FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 15. april 2010 [1]

1. Nu, hvor den nye Sammenslutning af Europæiske Tilsynsmyndigheder inden for Elektronisk Kommunikation (BEREC) [2] er oprettet, forelægges Domstolen et nyt præjudicielt spørgsmål vedrørende gennemførelsen af en af de vigtigste foranstaltninger i telekommunikationsreformen, nemlig de europæiske forbrugeres ret til at portere deres nummer, som fastsat i artikel 30 i direktiv 2002/22/EF [3].

2. Denne ret giver alle abonnenter mulighed for at bevare deres nummer, såfremt de ændrer operatør, i givet fald mod at betale et gebyr. Artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet pålægger de nationale tilsynsmyndigheder at overvåge ikke blot de samtrafikomkostninger, som operatørerne skal afholde for at sikre nummerportabiliteten, men ligeledes de gebyrer, som operatørerne i givet fald kræver betalt af abonnenterne. Efter denne bestemmelse kan operatørerne således vælge, hvorvidt de vil overvælte de omkostninger, de har båret ved at levere denne facilitet, på abonnenterne. I henhold til den pågældende bestemmelse må størrelsen af et eventuelt opkrævet gebyr ikke virke prohibitivt.

3. Med Mobistar-dommen af 13. juli 2006 [4] har Domstolen præciseret de nationale tilsynsmyndigheders skønsmargen i forbindelse med deres undersøgelse af de samtrafikomkostninger, der skal bæres af operatørerne. Den foreliggende sag giver i dag Domstolen mulighed for at præcisere, hvorledes de nationale tilsynsmyndigheder helt konkret bør undersøge prissætningen for tilbuddet om portabilitet i forhold til abonnenten.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Unionslovgiver har den 25.11.2009 vedtaget et nyt regelsæt for markedet for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester. Det er i denne forbindelse, at det nye BEREC blev indført den 28.1.2010, i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1211/2009 af 25.11.2009 om oprettelse af Sammenslutningen af Europæiske Tilsynsmyndigheder inden for Elektronisk Kommunikation (BEREC) og dens støttekontor, EUT L 337, s. 1.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7.3.2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet), EFT L 108, s. 51, herefter »forsyningspligtdirektivet«.

4 — Sag C-438/04, Sml. I, s. 6675.

4. Anmodningen om præjudiciel afgørelse udspringer af en tvist mellem Polska Telefonia Cyfrowa sp. zoo (herefter »sagsøgeren«) og Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (formanden for tilsynsmyndigheden for elektronisk telekommunikation, herefter »formanden for UKE«) vedrørende sidstnævntes afgørelse om at pålægge sagsøgeren en bøde på 100 000 PLN (svarende til ca. 24 350 EUR) som følge af en tilsidesættelse af de gældende bestemmelser om nummerportabilitet. Formanden for UKE fandt, at det af sagsøgeren opkrævede gebyr på 122 PLN (ca. 29,70 EUR) fra abonnenterne virkede prohibitivt for disses anvendelse af retten til nummerportering. I denne henseende fandt formanden for UKE, at størrelsen af dette gebyr ikke burde være fastsat på grundlag af omkostningerne, der påhvilede operatørerne, men ud fra forbrugernes opfattelse og navnlig på grundlag af resultaterne af en forbrugerundersøgelse.

5. I forbindelse med nærværende sag er Domstolen ikke blevet forelagt et spørgsmål om gratis levering af portabilitet. Selv om der i dag i nogle medlemsstater er indført lovgivning af dette indhold, giver den omtvistede bestemmelse ikke hjemmel til at pålægge en operatør at tilbyde denne facilitet gratis. I overensstemmelse med denne bestemmelse og i henhold til den anvendelige nationale ret kan operatøren således vælge at kræve et gebyr herfor betalt af abonnenten. Spørgsmålet er derefter, hvorledes man bedst kan kontrollere fastsættelsen af prisen for en sådan ydelse til abonnenten.

6. Sąd Najwyższy (den polske højesteret) spørger følgelig Domstolen om, hvorvidt de nationale tilsynsmyndigheder som led i deres tilsynsopgave skal tage hensyn til operatørernes omkostninger ved nummerportabiliteten, når myndighederne bedømmer, om det gebyr, som abonnenten skal betale, virker prohibitivt.

7. Jeg skal i dette forslag til afgørelse anføre min begrundelse for, at de nationale tilsynsmyndigheder efter min mening ikke kan se bort fra de omkostninger, der bæres af operatørerne, når de bedømmer størrelsen af prisen for tilbuddet om portabilitet for abonnenten, når henses til den generelle sammenhæng, hvori portabilitetsydelsen indgår, samt til de af unionslovgiver forfulgte mål på dette område.

8. Jeg skal ligeledes redegøre for mine tvivl med hensyn til den af formanden for UKE anvendte metode, som i sidste ende består i at pålægge en administrativ bøde på grundlag af en enkelt forbrugerundersøgelse.

I – Retsforskrifter

A – *Bestemmelserne i EU-lovgivningen*

9. Åbningen af telekommunikationssektoren for konkurrence er sket på grundlag af tre hovedelementer, nemlig liberalisering, harmonisering og anvendelse af konkurrencereglerne på telekommunikationsvirksomheder [5].

10. Liberaliseringsprocessen i telekommunikationssektoren begyndte i 1988. Med vedtagelsen af direktiv 88/301/EØF, direktiv 90/388/EØF og direktiv 96/19/EF [6] og efter en præcis tidsplan har unionslovgiver gennemført en afskaffelse af de særlige eller eksklusive rettigheder, som de traditionelle telekommunikationsudbyderne nød godt af i relation til teleterminaler (bl.a. rettigheder vedrørende import, afsætning, tilslutning og/eller vedligeholdelse) og leveringen af telekommunikationsydelser. Dette marked har i princippet været fuldstændig liberaliseret siden den 1. januar 1998.

