wetgever van de Unie heeft op 25 november 2009 een nieuw wetgevingskader vastgesteld voor de netwerken en diensten voor elektronische communicatie. In dat kader is op 28 januari 2010 het nieuwe BEREC opgericht, overeenkomstig verordening (EG) nr. 1211/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) en het Bureau (PB L 337, blz. 1).

3 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn) (PB L 108, blz. 51).

4 — C-438/04, *Jurispr.* blz. I-6675.

4. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een geding tussen Polska Telefonia Cyfrowa sp. zoo en de Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (president van de Autoriteit voor elektronische communicatie; hierna: „president van de UKE”) over de beslissing van laatstgenoemde om verzoekster een geldboete van 100 000 PLN (ongeveer 24 350 EUR) op te leggen wegens schending van de op nummerportabiliteit toepasselijke bepalingen. De president van de UKE was van mening dat de door verzoekster aan de abonnees in rekening gebrachte vergoeding ten bedrage van 122 PLN (ongeveer 29,70 EUR) hen kon ontmoedigen om te verzoeken om het behoud van hun nummer. Volgens de president van de UKE moest het bedrag van die vergoeding niet aan de hand van de kosten van de operators worden vastgesteld, maar aan de hand van de opvatting van de consumenten en met name van de resultaten van een opinieonderzoek.

5. In de onderhavige zaak buigt het Hof zich niet over de vraag van de kosteloze terbeschikkingstelling van de portabiliteitsfaciliteit. Hoewel sommige lidstaten momenteel wetgeving in die zin hebben aangenomen, legt de betrokken bepaling een operator niet de verplichting op om die faciliteit kosteloos aan te bieden. Hij kan volgens die bepaling en volgens het toepasselijke nationale recht er dus voor kiezen de abonnee daarvoor een vergoeding in rekening te brengen. De vraag die rijst, is dus hoe het best toezicht kan worden

gehouden op de tarieven voor de levering van een dergelijke faciliteit aan de abonnee.

6. De Sąd Najwyższy (hooggerechtshof) (Polen) vraagt derhalve aan het Hof of de NRI's in het kader van hun toezichhoudende taak verplicht zijn om bij hun beoordeling van de vraag of de aan de abonnee in rekening gebrachte vergoeding ontmoedigend werkt, rekening te houden met de door de operators gemaakte kosten voor de nummerportabiliteit.

7. In deze conclusie zal ik uiteenzetten waarom de NRI's bij hun beoordeling van de prijsstelling voor het aanbod van portabiliteit aan de abonnee, mijns inziens de kosten van de operators niet buiten beschouwing kunnen laten, gelet op de algemene opzet waarvan het aanbod van portabiliteit deel uitmaakt en op de door de wetgever van de Unie ter zake nagestreefde doelstellingen.

8. Ik zal ook mijn twijfels kenbaar maken over de door de president van de UKE gehanteerde methode, die uiteindelijk bestaat in het opleggen van een bestuurlijke sanctie op basis van enkel een opinieonderzoek.

## I — Rechtskader

### A — De wetgeving van de Unie

9. De openstelling van de telecommunicatie-sector voor mededinging is in drie grote stappen verlopen: liberalisering, harmonisering en toepassing van mededingingsregels op telecommunicatiebedrijven.<sup>5</sup>

10. Het liberaliseringsproces van de telecommunicatiesector is in 1988 begonnen. Via de vaststelling van de richtlijnen 88/301/EEG, 90/388/EEG en 96/19/EG<sup>6</sup>, en aan de hand

5 — Zie voor een totaaloverzicht Bazex, M., „Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics”, *Revue des affaires européennes*, 1994/2, blz. 103; Encaoua, D., en Flochel, L., „Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation — La tarification: du monopole à la concurrence régulée”, *L'actualité juridique — Droit administratif*, AJDA, 1997, blz. 254; Ravaoli, P., „Le cadre législatif européen des télécommunications et son application”, *Revue du Marché Unique Européen*, nr. 3, 1997, blz. 175, en Geradin, D., „L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau — Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation”, *Cahiers de Droit européen*, 1999, nrs. 1 en 2, blz. 13.

6 — Zie respectievelijk richtlijnen van de Commissie van 16 mei 1988 betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur (PB L 131, blz. 73); 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (PB L 192, blz. 10), en 13 maart 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie (PB L 74, blz. 13).

van een strak tijdschema, heeft de wetgever van de Unie de afschaffing georganiseerd van de bijzondere en uitsluitende rechten die de gevestigde telecommunicatie-exploitanten in het algemeen genoten met betrekking tot de eindapparatuur (namelijk de rechten op invoer, afzet, opstarten en onderhoud) en met betrekking tot de levering van telecommunicatiediensten. Sinds 1 januari 1998 is die markt in beginsel volledig geliberaliseerd.

11. Parallel aan de door de Commissie van de Europese Gemeenschappen vastgestelde liberaliseringsrichtlijnen heeft de Raad van de Europese Unie een reeks harmoniseringsmaatregelen vastgesteld op basis van artikel 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 95 EG). Centraal hierin stelt richtlijn 90/387/EEG<sup>7</sup> gemeenschappelijke normen vast voor de prijsstelling voor Open Network Provision. De kaderrichtlijn van 1990 is aangevuld door richtlijn 97/33/EG<sup>8</sup>, die meer specifieke maatregelen vaststelt, met name

7 — Richtlijn 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) (PB L 192, blz. 1; hierna: „kader-richtlijn van 1990”).