11. Parallelt med de af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber vedtagne liberaliseringsdirektiver har Rådet for Den Europæiske Union vedtaget en række harmoniseringsforanstaltninger på grundlag af artikel 100 A i EF-traktaten (efter ændring nu artikel 95 EF). Som et centralt element i disse foranstaltninger fastlægger direktiv 90/387/EØF [7] de fælles regler for takster for levering af et åbent telekommunikationsnet. Rammedirektivet fra 1990 blev fuldstændiggjort ved direktiv 97/33/EF [8], der fastsatte mere specifikke foranstaltninger, der bl.a. skulle sikre

5 — For et overblik, jf. M. Bazex, »Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics«, *Revue des affaires européennes,* 1994/2 s. 103; D. Encaoua og L. Flochel, »Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation – La tarification: du monopole à la concurrence régulée«, *Lactualité juridique – Droit administratif,* (AJDA), 1997, s. 254; P. Ravaioli, »Le cadre législatif européen des télécommunications et son application«, *Revue du Marché Unique Européen,* nr. 3, 1997, s. 175, og D. Geradin, »L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau – Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation«, *Cahiers de Droit européen,* 1999, nr. 1 og 2, s. 13.

6 — Jf. henholdsvis Kommissionens direktiv 88/301/EØF af 16.5.1988 om konkurrence på teleterminalmarkederne, EFT L 131, s. 73, Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28.6.1990 om liberalisering af markedet for teletjenester, EFT L 192, s. 10, og Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13.3.1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår gennemførelse af liberaliseringen af markederne for teletjenester, EFT L 74, s. 13.

7 — Rådets direktiv 90/387/EØF af 28.6.1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net ONP (Open Network Provision - tilrådighedsstillelse af åbne net), EFT L 192, s. 1, herefter »rammedirektivet af 1990«.

8 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/33/EF af 30.6.1997 om samtrafik på teleområdet med henblik på at sikre forsyningspligtydelser og interoperabilitet ved anvendelse af ÓNP-principperne, EFT L 199, s. 32, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/61/EF af 24.9.1998 (EFT L 268, s. 37, herefter »direktiv 97/33«). Jf. ligeledes Kommissionens meddelelse om samtrafiktakster på et liberaliseret telemarked, EFT 1998 C 84, s. 3.

samtrafikken mellem nettene og ydelsernes interoperabilitet [9].

12. Spørgsmålet om samtrafikprisen viste sig at være afgørende for konkurrencens struktur og intensitet i denne sektor. Rådet fastsatte derfor stramme regler for disse takster, hvis gennemførelse på nationalt niveau blev overdraget til de nationale tilsynsmyndigheder.

13. I henhold til artikel 7 i direktiv 97/33 skal de nationale tilsynsmyndigheder sikre, at samtrafikpriserne overholder principperne om gennemsigtighed og omkostningsægthed [10].

14. Ved at sikre en fuldstændig samtrafik mellem nettene på EF-niveau og ved at skabe en mere effektiv konkurrence mellem tjenesteyderne har unionslovgiver bl.a. ønsket at give de europæiske forbrugere en vifte af ydelser, der er større, af bedre kvalitet og til en mere fordelagtig pris.

15. Blandt disse ydelser er nummerportabilitet, der i forbindelse med vedtagelsen af en ny lovpakke den 7. marts 2002 [11] blev indført ved forsyningspligtdirektivets artikel 30. Denne ydelse giver enhver kunde hos en teleoperatør mulighed for at skifte operatør, samtidig med at nummeret bevares uændret.

16. I henhold til det pågældende direktivs artikel 30, stk. 1, sikrer medlemsstaterne, at alle abonnenter på offentligt tilgængelige telefonitjenester, herunder mobiltjenester, efter anmodning herom kan nyde godt af denne ydelse, uanset hvilken virksomhed der udbyder tjenesten til abonnenterne.

17. Det nævnte direktivs artikel 30, stk. 2 og 3, fastsætter rammerne vedrørende prisen for denne ydelse. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

» De nationale tilsynsmyndigheder sørger for, at samtrafikprisen i forbindelse med udbud af nummerportabilitet er omkostningsbaseret, og at eventuelle direkte gebyrer, der

9 — I henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 97/33 er samtrafik: »fysisk og logisk sammenkobling af telenet, som bruges af den samme eller af en anden organisation med henblik på at give en organisations brugere mulighed for at kommunikere med en anden organisations brugere eller få adgang til andre organisationers tjeneste. Tjenester kan udbydes af de berørte parter eller af andre parter, som har adgang til nettet«.

10 — De nationale tilsynsmyndigheder skal bl.a. sikre, at der offentliggøres et »referencesamtrafikudbud«, der fastlægger de nærmere former og betingelser for samtrafik.

11 — Ud over forsyningspligtdirektivet er der blevet vedtaget Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7.3.2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet), EFT L 108, s. 7, herefter »adgangsdirektivet«, og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet), EFT L 108, s. 33, herefter »rammedirektivet af 2002«.

skal betales af abonnenterne, ikke virker prohibitivt for anvendelsen af disse faciliteter [12].

De nationale tilsynsmyndigheder må ikke fastsætte detailledstakster for overførsel af numre på en måde, som kan medføre konkurrenceforvridning, som f.eks. indførsel af specifikke eller fælles detailledstakster.«

18. I henhold til artikel 4, stk. 1, i rammedirektivet af 2002 skal medlemsstaterne endelig sikre, at enhver forbruger eller enhver leverandør på effektiv vis skal kunne anfægte de beslutninger fra de nationale tilsynsmyndigheder, der måtte berøre dem.