8 — Richtlijn 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) (PB L 199, blz. 32), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/61/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 1998 (PB L 268, blz. 37; hierna: „richtlijn 97/33”). Zie ook mededeling van de Commissie inzake interconnectieprijs in een geliberaliseerde telecommunicatiemarkt (PB 1998, C 84, blz. 3).

om interconnectie van de netwerken en interoperabiliteit van de diensten te waarborgen.<sup>9</sup>

12. De kwestie van de interconnectietarieven is bepalend gebleken voor de structuur en de intensiteit van de mededinging in deze sector. De Raad heeft derhalve een strikte regeling opgesteld voor deze tarieven, waarvan de uitvoering op nationaal niveau is opgedragen aan de NRI's.

13. Volgens artikel 7 van richtlijn 97/33 dragen de NRI's er zorg voor dat voor de interconnectietarieven de beginselen van transparantie en kostenoriëntering worden gevolgd.<sup>10</sup>

14. Door een volledige interconnectie tussen de netwerken op het niveau van de Europese Gemeenschap te waarborgen en door een effectievere mededinging tussen de dienstverrichters te organiseren, heeft de wetgever van de Unie de Europese consumenten met name een ruimere scala aan diensten ter beschikking willen stellen, van betere kwaliteit en tegen lagere kosten.

9 — Volgens artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 97/33 is interconnectie het „fysiek en logisch verbinden van telecommunicatienetwerken die door dezelfde of een andere organisatie worden gebruikt om het de gebruikers van een organisatie mogelijk te maken te communiceren met die van dezelfde of van een andere organisatie of toegang te hebben tot diensten die door een andere organisatie worden verstrekt”.

10 — De NRI's moeten er met name zorg voor dragen dat een „referentie-interconnectieaanbieding” wordt bekendgemaakt, waarin de voorwaarden en condities zijn vastgelegd.

15. Een van die diensten is die van de nummerportabiliteit, die bij de vaststelling van het nieuwe regelgevingspakket op 7 maart 2002<sup>11</sup> in artikel 30 van de universeledienstrichtlijn is ingevoerd. Deze dienst biedt elke klant de mogelijkheid, met behoud van hetzelfde nummer van telecommunicatie-exploitant te wisselen.

16. Volgens artikel 30, lid 1, van die richtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat alle abonnees van openbare telefoondiensten, met inbegrip van mobiele diensten, die daarom verzoeken, van deze functionaliteit gebruik kunnen maken, ongeacht de onderneming die de dienst levert.

17. De prijsstelling voor deze dienst is opgenomen in artikel 30, leden 2 en 3, van die richtlijn. Die bepaling luidt als volgt:

„2. De [NRI's] zorgen ervoor dat de prijsstelling voor interconnectie in verband met de nummerportabiliteit kostengeoriënteerd is

11 — Naast de universeledienstrichtlijn zijn vastgesteld de richtlijnen 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn) (PB L 108, blz. 7), en 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33; hierna: „kaderrichtlijn van 2002”).

en dat eventuele directe kosten voor abonnees het gebruik van die faciliteiten niet ontmoedigen.<sup>[12]</sup>

3. De [NRI's] leggen voor de nummerportabiliteit geen tarieven voor eindgebruikers op die de concurrentie zouden kunnen verstoren, zoals specifieke of uniforme tarieven voor eindgebruikers."

18. Ten slotte verplicht artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn van 2002 de lidstaten te voorzien in een doeltreffend mechanisme voor het instellen van beroep, dat iedere gebruiker of aanbieder in staat stelt op te komen tegen de beslissingen van de NRI's die hem treffen.

## B — *De nationale wetgeving*

19. De voorwaarden waaronder het recht op nummerportabiliteit in Polen wordt uitgeoefend, zijn met name vastgelegd in de

12 — Artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn is gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB L 337, blz. 11). Deze bepaling luidt thans als volgt:  
„De [NRI's] zorgen ervoor dat de prijsstelling tussen exploitanten en/of dienstenaanbieders met betrekking tot het aanbieden van nummerportabiliteit op de kosten gebaseerd is en dat eventuele directe kosten voor abonnees de verandering van dienstenaanbieder niet ontmoedigen.”

artikelen 41 en 71 van de telecommunicatiewet (Prawo telekomunikacyjne) van 16 juli 2004.<sup>13</sup>

20. Artikel 41, lid 1, van die wet bepaalt dat de vergoedingen voor het wederzijds gebruik van gekoppelde netwerken in verband met de overdracht van nummers tussen netwerken, kostengeoriënteerd dienen te zijn.

21. Artikel 71 van die wet luidt:

„1. De abonnee die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van diensten die zorgt voor een aansluiting op het openbare telefoonnet van een operator, kan bij verandering van operator verlangen dat het hem toegekende nummer wordt overgedragen naar het netwerk van de andere operator:

- 1) in de zone van het nummer — in het geval van geografische nummers;
- 2) in het gehele land — in het geval van niet-geografische nummers.

[...]

3. Voor de overdracht van een nummer bij verandering van operator kan de donoraanbieder van diensten van de abonnee een eenmalige vergoeding verlangen die in zijn tarieflijst is vastgesteld, en waarvan de hoogte voor

13 — Dz. U van 2004, nr. 171, blz. 1800.

de abonnee het gebruik van dat recht niet mag ontmoedigen.<sup>[ 14 ]</sup>”

22. Op grond van artikel 74, lid 1, van deze wet zijn de operator die zorgt voor de aansluiting op het openbare telefoonnet (donoroperator), en de operator op wiens netwerk een abonnee is aangesloten (recipiëntoperator) verplicht ervoor te zorgen dat de abonnee de portabiliteitsrechten kan uitoefenen. Indien dit niet gebeurt, kan de president van de UKE krachtens artikel 74, lid 3, van die wet de in artikel 209, lid 1, punt 16, van dezelfde wet bedoelde geldboete opleggen.