B – *Den nationale lovgivning*

19. Betingelserne for at udøve nummerportabilitet i Polen er bl.a. fastsat i artikel 41 og 71 i lov om telekommunikation (Prawo telekomunikacyjne) af 16. juli 2004 [13].

20. I den pågældende lovs artikel 41, stk. 1, bestemmes, at samtrafikprisen for nummerportering mellem nettene skal fastsættes under hensyn til de dermed forbundne omkostninger.

21. Den pågældende lovs artikel 71 har følgende ordlyd:

»1. En abonnent, der har indgået en kontrakt med en serviceleverandør, der sikrer tilslutning til en operatørs offentlige telefonnet, kan i forbindelse med valg af en anden operatør kræve, at det tildelte nummer porteres til et eksisterende net, som tilhører en anden operatør i området:

1) inden for et nummerområde – for så vidt angår geografiske numre

2) inden for hele statens område – for så vidt angår ikke-geografiske numre.

[…]

3. Ved portering af et tildelt nummer i forbindelse med valg af en anden operatør kan den hidtidige serviceleverandør hos abonnenten opkræve et engangsgebyr, der fremgår af leverandørens prisliste; gebyrets størrelse

12 — Artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet er blevet ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25.11.2009, EUT L 337, s. 11. Denne bestemmelse præciserer herefter følgende:
»Nationale tilsynsmyndigheder sikrer, at prisen mellem operatører og/eller tjenesteudbydere i forbindelse med udbud af nummerportabilitet er omkostningsbaseret, og at eventuelle direkte gebyrer, der skal betales af abonnenterne, ikke virker som en hindring for abonnenternes skift af tjenesteudbyder.«

13 — Dz. U 2004, nr. 171, position 1800.

må ikke virke prohibitivt for abonnentens anvendelse af denne ret [14].«

22. I henhold til den pågældende lovs artikel 74, stk. 1, har en operatør, der sikrer tilslutning til det offentlige telefonnet (giveroperatør), og den operatør, som en abonnent har kontrakt hos (modtageroperatør), pligt til at sikre, at retten til portabilitet gennemføres. I tilfælde af tilsidesættelse af denne pligt giver den pågældende lovs artikel 74, stk. 3, formanden for UKE mulighed for at pålægge en bøde som anført i artikel 209, stk. 1, nr. 16, i samme lov.

23. I henhold til sidstnævnte bestemmelse kan den, der hindrer abonnenter i at udnytte deres ret til nummerportabilitet, som fastsat i artikel 70 og 71 i lov om telekommunikation, straffes med bøde.

II – Den faktiske baggrund for forelæggelseskendelsen

24. I henhold til artikel 74, stk. 3, og artikel 209, stk. 1, nr. 16, i lov om telekommunikation har formanden for UKE pålagt sagsøgeren en bøde på 100 000 PLN (ca. 24 350 EUR) for i perioden mellem den 28. marts 2006 og den 31. maj 2006 at have tilsidesat bestemmelserne om nummerportabilitet. Formanden fandt, at det af sagsøgeren opkrævede gebyr på 122 PLN (ca. 29,70 EUR) kunne afholde abonnenterne fra at anmode om nummerportabilitet.

25. Ifølge formanden for UKE skal dette gebyr ikke fastsættes under hensyntagen til de omkostninger, som operatørerne afholder for at sikre nummerportabiliteten, men ud fra brugernes subjektive vurdering af gebyrernes størrelse, således som denne fremgår ud fra resultaterne af en forbrugerundersøgelse. På spørgsmålet om, »hvor meget brugerne af fastnet- og mobiltelefoner er parate til at betale for nummerportering til en anden operatør«, svarede de polske kunder, der var prepaid brugere, således, at de var parate til at betale 46 PLN (ca. 11,20 EUR), og de kunder, som havde fast abonnement, svarede, at de var parate til at betale 48 PLN (ca. 11,70 EUR). Formanden for UKE fandt herefter, at et gebyr på over 50 PLN (ca. 12,20 EUR) kunne virke som en hindring for brugernes anvendelse af retten til nummerportering, hvilket var i strid med artikel 71, stk. 3, i lov om telekommunikation, hvorfor gebyret derfor kunne begrunde en bøde.

26. Det af sagsøgeren indbragte søgsmål til prøvelse af denne afgørelse blev forkastet den

14 — Som følge af en ændring af loven om telekommunikation, den 24.4.2009, forbyder lovens artikel 71, stk. 3, at abonnenten betaler et gebyr. Denne bestemmelse er imidlertid ikke relevant for den foreliggende sag.

6. marts 2007 af Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (polsk ret for konkurrence- og forbrugerbeskyttelsessager). Den pågældende ret fandt, at formanden for UKE ved denne afgørelse havde fortolket forsyningspligtdirektivets artikel 30, stk. 2, rigtigt og anvendt artikel 71, stk. 3, i telekommunikationsloven korrekt.

27. Ved dom af 5. februar 2008 ændrede Sąd Apelacyjny w Warszawie (appelretten i Warzawa, Polen) i det hele den pågældende dom og annullerede formanden for UKE's afgørelse. Denne iværksatte dernæst en kassationsanke ved Sąd Najwyższy, der, idet den var i tvivl om fortolkningen af artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet, har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet fortolkes således, at de kompetente nationale tilsynsmyndigheder i deres tilsyn med, at eventuelle direkte gebyrer, der skal betales af abonnenterne, ikke virker prohibitivt for anvendelsen af nummerportering, er forpligtede til at tage hensyn til de omkostninger, som levering af denne facilitet medfører for operatører af et mobilnet?«

28. Sagsøgeren, formanden for UKE, den polske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige og mundtlige indlæg. Den slovakiske regering har kun indgivet et skriftligt indlæg.

III – Bedømmelse

29. Med det præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt fastslået af Domstolen, om artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet skal fortolkes således, at de nationale tilsynsmyndigheder skal tage hensyn til de omkostninger, som leveringen af nummerportabiliteten medfører for telekommunikationsoperatørerne, når myndighederne fører tilsyn med, om de gebyrer, der i den anledning kan kræves betalt af abonnenten, er prohibitive.

30. Spørgsmålet rejses af to grunde, nemlig for det første fordi principperne om størrelsen af dette gebyr ikke er fastsat – af den nævnte bestemmelse fremgår blot, at gebyrerne ikke må virke prohibitivt – og for det andet fordi de nationale tilsynsmyndigheder har et vidt skøn ved udøvelsen af deres tilsyn og navnlig ved fastsættelsen af deres reguleringspraksis.

31. I den foreliggende sag har formanden for UKE, som er den kompetente nationale tilsynsmyndighed, således besluttet, at

vurderingen af, om det af sagsøgeren fakturerede gebyr virker prohibitivt, udelukkende skal baseres på resultaterne af en forbrugerundersøgelse, og at der ikke skal tages hensyn til operatørernes omkostninger i forbindelse med portabiliteten.

A – *Indledende bemærkninger*

32. Før det præjudicielle spørgsmål undersøges, synes det hensigtsmæssigt indledningsvis at præcisere genstanden og taksten for tilbuddet om portabilitet, inden Domstolens praksis om de nationale tilsynsmyndigheders skønsmargen på området gennemgås.

33. I henhold til artikel 30 i forsyningspligtdirektivet er tilbuddet om portabilitet en forpligtelse, der påhviler samtlige telekommunikationsoperatører, og en ret, som samtlige abonnenter har. Denne ydelse har til formål at fjerne hindringer for forbrugernes frie valg og sikre udviklingen af en effektiv konkurrence på markedet for telefontjenester [15].

34. For at lette overgangen fra den tidligere monopolordning og hindre misbrug har unionslovgiver udstukket rammer for de takster, som operatørerne kan fakturere i forbindelse med en anmodning om portering. Der er stort set tale om to takster.

35. Den første vedrører samtrafiktaksterne. Når en abonnent anmoder om at få sit nummer overført, fakturerer giveroperatøren [16] (det drejer sig som regel om denne) samtrafikomkostingerne, der er forbundet med behandlingen af denne anmodning, til modtageroperatøren [17]. Som Domstolen har fastslået, medfører dette en omkostning, for så vidt som operatørernes platforme skal være kompatible, telefonnummeret skal overføres fra en operatør til en anden, og visse tekniske operationer skal gennemføres for at muliggøre en videreførelse af opkald til det overførte nummer [18]. Ved fastsættelsen af taksten for denne samtrafik er giveroperatøren forpligtet til at overholde princippet om, at taksten skal være omkostningsbaseret, hvilket er underlagt de nationale tilsynsmyndigheders kontrol.

36. Denne ramme for samtrafiktaksten skal fremme effektive og levedygtige operatørers adgang til markedet og hindre risikoen for de konkurrencefordrejninger, som en fastsættelse af urimelige priser kan medføre. En urimelig høj samtrafiktakst ville udgøre en barriere

15 — Mobistar-dommen, præmis 25.

16 — Operatøren, som et mobiltelefonnummer bliver overført fra, og i forhold til hvem abonnementet opsiges.

17 — Operatøren, som abonnenten indgår en ny kontrakt med, og til hvem nummeret overføres.

18 — Mobistar-dommen, præmis 24.

for adgangen til markedet og ville styrke de allerede eksisterende operatørers dominerende stilling på markedet [19]. Som Domstolen har fastslået, er der ligeledes en risiko for, at en sådan takst tilskynder operatørerne til at overvælte omkostningerne på den nye abonnent, hvilket får forbrugerne til at opgive at gøre brug af faciliteten om portabilitet [20]. På tilsvarende vis medfører takster, der ikke dækker de faktiske omkostninger, en risiko for, at ineffektive konkurrenter får adgang til markedet.

37. Den anden takst vedrører det gebyr, som abonnenten skal betale for gennemførelsen af denne ydelse. Normalt opkræves dette gebyr af modtageroperatøren og gør det muligt for denne at få dækket alle, eller dele af, de omkostninger, denne har afholdt.

38. Dette gebyr udgør ligeledes et afgørende element i konkurrencen på markedet, navnlig for de operatører, der er kommet ind som nye. For sidstnævnte er portabiliteten en forretningsmæssig nødvendighed for at hverve nye kunder, der hidtil var kunder hos de gamle operatører. Modtageroperatøren er derfor ved faktureringen af portabiliteten underlagt et konkurrencepres og har derfor et incitament til ikke at hindre nye kunder og dermed til at tilbyde rimelige takster. Når gebyret for denne ydelse faktureres af giveroperatøren, kan denne derimod tage overpriser for at afholde sin kunde fra at anmode om at få sit nummer overført til en konkurrent. Henset hertil, har unionslovgiver ligeledes sat rammer for fastsættelsen af gebyret ved i henhold til forsyningspligtdirektivets artikel 30, stk. 2, at pålægge de nationale tilsynsmyndigheder at sørge for, at dette ikke får en prohibitiv virkning.