23. Volgens laatstgenoemde bepaling wordt een geldboete opgelegd aan degene die abonnees niet in staat stelt gebruik te maken van het in de artikelen 70 en 71 van de telecommunicatiewet bedoelde recht op nummeroverdracht.

## II — Het feitelijke kader van de verwijzingsbeslissing

24. Overeenkomstig de artikelen 74, lid 3, en 209, lid 1, punt 16, van de

telecommunicatiewet heeft de president van de UKE verzoekster een geldboete opgelegd van 100 000 PLN (ongeveer 24 350 EUR) na de tussen 28 maart 2006 en 31 mei 2006 begane schending van de bepalingen inzake nummerportabiliteit. Hij heeft gemeend dat de door verzoekster verlangde vergoeding ten bedrage van 122 PLN (ongeveer 29,70 EUR) de abonnees kon ontmoedigen om te verzoeken om het behoud van hun nummer.

25. Volgens de president van de UKE moet het bedrag van die vergoeding niet worden vastgesteld aan de hand van de kosten die de operators maken om nummerportabiliteit te garanderen, maar aan de hand van een subjectieve beoordeling van dat bedrag, die gebaseerd is op de resultaten van een consumentenonderzoek. Zo hebben in Polen op de vraag „welk bedrag zijn de gebruikers van een vaste en een mobiele telefoon bereid te betalen voor de overdracht van hun telefoonnummer van de ene operator naar de andere?“, de gebruikers van een prepaid-kaart geantwoord 46 PLN (ongeveer 11,20 EUR) en de abonnees 48 PLN (ongeveer 11,70 EUR). De president van de UKE was derhalve van oordeel dat een vergoeding van meer dan 50 PLN (ongeveer 12,20 EUR) de gebruikers kon ontmoedigen hun recht op nummerbehoud uit te oefenen, wat in strijd is met artikel 71, lid 3, van de telecommunicatiewet en waarop dus een geldboete staat.

26. Het door verzoekster tegen deze beslissing ingestelde beroep is op 6 maart 2007

14 — Na een wijziging van de telecommunicatiewet op 24 april 2009 verbiedt artikel 71, lid 3, ervan thans de betaling van een vergoeding door de abonnee. Deze bepaling, in werking sinds 6 juli 2009, is evenwel in casu niet toepasselijk.

verworpen door de Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (rechtbank voor mededingingsaangelegenheden en consumentenbescherming) (Polen). Deze rechterlijke instantie was van oordeel dat de president van de UKE artikel 30, lid 2, van de universeledienst-richtlijn correct had uitgelegd en artikel 71, lid 3, van de telecommunicatiewet correct had toegepast.

27. Bij arrest van 5 februari 2008 heeft de Sąd Apelacyjny w Warszawie (appelrechter te Warschau) (Polen) dit vonnis in zijn geheel herzien en de beslissing van de president van de UKE vernietigd. Deze heeft vervolgens beroep in cassatie ingesteld bij de Sąd Najwyższy, die, omdat hij twijfels had over de uitlegging van artikel 30, lid 2, van de universeledienst-richtlijn, de behandeling van de zaak heeft geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag heeft gesteld:

„Moet artikel 30, lid 2, van [de universeledienst-richtlijn] aldus worden uitgelegd dat de bevoegde [NRI], die ervoor zorgt dat eventuele directe kosten voor abonnees het gebruik van de faciliteit van nummeroverdracht niet ontmoedigen, verplicht is rekening te houden met de kosten die de mobielelefonieoperators maken in verband met het verrichten van die dienst?”

28. Verzoekster, de president van de UKE, de Poolse regering en de Commissie hebben schriftelijke en mondelinge opmerkingen gemaakt. De Slowaakse regering heeft slechts schriftelijke opmerkingen ingediend.

### III — Analyse

29. Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of artikel 30, lid 2, van de universeledienst-richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de NRI's rekening moeten houden met de kosten die de telecommunicatieoperators maken voor de uitvoering van de nummeroverdracht, bij hun beoordeling van de vraag of de aan de abonnee daartoe in rekening gebrachte vergoeding ontmoedigend werkt.

30. De vraag rijst om twee redenen, namelijk ten eerste omdat de tariefbeginselen voor die vergoeding niet zijn vastgelegd, daar die bepaling enkel stelt dat het bedrag ervan niet ontmoedigend mag zijn, en ten tweede omdat de NRI's een beoordelingsvrijheid hebben bij de uitoefening van hun toezichhoudende taak, met name bij de vaststelling van hun regelgevende praktijk.

31. In de onderhavige zaak heeft de president van de UKE, de bevoegde NRI, dus beslist dat de beoordeling van de vraag of de aan

verzoekster in rekening gebrachte vergoeding ontmoedigend werkt, uitsluitend gebaseerd moest zijn op de resultaten van een consumentenonderzoek en geen rekening moest houden met de door de operators gemaakte portabiliteitskosten.

#### A — *Opmerkingen vooraf*

32. Alvorens deze prejudiciële vraag te onderzoeken, lijkt het mij noodzakelijk om allereerst het doel en de prijsstelling van het aanbod van nummeroverdracht nader uiteen te zetten, waarna ik inga op de door het Hof ontwikkelde rechtspraak met betrekking tot de beoordelingsvrijheid waarover de NRI's op dit gebied beschikken.