39. De nationale tilsynsmyndigheder har en skønsmargen ved gennemførelsen af de af unionslovgiver fastsatte regler [21]. Da disse regler i det væsentlige er fastsat i direktiver, opstår der en problematik i relation til sammenhængen mellem de forskellige nationale gennemførelsesforanstaltninger og de forskellige former for tilsynspraksis, der anvendes af de enkelte myndigheder. Hvad således angår det gebyr, som skal betales af brugeren, skal det bemærkes, at Institut Luxembourgeois de Régulation har fastsat, at »de porteringsomkostninger, der kan pålægges brugeren,

19 — Navnlig i tilfælde af net af forskellig størrelse er efterspørgslen efter netadgang hos den dominerende virksomhed normalt større end dennes egen efterspørgsel efter adgang til konkurrenternes net. Den dominerende virksomhed har således mulighed for under forhandlingen at kræve en høj takst for adgangen til dennes netværk.

20 — Mobistar-dommen, præmis 28 og 29.

21 — Denne decentraliserede lovgivning blev fundet nødvendig for at tage hensyn til væsentlige nationale særegenheder på telekommunikationsområdet, der bl.a. skyldes forskelle i begrebet offentlig interesse, graden af liberalisering og den teknologiske udvikling.

skal overholde principperne om ikke at være diskriminerende og være effektive«, og at den godtgørelse, som alene modtageroperatøren kan kræve af brugeren, skal være rimelig [22]. Tilsvarende fastsætter de franske bestemmelser og Det Forenede Kongeriges bestemmelser, at operatørerne er forpligtede til at tilbyde deres abonnenter at bevare deres nummer til en rimelig takst [23]. I Polen derimod fastsatte artikel 71 i loven om telekommunikation som allerede nævnt oprindeligt, at gebyret ikke måtte virke prohibitivt. På nuværende tidspunkt forbyder denne bestemmelse helt og holdent, at abonnenten betaler et gebyr.

40. Det må konstateres, at disse regler afviger fra hinanden. Ud over de forskellige værktøjer, der vælges for at vurdere og beregne taksterne, er der ligeledes forskellige måde at anvende disse værktøjer på. Man kan derfor rejse det spørgsmål, om det ikke er nødvendigt at sikre en større sammenhæng mellem de nationale tilsynsmyndigheders politik i henseende til at udstede regler. Forskelle i disse regler kan nemlig fremkalde alvorlige konkurrencefordrejninger, der kan skade oprettelsen af et integreret europæisk marked for teletjenester.

41. De nationale tilsynsmyndigheder har ganske vist en skønsmargen i forbindelse med udøvelsen af deres tilsyn. I denne henseende har Domstolen udstukket visse retningslinjer i Mobistar-dommen.

42. I den pågældende sag blev Domstolen anmodet om at tage stilling til, om artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet var til hinder for, at den belgiske tilsynsmyndighed på forhånd og ved hjælp af en abstrakt omkostningsmodel fastsatte de maksimumspriser, som giveroperatøren kunne kræve af modtageroperatøren. Domstolen besvarede spørgsmålet benægtende, idet den nuancerede sit svar. Den udtalte i det væsentlige, at fra det øjeblik, hvor de nationale tilsynsmyndigheder opfylder deres tilsynspligt ved at undersøge, om priserne er omkostningsbaserede, således at forbrugerne ikke bliver afskrækket fra at gøre brug af faciliteten med portabilitet, overlader artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet de nationale myndigheder et vist skøn til at vurdere situationen og fastlægge, hvilken metode de finder mest egnet. Den valgte metode skal imidlertid ikke blot gøre det muligt fuldt ud at gennemføre portabiliteten, men den skal ligeledes være omfattet af

22 — Jf. beslutninger af 6.7.2004, 04/77/ILR om bestemmelserne om, hvorledes mobilnummerportabilitet indføres, og 04/78/ILR om bestemmelserne om den tekniske løsning for indførsel af mobilnummerportabilitet. Disse beslutninger ligger på Institut Luxembourgeois de Régulations hjemmeside (www.ilr.public.lu).

23 — Jf. artikel L 44 i den franske lov om post og elektronisk kommunikation, i dens konsoliderede udgave af 13.1.2010, og punkt 18.1 i de almindelige bestemmelser fastsat af Det Forenede Kongeriges tilsynsmyndighed i henhold til section 48, stk. 1, i lov af 2003 om kommunikation (Communications Act 2003).

en effektiv adgang til søgsmål ved de kompetente retsinstanser [24].

43. Domstolen anmodes i denne sag om at tage stilling til de nationale tilsynsmyndigheders skønsmargen, når disse vurderer, om gebyret virker prohibitivt, og den skal navnlig besvare spørgsmålet om, hvorvidt disse myndigheder, i forbindelse med denne vurdering, i henhold til forsyningspligtdirektivet er forpligtede til at tage hensyn til operatørernes omkostninger i forbindelse med nummerportabiliteten.

44. Dette spørgsmål er vigtigt, idet der forefindes identiske bestemmelser i forsyningspligtdirektivets artikel 19, stk. 3, som vedrører operatørforvalg og fast operatørvalg [25].

B – *Fortolkning af artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet*

45. I modsætning til medlemsstaterne og Kommissionen, der har afgivet indlæg i denne sag, er jeg af den opfattelse, at de nationale tilsynsmyndigheder ikke kan se bort fra operatørernes omkostninger, når de vurderer, om det gebyr, som abonnenterne pålægges, virker prohibitivt.

46. Selv om dette ikke fremgår af ordlyden af artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet, følger det imidlertid af ordningens opbygning, hvori indgår tilbuddet om portabilitet, og af de af unionslovgiver forfulgte mål.

47. Hvad for det første angår den pågældende bestemmelses ordlyd må det konstateres, at den ikke præciserer nogen som helst metode til brug for de nationale tilsynsmyndigheder i deres vurdering af, om det på abonnenterne pålagte gebyr virker prohibitivt.