33. Volgens artikel 30 van de universelele-dienstrichtlijn is het aanbod van nummeroverdracht een verplichting die rust op alle telecommunicatieoperators en een recht voor alle abonnees. Deze functionaliteit moet de belemmeringen voor de vrije keuze van consumenten kunnen wegwerken en de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de telecommunicatiemarkt kunnen waarborgen.<sup>15</sup>

15 — Arrest Mobistar, reeds aangehaald (punt 25).

34. Om de openstelling van deze tot nu toe monopolistische markt te vergemakkelijken en misbruik te voorkomen, heeft de wetgever van de Unie grenzen gesteld aan de tarieven die de operators kunnen toepassen in het kader van een verzoek om nummeroverdracht. Het gaat in wezen om twee tarieven.

35. Het eerste betreft de prijsstelling van de interconnectie. Wanneer een abonnee verzoekt om daadwerkelijke portabiliteit van zijn nummer, brengt de donoroperator<sup>16</sup> (in het algemeen gaat het om hem) de recipiëntoperator<sup>17</sup> de met de behandeling van dit verzoek samenhangende interconnectiekosten in rekening. Dit verzoek brengt kosten mee daar, zoals het Hof heeft opgemerkt, de platforms tussen operators compatibel moeten zijn, het nummer van de abonnee van de ene operator aan de andere moet worden overgedragen en technische handelingen moeten worden verricht om telefoonoproepen naar het overgedragen nummer te kunnen leiden.<sup>18</sup> In de prijsstelling van deze interconnectie dient de donoroperator, onder toezicht van de NRI, het binsel van kostenoriëntatie in acht te nemen.

36. Deze inperking van de prijsstelling voor interconnectie heeft tot doel de toetreding tot de markt van doeltreffende en levensvatbare operators te stimuleren en verstoringen van de mededinging te voorkomen die het gevolg zouden kunnen zijn van de vaststelling van niet-gerechvaardigde prijzen. Een

16 — Operator van een netwerk vanaf hetwelk het nummer wordt overgedragen en waarbij het abonnement wordt opgezegd.

17 — Operator van een netwerk waarbij een nieuw contract wordt gesloten en waaraan het nummer wordt overgedragen.

18 — Arrest Mobistar, reeds aangehaald (punt 24).



buitensporige prijsstelling voor interconnectie zou namelijk de toetreding tot de markt belemmeren en de gevestigde operators bevestigen in hun machtspositie op de markt.<sup>19</sup> Zoals het Hof heeft aangegeven, zou een dergelijke prijsstelling ook de operators ertoe kunnen aanzetten de kosten ervan op de nieuwe abonnee af te wentelen, wat de consumenten vervolgens ervan zou kunnen weerhouden gebruik te maken van de portabiliteitsfaciliteit.<sup>20</sup> Evenzo kunnen lagere tarieven dan de werkelijke kosten meebrengen dat inefficiënte concurrenten zich op de markt begeven.

37. Het tweede tarief betreft de vergoeding die aan de abonnee in rekening kan worden gebracht voor het verrichten van deze dienst. In het algemeen wordt die vergoeding in rekening gebracht door de recipiëntoperator en kan hij daarmee de door hem gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk verhalen.

38. Die vergoeding vormt ook een bepalende factor voor de mededinging op de markt, met name voor de daarop toetredende operators. Voor laatstgenoemden is nummeroverdracht

namelijk commercieel gezien noodzakelijk voor de verwerving van nieuwe klanten, die tot dan toe abonnee waren van gevestigde operators. Wanneer de nummeroverdracht in rekening wordt gebracht door de recipiëntoperator, staat deze onder concurrentiedruk en kan hij natuurlijk ertoe worden aangezet de komst van nieuwe klanten niet te ontmoedigen en een redelijk tarief te hanteren. Wanneer deze dienst echter in rekening wordt gebracht door de donoroperator, kan deze een buitensporig tarief toepassen om zijn klant ervan te weerhouden de overdracht van zijn nummer bij een concurrent aan te vragen. In die omstandigheden heeft de wetgever van de Unie ook grenzen gesteld aan de prijsstelling voor de vergoeding, door bij artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn de NRI's op te dragen ervoor te zorgen dat die vergoeding niet ontmoedigend is.

39. De NRI's beschikken over een beoordelingsvrijheid voor de implementatie van de door de wetgever van de Unie vastgestelde regels.<sup>21</sup> Daar die hoofdzakelijk zijn neergelegd in richtlijnen, rijst de vraag van de samenhang tussen de diverse nationale omzettingsmaatregelen en het door elk van die autoriteiten vastgestelde regelgevingsbeleid. Zo bepaalt het Institut luxembourgeois de *régulation* op het punt van de aan de gebruiker in rekening gebrachte vergoeding dat „de kosten van overdracht die ten laste van de gebruiker kunnen worden gebracht, de beginselen van

19 — Met name bij netwerken van verschillende omvang krijgt de dominante operator in het algemeen veel meer verzoeken om toegang dan hij bij zijn concurrenten kenbaar maakt. Hij heeft dus de middelen om in de onderhandelingen een hoger tarief voor toegang tot zijn netwerk te eisen.

20 — Arrest *Mobistar*, reeds aangehaald (punten 28 en 29).

21 — Deze gedecentraliseerde regulering is noodzakelijk geacht om rekening te houden met de aanzienlijke nationale bijzonderheden op het gebied van telecommunicatie, met name als gevolg van de verschillen in de opvatting over het openbaar belang, de mate van liberalisering en de technologische ontwikkeling.

niet-discriminatie en doeltreffendheid moeten eerbiedigen” en dat de vergoeding, die enkel de recipiëntoperator van de gebruiker kan verlangen, redelijk moet zijn.<sup>22</sup> Op dezelfde wijze bepalen de Franse en de Britse regelgeving dat de operators verplicht zijn bij het aanbod van nummerbehoud aan hun abonnees een redelijk tarief te hanteren.<sup>23</sup> Zoals gezegd, bepaalde in Polen artikel 71 van de telecommunicatiewet echter oorspronkelijk dat het bedrag van de vergoeding niet ontmoedigend mocht zijn. Momenteel verbiedt die bepaling zonder meer de betaling van een vergoeding door de abonnee.

40. Deze regelingen zijn verschillend. Naast de diversiteit van de gekozen instrumenten voor de beoordeling en berekening van de tarieven, zijn er ook uiteenlopende manieren om die instrumenten te gebruiken, en ik vraag mij dan ook af of er niet voor meer samenhang moet worden gezorgd tussen de regelgevende praktijken van de NRI's. Verschillen in regelgeving kunnen namelijk tot ernstige concurrentievervalsing leiden, die schadelijk

22 — Zie besluiten van 6 juli 2004, 04/77/ILR, inzake de regels over de modaliteiten voor de invoering van de portabiliteit van mobiele nummers, en 04/78/ILR, inzake de regels over de technische oplossing voor de invoering van de portabiliteit van de mobiele nummers. Deze besluiten zijn beschikbaar op de internetsite van het Institut luxembourgeois de régulation ([www.ilr.public.lu](http://www.ilr.public.lu)).

23 — Zie artikel L 44 van de Franse code des postes et des communications électroniques (Wetboek van post en elektronische communicatie) in de geconsolideerde versie van 13 januari 2010, en punt 18.1 van de algemene voorwaarden die de Britse regelgevende autoriteit heeft opgesteld krachtens artikel 48, lid 1, van de communicatiewet van 2003 (Communications Act 2003).

is voor de totstandbrenging van één Europese telecommunicatiemarkt.

41. Zoals bekend, beschikken de NRI's over een beoordelingsmarge bij de uitoefening van hun toezichtsplicht. In dat verband heeft het Hof in het eerdergenoemde arrest Mobistar enkele aanwijzingen gegeven.

42. In die zaak werd het Hof de vraag gesteld of artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn zich ertegen verzet dat de Belgische nationale regelgevende autoriteit aan de hand van een theoretisch kostenmodel de maximumprijzen vaststelt die de donoroperator kan verlangen van de recipiëntoperator. Het Hof heeft ontkennend geantwoord, maar zijn antwoord genuanceerd. Het heeft in wezen geoordeeld dat wanneer de NRI haar toezichtsplicht vervult door na te gaan of de prijsstelling kostengeoriënteerd is, zodat de consumenten niet worden ontmoedigd om gebruik te maken van de portabiliteitsfaciliteit, artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn de NRI's een „zekere beoordelingsvrijheid” verleent om de situatie te beoordelen en de methode te bepalen die hun het meest geschikt lijkt. De gekozen methode moet echter niet alleen de portabiliteit ten volle kunnen verwezenlijken, maar ook voorwerp

kunnen zijn van een doeltreffend beroep bij de bevoegde rechterlijke instanties.<sup>24</sup>

43. Thans wordt het Hof verzocht de beoordelingsvrijheid te bepalen waarover de NRI's beschikken bij hun beoordeling van de ontmoedigende werking van de vergoeding, en moet het name antwoorden op de vraag of de NRI's, in het kader van die beoordeling, krachtens de universeledienstrichtlijn verplicht zijn rekening te houden met de door de operators gemaakte portabiliteitskosten.

44. Deze vraag is belangrijk omdat er een identieke bepaling bestaat in artikel 19, lid 3, van de universeledienstrichtlijn, inzake de faciliteit van carriërkeuze en carriërvorkeuze.<sup>25</sup>

*B — Uitlegging van artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn*

45. Anders dan de lidstaten en de Commissie die in deze procedure opmerkingen hebben

gemaakt, ben ik van mening dat de NRI's de kosten die de operators maken, niet buiten beschouwing kunnen laten bij hun beoordeling van de ontmoedigende werking van de aan de abonnees in rekening gebrachte vergoeding.

46. Deze overweging vloeit weliswaar niet voort uit de bewoordingen van artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn, maar geldt wel in het licht van de opzet van het systeem waar het aanbod van portabiliteit deel van uitmaakt en van de door de wetgever van de Unie nagestreefde doelstellingen.

47. Allereerst legt de tekst van deze bepaling de NRI's geen methodiek op voor de beoordeling van de ontmoedigende werking van de aan de abonnees in rekening gebrachte vergoeding.

48. Hoewel de Franse taalversie van artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn de term „redevance” hanteert, waarvan de semantische interpretatie zou kunnen verwijzen naar een van een gebruiker verlangd bedrag waarvan de hoogte afhangt van de kosten van de verrichte dienst, hanteren de andere taalversies van deze bepaling termen die zonder onderscheid kunnen verwijzen naar de begrippen kosten, lasten, tarieven, premies, bijdragen of ook aandelen. Dit geldt voor de Poolse versie, de versie van de procestaal, die de term „obciążenia” gebruikt,

24 — Punten 34, 40 en 41 (aanhalingstekens van mij).