48. Selv om den franske version af artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet anvender udtrykket »redevance«, der ifølge en semantisk fortolkning henviser til et beløb, der opkræves af brugeren, og hvis størrelse er omkostningsbaseret, anvender denne bestemmelses øvrige sprogversioner udtryk, der på samme tid kan henvise til begrebet udgifter, omkostninger, takster, tilskud, bidrag eller endog andele. Det er tilfældet med versionen på polsk, der er processproget, og som anvender udtrykket »obciążenia«, hvilket betyder udgifter, eller

24 — Præmis 34, 40 og 41, min fremhævelse.

25 — Den pågældende bestemmelse fastsætter, at »de nationale tilsynsmyndigheder sørger for, at prissætningen for adgang og samtrafik i forbindelse med [operatørforvalg og operatørvalg] er omkostningsbaserede, og at eventuelle direkte gebyrer, der pålægges abonnenterne, ikke virker prohibitivt for anvendelsen af disse faciliteter«.

den engelske (»direct charges«), italienske (»oneri diretti«), spanske (»cuotas directas«) eller tyske version (»direkte Gebühren«).

49. I henhold til fast retspraksis udelukker hensynet til en ensartet anvendelse og fortolkning af fællesskabsretten, at en bestemmelses ordlyd betragtes isoleret i én af sine versioner. Dette hensyn kræver derimod, at ordlyden fortolkes på baggrund af alle officielle sprogversioner og på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den indgår i [26].

50. Hvad angår undersøgelsen af den almindelige ordnings opbygning, hvori indgår tilbuddet om portabilitet, og de af unionslovgiver forfulgte mål skal der ikke blot tages hensyn til de særlige bestemmelser vedtaget inden for rammerne af forsyningspligtdirektivet, men ligeledes til de mere generelle bestemmelser, der er fastsat i rammedirektiverne af 1990 og 2002 samt i adgangsdirektivet.

51. En undersøgelse af disse tekster gør det således muligt at udlede de takstprincipper, hvorpå lovgivningen om telekommunikation og navnlig samtrafiktaksten er baseret.

52. Disse principper er følgende:

— Taksterne skal bygge på objektive kriterier og princippet om omkostningsbaserede takster [27]. Som Domstolen har fastslået i dom af 17. juli 2008, Arcor m.fl. [28], forpligter dette princip operatørerne til at fastsætte omkostningsægte samtrafiktakster [29]. Dette princip gør det således muligt at anslå de omkostninger, der ville gælde på et marked med fuldkommen konkurrence, og som skal gælde på et område som det for samtrafik, hvor der endnu ikke hersker en effektiv konkurrence, der kan sikre rimelige takster. Det nævnte princip anvendes ligeledes for visse takster pålagt de endelige brugere, såsom taksten for brugen af faste

26 — Jf. bl.a. dom af 17.9.2009, sag C-347/08, Vorarlberger Gebietskrankenkasse, Sml. I, s. 8661, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 28.1.2010, sag C-473/08, Eulitz, Sml. I, s. 907, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis.

27 — Jf. som eksempel artikel 3, stk. 1, samt bilag II, punkt 4 i rammedirektivet af 1990, 10. betragtning samt artikel 7, stk. 2, i direktiv 97/33; 20. betragtning samt artikel 13, stk. 1, i adgangsdirektivet, samt 26., 40., og 42. betragtning og artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet. Jf. ligeledes Kommissionens henstilling 98/195/EF af 8.1.1998 om samtrafik på et liberaliseret telemarked (Del 1 – Samtrafiktakster), EFT L 73, s. 42, samt Kommissionens meddelelse om samtrafiktakster på et liberaliseret telemarked, EFT C 84, s. 3, punkt 3.2.

28 — Forenede sager C-152/07 – C-154/07, Sml. I, s. 5959.

29 — Præmis 22 og 23.

offentlige telefonnet og taletelefonitjenesten [30] samt taksterne for faste kredsløb [31].

— Taksterne skal være gennemsigtige og offentliggøres på passende måde [32].

— Taksterne skal sikre lige adgang til tjenester og må ikke være diskriminerende.

— Taksterne skal sikre, at ydelserne er effektive i hele Fællesskabet.

— Taksterne skal kunne være genstand for effektiv adgang til søgsmål ved de kompetente retsinstanser [33].

53. Overholdelsen af disse kriterier, selv om den først og fremmest påhviler operatørerne, medfører grænser for udøvelsen af den skønsmargen, som de nationale tilsynsmyndigheder har. Det skal således erindres, at Domstolen i Mobistar-dommens præmis 34 og 41 udtrykkeligt fastslog, at uanset at de nationale myndigheder har *et vist skøn til at* fastlægge, hvilken metode de finder mest egnet til at fastsætte et maksimum for samtrafiktaksten, skal denne metode i det mindste gøre det muligt at sikre portabilitetens fulde effektivitet samt sikre brugerne og operatørerne en effektiv retsbeskyttelse.

54. De nationale tilsynsmyndigheders skønsmargen må således ikke forveksles med udøvelsen af et frit skøn.

55. Den metode, som de nationale tilsynsmyndigheder i dag skal fastlægge med henblik på at kunne vurdere, om gebyret har en prohibitiv virkning, skal være i overensstemmelse med ovennævnte takstprincipper. Den skal gøre det muligt at sikre ikke blot forbrugerens velfærd, men ligeledes, at der udvikles en sund konkurrence på markedet.

56. Metoden skal navnlig baseres på elementer, der er tilstrækkelige klare og objektive, således at de kompetente retsinstanser i henhold til artikel 4, stk. 1, i rammedirektivet af 2002 kan udøve en effektiv kontrol med de

30 — Jf. 28.-30. betragtning samt artikel 12 i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/62/EF af 13.12.1995 om ONP-vilkår for taletelefonitjenesten, EFT L 321, s. 6.