25 — Deze bepaling voorziet dat de „[NRI's] ervoor zorgen dat de prijsstelling voor toegang en interconnectie in verband met het aanbieden van de faciliteiten [van carriërkeuze en carriërvorkeuze] kostengeoriënteerd is en dat eventuele directe kosten voor abonnees het gebruik van die faciliteiten niet ontmoedigen”.

wat lasten betekent, of voor de Engelse („direct charges”), de Italiaanse („oneri diretti”), de Spaanse („cuotas directas”) of ook de Duitse versie („direkte Gebühren”).

waarop de regulering van de telecommunicatie berust, met name de prijsstelling voor interconnectie.

49. Volgens vaste rechtspraak brengt het vereiste van een uniforme toepassing en uitlegging van het recht van de Unie mee dat de tekst van een bepaling niet op zichzelf mag worden beschouwd in een van zijn versies, maar moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van de tekst in alle officiële talen en met het oog op de algemene opzet en de door de auteur van de betrokken handeling nagestreefde doelstelling.<sup>26</sup>

50. Bij het onderzoek van de algemene opzet waarvan het aanbod van portabiliteit deel uitmaakt en van de door de wetgever van de Unie nagestreefde doelstellingen dient niet alleen rekening te worden gehouden met de in het kader van de universeledienstrichtlijn vastgestelde specifieke bepalingen, maar ook met de meer algemene bepalingen van de kaderrichtlijnen van 1990 en 2002 en van de toegangsrichtlijn.

51. Uit het onderzoek van deze teksten vallen namelijk de tariefbeginselen af te leiden

52. Deze beginselen zijn de volgende:

- De prijzen moeten gebaseerd zijn op objectieve criteria en moeten berusten op het beginsel van kostenoriëntatie.<sup>27</sup> Zoals het Hof heeft erkend in het arrest van 17 juli 2008, Arcor e.a.<sup>28</sup>, verplicht dit beginsel de operators de interconnectievergoeding vast te stellen aan de hand van de werkelijke kosten.<sup>29</sup> Het maakt dus een raming mogelijk van de kosten die in een volledig concurrerende markt zouden worden vastgesteld en moet gelden in een sector als die van de interconnectie, waarin nog geen daadwerkelijke mededinging bestaat die kan waarborgen dat de tariefstelling redelijk is. Dit beginsel is ook van toepassing op bepaalde aan de eindgebruikers in rekening gebrachte tarieven, zoals de tarieven voor het gebruik van het vaste openbare telefoonnetwerk

26 — Zie met name arresten van 17 september 2009, Vorarlberger Gebietskrankenkasse (C-347/08, Jurispr. blz. I-8661, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 28 januari 2010, Eulitz (C-473/08, Jurispr. blz. I-907, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 — Zie ter informatie artikel 3, lid 1, en bijlage II, punt 4, van de kaderrichtlijn van 1990; punt 10 van de considerans en artikel 7, lid 2, van richtlijn 97/33; punt 20 van de considerans en artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn, en de punten 26, 40 en 42 van de considerans en artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn. Zie ook aanbeveling 98/195/EG van de Commissie van 8 januari 1998 inzake interconnectie in een geliberaliseerde telecommunicatiemarkt (Deel 1 — Interconnectieprijsen) (PB L 73, blz. 42), en de in voetnoot 8 genoemde mededeling van de Commissie (punt 3.2).

28 — C-152/07–C-154/07, Jurispr. blz. I-5959.

29 — Punten 22 en 23.

en van de spraaktelefoondienst<sup>30</sup>, evenals die van huurlijnen.<sup>31</sup>

- De prijzen moeten transparant zijn en op passende wijze worden gepubliceerd.<sup>32</sup>
- De prijzen moeten gelijke toegang garanderen en mogen niet discriminerend zijn.
- De prijzen moeten de doeltreffendheid van de diensten in de gehele Gemeenschap waarborgen.
- Tegen de prijzen moet bij de bevoegde nationale rechterlijke instanties doeltreffend beroep kunnen worden ingesteld.<sup>33</sup>

30 — Zie punten 28 tot en met 30 van de considerans en artikel 12 van richtlijn 95/62/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1995 inzake de toepassing van „Open Network Provision” (ONP) op spraaktelefonie (PB L 321, blz. 6).

31 — Zie punten 17 tot en met 19 van de considerans en artikel 10, leden 1 en 2, van richtlijn 92/44/EEG van de Raad van 5 juni 1992 betreffende de toepassing van Open Network Provision (ONP) op huurlijnen (PB L 165, blz. 27).

32 — Zie artikel 7, leden 2 en 3, van richtlijn 97/33 en punt 41 van de considerans van de universelelijnenrichtlijn. Zie ook artikel 9, lid 2, van de toegangsrichtlijn, op grond waarvan de NRI's van de exploitanten kunnen eisen dat zij een referentieofferte publiceren die voldoende gespecificeerd is om te garanderen dat de ondernemingen niet behoeven te betalen voor faciliteiten die voor de gewenste dienst niet nodig zijn, en waarin een beschrijving wordt gegeven van de relevante offertes, met inbegrip van met name de tarieven.

33 — Zie artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn van 2002.

53. De eerbiediging van die criteria, ook al geldt zij vooral voor de operators, houdt ook beperkingen in voor de uitoefening van de beoordelingsvrijheid van de NRI's. Zo heeft het Hof, zoals gezegd, in de punten 34 en 41 van het eerdergenoemde arrest Mobistar uitdrukkelijk aangegeven dat, ook al beschikken de NRI's over een *zekere beoordelingsvrijheid* om de methode te bepalen die hun het meest geschikt lijkt om het maximumbedrag van de prijzen voor de interconnectie vast te stellen, die methode evenwel de portabiliteit ten volle moet kunnen verwezenlijken en een effectieve rechtsbescherming voor de gebruikers en de operators moet kunnen verzekeren.

54. De aan de NRI's verleende beoordelingsvrijheid mag dus niet worden verward met de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid.

55. De methode die de NRI's tegenwoordig moeten bepalen om de ontmoedigende werking van de vergoeding te beoordelen, moet coherent zijn met de zojuist uiteengezette tariefbeginselen. Zij moet niet alleen het belang van de consument kunnen dienen, maar ook de ontwikkeling van een gezonde mededinging op de markt kunnen waarborgen.

56. Die methode moet met name gebaseerd zijn op voldoende duidelijke en objectieve factoren om de bevoegde rechterlijke instanties in staat te stellen, overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn van 2002 de beoordeling van de NRI doeltreffend te

toetsen. Dit geldt te meer omdat de Poolse regelgevende autoriteit in het kader van haar toezichthoudende taak beschikt over de bevoegdheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen, die in casu heeft geleid tot de veroordeling van verzoekster tot een geldboete van meer dan 24000 EUR.

57. Gelet op het voorgaande lijkt het mij duidelijk dat de NRI's een zo objectieve factor als die van de kosten van de verrichte dienst niet volledig buiten beschouwing kunnen laten bij hun beoordeling van de aan de abonnee in rekening gebrachte vergoeding. Dat ligt mijns inziens des te meer voor de hand daar de wetgever van de Unie in punt 26 van de considerans van de universeledienstrichtlijn uitdrukkelijk bepaalt dat, bij de verrichting van een dienst aan een eindgebruiker, *de tarieven voor eindgebruikers zowel de situatie aan de vraagzijde als de kostenzijde [moeten] weerspiegelen*<sup>34</sup>, en wel om redenen van efficiëntie en om sociale redenen.

58. De aanwijzing ontleend aan de kosten die de operators maken, is een objectieve aanwijzing, aangezien zij verband houdt met de werkelijke kosten van de aan de gebruikers geboden faciliteit. Die aanwijzing stelt de NRI's aldus in staat, over een objectieve maatstaf te beschikken voor de aan de gebruiker in rekening gebrachte vergoeding. Ook al is, zoals de Commissie opmerkt, de bepaling van

de kosten ingewikkeld wegens de aard van de dienst, de NRI's beschikken tegenwoordig over beoordelingsmethoden, soms voorgesteld door de Commissie, die tot een raming ervan kunnen leiden.<sup>35</sup>

59. Voorts is die aanwijzing coherent met de tariefbeginselen die de wetgever van de Unie oplegt voor het aanbod van portabiliteit. Door het beginsel van kostenoriëntatie toe te passen op de prijsstelling voor interconnectie, tracht deze wetgever uiteindelijk grenzen te stellen aan het aan de gebruiker in rekening gebrachte bedrag. De interconnectietarieven vormen mijns inziens namelijk de belangrijkste kostenpost die de operator direct of indirect op de abonnee kan afwentelen. Het bedrag van die tarieven kan een rechtstreekse en beslissende invloed hebben op dat van de vergoedingen, in die zin dat hoe hoger de kosten zullen zijn, hoe meer de operator geneigd zal zijn een gedeelte ervan af te wentelen op de abonnee. Deze band tussen de interconnectietarieven en de aan de gebruikers in rekening gebrachte vergoeding is allereerst in het licht gesteld in artikel 12, lid 5, tweede alinea, van richtlijn 97/33.<sup>36</sup> Ook al ontbreekt die band in de huidige versie van artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn, het Hof heeft hem opnieuw geïntroduceerd in de punten 29 en 37 van het eerdergenoemde arrest Mobistar. Ik wijs erop dat het Hof uitdrukkelijk heeft aangegeven dat

35 — Zie ter informatie punten 10 en 11 van het arrest Mobistar, reeds aangehaald, waarin de door de Belgische regelgevende autoriteit gehanteerde methode wordt uiteengezet (kosten van een efficiënte operator). Zie ook de in voetnoot 8 genoemde mededeling van de Commissie.

36 — Deze bepaling luidt als volgt:  
„Om ervoor te zorgen dat de lasten voor de consument redelijk zijn, zien de [NRI's] erop toe dat de interconnectietarieven voor de verstrekking van deze faciliteit redelijk zijn.”

34 — Cursivering van mij.

het maximumbedrag van de interconnectie-tarieven „dermate kostengeoriënteerd [moet worden vastgesteld] dat de consumenten niet worden ontmoedigd om gebruik te maken van de portabiliteitsfaciliteit”.<sup>37</sup>

60. Ten slotte is het een betrouwbare aanwijzing, omdat de NRI's overeenkomstig hun toezichtsplicht van artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn ervoor zorgen dat de prijsstelling voor interconnectie de concurrentie niet verstoort en afhangt van de kosten voor het verrichten van de dienst. Daarvan uitgaande, is de vrees van de president van de UKE en de Poolse regering dat inaanmerkingneming van de interconnectie-tarieven de rechten van de consumenten niet voldoende waarborgt omdat de tarieven op een onverantwoord niveau zouden kunnen worden vastgesteld, mijns inziens ongegrond. Integendeel, wanneer de NRI's hun toezicht-houdende taak correct uitoefenen en erop toezien dat die tarieven kostengeoriënteerd zijn, dan is dat de beste garantie tegen een arbitraire en willekeurige vaststelling van het bedrag van de vergoeding.