31 — Jf. 17.-19.-betragting samt artikel 10, stk. 1, i Rådets direktiv 92/44/EØF af 5.6.1992 om etablering af ONP-vilkår for faste kredsløb, EFT L 165, s. 27.

32 — Jf. artikel 7, stk. 2 og 3, i direktiv 97/33 samt 41. betragtning til forsyningspligtdirektivet. Jf. ligeledes artikel 8, stk. 2, i adgangsdirektivet, hvorefter de nationale tilsynsmyndigheder kan forlange, at udbyderen offentliggør et standardtilbud, der skal være tilstrækkelig ubundtet til at sikre, at virksomhederne ikke skal betale for faciliteter, som ikke er nødvendige for den ønskede tjeneste, og som indeholder en beskrivelse af de udbudte tjenester, opgjort efter enkeltkomponenter alt efter markedssituationen, og de hertil knyttede vilkår og betingelser, herunder priser.

33 — Jf. artikel 4, stk. 1, i rammedirektivet af 2002.

nationale tilsynsmyndigheders vurdering. Dette er særligt vigtigt, da den polske tilsynsmyndighed i forbindelse med dens tilsyn kan pålægge en administrativ sanktion, hvilket i den forelæggende sag har ført til, at sagsøgeren er blevet pålagt en bøde på over 24 000 EUR.

57. På baggrund af det ovenstående er det efter min opfattelse klart, at de nationale tilsynsmyndigheder ikke kan se helt bort fra et så objektivt element som det, der vedrører omkostningen ved den leverede ydelse, når de vurderer størrelsen af det gebyr, som abonnenten skal betale. Dette synes så meget desto mere logisk, når unionslovgiver udtrykkeligt i 26. betragtning til forsyningspligtdirektivet fastsætter, at af effektivitetshensyn og sociale årsager bør *de takster, slutbrugerne skal betale, afspejle såvel efterspørgsels- som omkostningsforhold* [34].

58. Det bevismæssige element, der følger af de omkostninger, som operatørerne afholder, er et objektivt element, eftersom det er uadskilleligt forbundet med de reelle omkostningerne vedrørende de ydelser, der tilbydes brugerne. Det giver således de nationale tilsynsmyndigheder en objektiv målestok for vurderingen af det gebyr, som brugeren faktureres. Selv om, som Kommissionen har anført, fastsættelsen af disse omkostninger er kompleks, henset til ydelsens karakter, har de nationale tilsynsmyndigheder i dag vedtaget metoder til vurdering, til tider på Kommissionens forslag, der gør det muligt at anslå disse [35].

59. Dette bevismæssige element er endvidere i overensstemmelse med de takstprincipper, som unionslovgiver har underlagt tilbuddet om portabilitet. Ved at anvende princippet om omkostningsbaserede takster for samtrafikken har lovgiver ønsket at sætte grænser for det endelige beløb, der skal betales af brugeren. Efter min opfattelse udgør samtrafiktaksten den vigtigste udgift, som operatøren direkte eller indirekte kan overvælte på abonnenten. Størrelsen af denne takst kan have en direkte og afgørende indflydelse på gebyrbeløbet, for jo højere omkostningerne er, i jo højere grad vil operatøren være fristet til at overvælte en del heraf på abonnenten. Denne forbindelse mellem samtrafiktaksten og abonnenternes gebyr blev første gang tydeliggjort i artikel 12, stk. 5, andet afsnit, i direktiv 97/33 [36]. Selv om denne forbindelse ikke længere fremgår af den aktuelle formulering af artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet, har Domstolen indført den på ny i præmis 29 og 37 i Mobistar-dommen. Det skal erindres, at Domstolen udtrykkeligt har

34 — Min fremhævelse.

35 — Til illustration heraf, jf. præmis 10 og 11 i Mobistar-dommen, hvoraf fremgår den metode, der blev vedtaget af den belgiske tilsynsmyndighed (coût d'un opérateur efficace). Jf. ligeledes Kommissionens meddelelse nævnt i fodnote 27 ovenfor.

36 — Den pågældende bestemmelse fastsætter følgende: »For at sikre, at det gebyr, som forbrugeren skal betale, er rimeligt, skal de nationale tilsynsmyndigheder sørge for, at prisen for samtrafik for denne facilitet er rimelig.«

fastslået, at maksimumspriserne for samtrafik skal fastsættes »i forhold til omkostningerne på en sådan måde, at forbrugerne ikke bliver afskrækket fra at gøre brug af faciliteten med portabilitet« [37].

60. Endelig drejer det sig om et pålideligt bevismæssigt element, for så vidt som de nationale tilsynsmyndigheder, i overensstemmelse med deres tilsynspligt efter forsyningspligtdirektivets artikel 30, stk. 2, skal påse, at samtrafiktaksten ikke giver anledning til konkurrencefordrejninger og er baseret på omkostningen ved at levere ydelsen. I lyset heraf er de af den polske regering og formanden for UKE udtrykte betænkeligheder, hvorefter en hensyntagen til samtrafiktaksten ikke i tilstrækkelig grad sikrer forbrugernes rettigheder, da disse takster kan være fastsat på et urimeligt niveau, efter min mening ikke begrundede. Hvis de nationale tilsynsmyndigheder udøver deres tilsyn korrekt og sørger for, at de nævnte takster er omkostningsbaserede, er der tværtimod tale om den bedste garanti mod en vilkårlig og tilfældig fastsættelse af gebyrets størrelse.

61. Denne argumentation hindrer ikke de nationale tilsynsmyndigheder i, ud over de egentlige omkostningsfaktorer, at tage hensyn til efterspørgselsmæssige forhold på den måde, de finder mest hensigtsmæssig. Resultaterne af en forbrugerundersøgelse kan således udgøre et interessant vurderingselement, der kan give de nationale tilsynsmyndigheder oplysning om forbrugerens forventninger.