61. Deze redenering verbiedt de NRI niet om op de door haar het meest geschikt geachte wijze de gegevens aan de vraagzijde in aanmerking te nemen, naast de eigenlijke kostenfactoren. De resultaten van een consumentenonderzoek kunnen aldus een

beoordelingsfactor vormen die de NRI kan informeren over de verwachtingen van de gebruikers.

62. Het lijkt mij echter duidelijk dat die resultaten niet als zodanig een beslissend onderzoekscriterium kunnen vormen voor de beoordeling van de ontmoedigende werking van de vergoeding.

63. Bij de interpretatie en het gebruik van dit soort resultaten is namelijk grote voorzichtigheid geboden, daar zij een willekeurig en subjectief karakter hebben, dat als zodanig de taak van de rechter die belast is met de toetsing van de rechtmatigheid van de beslissingen van de NRI niet vergemakkelijkt.

64. Ten eerste hangen de resultaten van een consumentenonderzoek af van zulke diverse variabelen als de economische, sociale en culturele gegevens van een staat, de selectie van de steekproef (leeftijd, activiteiten, geografische of sociaal-economische afkomst), de gebruikte methodiek, het waarheidsgehalte van de antwoorden, de identiteit van de enquêteurs en de structuur en inhoud van de gestelde vragen.<sup>38</sup>

65. Ten tweede zijn die resultaten mijns inziens niet betrouwbaar. Een gemiddelde consument zal niet precies weten wat de portabiliteitsfaciliteit kost. Dan is de prijs die hij

37 — Punt 37 en dictum van het arrest (aanhalingstekens van mij).

38 — Zie in die zin Dussaix, A.-M., „La qualité dans les enquêtes”, *Revue MODULAD*, nr. 39, 2009, blz. 137, met name blz. 142-168.

bereid is te betalen mogelijk veel hoger dan de werkelijke kosten van de operators, en in dat geval is de enkele inaanmerkingneming van dit resultaat niet in het belang van de consument. Met deze methodiek kunnen de werkelijke kosten van de dienst dus niet worden weergegeven, noch zelfs de ontwikkelingen daarvan, gelet op de technische vooruitgang of de ontwikkeling van de vraag.

66. Voorts garandeert die methodiek geen voorspelbaarheid en voert zij ten nadele van de operators een mate van onzekerheid in over het bedrag van de door de NRI vastgestelde vergoeding.

67. Last but not least vraag ik mij af in hoeverre het mogelijk is, zonder de algemene beginselen van het recht van de Unie te schenden, de bestanddelen van een inbreuk waarop voor de operator een geldboete staat, op basis van enkel een opinieonderzoek als vervuld te beschouwen. Een dergelijke willekeurige en subjectieve methodiek lijkt namelijk een zeer zwakke rechtsgrondslag te vormen voor de uitoefening van een dergelijke sanctiebevoegdheid, als zij al niet onverenigbaar is met de betrokken algemene beginselen. Er valt namelijk niet in te zien hoe een operator in die omstandigheden de voorwaarden waaronder hij aansprakelijk kan worden gesteld, objectief kan beoordelen.

68. Gelet op het voorgaande ben ik derhalve van mening dat de methodiek die door de Poolse autoriteiten wordt pleit en die

uitsluitend berust op de resultaten van een consumentenonderzoek, niet voldoende garanties biedt om de portabiliteit ten volle te verwezenlijken en een effectieve rechtsbescherming voor de spelers op deze markt te realiseren.

69. Een dermate subjectieve methodiek kan tot uitwassen leiden, waarop de NRI's mijns inziens een weging moeten toepassen met inachtneming van de kosten die de operators maken voor het verrichten van de dienst.

70. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de verwijzende rechter te antwoorden dat artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de NRI's op de door hen het meest passend geachte wijze rekening moeten houden met de aanwijzing ontleend aan de kosten die de telecommunicatieoperators maken in verband met de uitvoering van de nummeroverdracht, bij hun beoordeling van de omtrentige werking van de eventuele daarvoor aan de abonnee in rekening gebrachte directe kosten.

71. Alvorens conclusie te nemen, wil ik een slotopmerking maken over de tariefstelling in de Unie voor de portabiliteitsfaciliteit.

72. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt, hebben sommige lidstaten besloten dat de portabiliteitsfaciliteit thans



kosteloos zou moeten openstaan voor de abonnees. Die oplossing, waar ik het me eens ben, zou een aantal voordelen hebben en er met name voor zorgen dat de consumenten zo veel mogelijk kunnen profiteren van deze dienst. Voorts zou die oplossing, vastgesteld op Unieniveau, kunnen leiden tot harmonisering van de soms tussen de lidstaten onderling afwijkende regelingen, die de versterking

van de ene telecommunicatiemarkt verhinderen. Hoewel die oplossing door de wetgever van de Unie moet worden uitgewerkt, merk ik op dat zij door deze niet is vastgesteld in het kader van het nieuwe regelgevingspakket dat op 18 december 2009 in werking is getreden, aangezien de bewoordingen van artikel 30, lid 2, van de universeledienstrichtlijn in wezen niet zijn gewijzigd.

#### IV — Conclusie

73. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de door de Sąd Najwyższy gestelde prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden:

„Artikel 30, lid 2, van richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn), moet aldus worden uitgelegd dat de nationale regelgevende autoriteiten op de door hen het meest passend geachte wijze rekening moeten houden met de aanwijzing ontleend aan de kosten die de telecommunicatieoperators maken in verband met de uitvoering van de nummeroverdracht, bij hun beoordeling van de ontmoedigende werking van de eventuele daarvoor aan de abonnee in rekening gebrachte directe kosten.”