62. Det er imidlertid efter min mening åbenbart, at sådanne resultater ikke i sig selv kan udgøre det eneste afgørende kriterium for vurderingen af, om gebyret har en prohibitiv virkning.

63. En fortolkning og anvendelse af resultater af den art kræver nemlig stor forsigtighed, da de kan være udtryk for tilfældige og subjektive meninger, hvilket i sig selv ikke letter opgaven for den retsinstans, der skal udøve legalitetskontrollen med den nationale tilsynsmyndigheds afgørelser.

64. Resultaterne af en forbrugerundersøgelse afhænger for det første af så forskellige variabler som en stats økonomiske og sociale data, udvælgelse af stikprøvegruppen (alder, beskæftigelse, geografisk eller socio-økonomisk oprindelse), den anvendte metode og svarenes oprigtighed, spørgernes identitet og de stillede spørgsmåls struktur og indhold [38].

65. For det andet er disse resultater efter min mening på ingen måde troværdige. En normalt påpasselig forbruger har nemlig ingen klar idé om omkostningen ved

37 — Præmis 37 og domskonklusionen, min fremhævelse.

38 — Jf. i denne retning A.-M. Dussaix, »La qualité dans les enquêtes«, *Revue MODULAD,* nr. 39, 2009, s. 137, navnlig s. 142-168.

portabilitetsydelsen. Det kan derfor tænkes, at den pris, som han erklærer sig villig til at betale, ligger langt over den virkelige omkostning, som operatørerne bærer, og i så fald er forbrugerens interesser ikke blevet tjent med, at kun dette resultat tages i betragtning. Denne metode gør det således ikke muligt at afspejle den reelle omkostning ved ydelsen, og heller ikke den udvikling, som denne undergår som følge af opnåede tekniske fremskridt eller udviklingen i efterspørgslen.

66. I øvrigt sikrer den nævnte metode ingen forudsigelighed og indfører til skade for operatørerne et element af usikkerhed vedrørende størrelsen af det gebyr, der vil blive fastsat af den nationale tilsynsmyndighed.

67. Endelig – og navnlig – er det for mig at se et spørgsmål, i hvilket omfang det er muligt, uden at man krænker EU-rettens almindelige principper, at anse gerningsindholdet i en overtrædelse, for hvilken operatøren kan ifalde en økonomisk sanktion, for etableret på grundlag af en almindelig opinionsundersøgelse. En så usikker og subjektiv metode forekommer faktisk at være et yderst spinkelt hjemmelsgrundlag for udøvelsen af en sådan sanktionsbeføjelse, hvis det da ikke ligefrem er i strid med de nævnte almindelige principper. Faktisk er det ikke muligt at se, hvordan en operatør under disse omstændigheder objektivt kan bedømme betingelserne for, at han ifalder ansvar.

68. Efter det anførte i det hele er jeg derfor af den opfattelse, at den af de polske myndigheder forsvarede metode, der alene er baseret på resultaterne fra en forbrugerundersøgelse, hverken giver tilstrækkelig garanti for at sikre portabilitetens fulde effektivitet eller giver aktørerne på dette marked en effektiv retsbeskyttelse.

69. En så subjektiv metode kan medføre urimeligheder, som de nationale tilsynsmyndigheder efter min opfattelse skal afveje under hensyntagen til de omkostninger, som operatørerne bærer i forbindelse med leveringen af ydelsen.

70. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at give den forelæggende ret det svar, at artikel 30, stk. 2, i forsyningspligtdirektivet skal fortolkes således, at de nationale tilsynsmyndigheder, i deres tilsyn med, om det gebyr, der kan kræves betalt af abonnenten for ydelsen af nummerportering, ikke virker prohibitivt, på den måde, de finder mest hensigtsmæssig, skal tage hensyn til det indicium, der udgøres af de omkostninger, som telekommunikationsoperatørerne afholder i forbindelse med denne ydelse.

71. Før jeg konkluderer, vil jeg gerne gøre en afsluttende bemærkning om tariferingen inden for Unionen af portabilitetsydelsen.

72. Som Kommissionen anførte under retsmødet, er der et vist antal medlemsstater, som har besluttet, at portabilitetsydelsen herefter

skal tilbydes abonnenterne omkostningsfrit. En sådan løsning, som jeg kan tilslutte mig, ville give en række fordele og ville navnlig give forbrugeren sikkerhed for at kunne opnå det størst mulige udbytte af de fordele, som gives ved denne ydelse. Endvidere ville denne løsning, hvis den blev vedtaget på unionsniveau, gøre det muligt at harmonisere medlemsstaternes ofte divergerende bestemmelser, der er til skade for styrkelsen af det indre marked for telekommunikation. Hvis den nævnte løsning skal udarbejdes af unionslovgiver, må jeg dog bemærke, at den ikke er blevet vedtaget af lovgiver i forbindelse med det nye sæt regler, der trådte i kraft den 18. december 2009, for ordlyden af forsyningspligtdirektivets artikel 30, stk. 2, er i det væsentlige ikke blevet ændret.

IV – Forslag til afgørelse

73. På grundlag af det anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Sąd Najwyższy forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 30, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet) skal fortolkes således, at de nationale tilsynsmyndigheder i deres tilsyn med, om det gebyr, der kan kræves betalt af abonnenten for ydelsen af nummerportering, ikke virker prohibitivt, på den måde, de finder mest hensigtsmæssig, skal tage hensyn til det indicium, der udgøres af de omkostninger, som telekommunikationsoperatørerne afholder i forbindelse med denne ydelse.«