FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT D. RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 10. juni 2008 [1]

I — Indledning

1. Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i denne sag, som er anlagt i henhold til artikel 226 EF, nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Republikken Polen har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 4, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, første afsnit, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (herefter »adgangsdirektivet« eller »direktiv 2002/19«) [2].

2. Den mangelfulde gennemførelse af de fællesskabsretlige regler, som Kommissionen foreholder Republikken Polen, kræver en undersøgelse af de begrænsede muligheder for indgreb, den offentlige myndighed har på liberaliserede markeder som telekommunikationsmarkedet.

3. Langt fra at indtage en neutral holdning ved gennemførelsen af direktiv 2002/19 i sin ret intervenerer den sagsøgte stat, for at tilskynde til markedsåbningen, ved en lovfastsat forpligtelse for alle udbydere til at forvalte netadgangen uden at gøre forpligtelsen betinget af en forudgående diagnose af konkurrencesituationen.

4. At dissekere de problemer, som søgsmålet rejser, og skitsere et velovervejet svar medfører en vis kompleksitet, da den polske lovgivning ikke hindrer aftaler mellem virksomheder [3], men derimod kræver, at de i det mindste forsøges indgået.

5. Hvis parterne ikke opnår et resultat, kan den kompetente nationale myndighed desuden vedtage en bindende beslutning, som erstatter en aftale, hvilket synes at være

1 — Originalsprog: spansk.

2 — EFT L 108, s. 7.

3 — Artikel 3 i direktiv 2002/19 forpligter medlemsstaterne til at sikre, at der ikke findes begrænsninger, som forhindrer virksomheder i indbyrdes at forhandle sig frem til tekniske og kommercielle aftaler om adgang og/eller samtrafik i overensstemmelse med EF-lovgivningen.

uforeneligt med en stærkt udtalt klassisk liberalismes antagelser [4].

6. Enhver sammenblanding skal således undgås, og efter den nødvendige begrebsmæssige antiseptik skal løsningens skat, som de fællesskabsretlige rammer skjuler, graves frem [5].

II — De relevante retsregler

A — *Fællesskabsretten*

1. »Princippet om loyalt samarbejde«

7. Artikel 10 EF bestemmer, at »medlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af denne traktat, eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner«. De letter »Fællesskabet gennemførelsen af dets opgaver«. Desuden »afholder [de] sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af [Unionens] målsætninger i fare«.

2. Direktiv 2002/19

8. Denne retsakt indgår i det såkaldte »nye regelsæt« [6], der blev vedtaget den 7. marts 2002 og offentliggjort den 24. april 2002 [7].

9. Styret af den metronom, som det såkaldte rammedirektiv [8] repræsenterer, omhandler direktiv 2002/19 harmonisering af adgangen og af samtrafikken med henblik på at gøre leveringen af net og tjenester kompatibel med det indre markeds principper.

4 — Det økonomiske slogan »laissez faire, laissez passer«, som vandt udbredelse med Adam Smiths økonomiske teorier, siger klart, hvad det drejer sig om.

5 — Som det er tilfældet i den foreliggende sag, indebærer et indlysende problem ikke altid en let løsning. Som F. Quevedo y Villegas skriver i »*El mundo por de dentro*«, Los Sueños, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2002, colección Biblioteca Austral, nr.º 20, s. 187, hvor han i allegorisk form gør opmærksom på det menneskelige hykleri, »[…] Filosof er ikke den, der ved, hvor skatten er, men den, der arbejder og graver den frem. Heller ikke den er det helt, men den, der efter at have erhvervet den, bruger den godt«.

6 — Med dette udtryk henviser jeg i forslag til afgørelse i sag C-262/06, Deutsche Telekom, af 28.6.2007, hvor der blev afsagt dom den 22.11.2007, Sml. I, s. 10057, til fire direktiver: Europa-Parlamentets og Rådets allerede nævnte direktiv 2002/19/EF, direktiv 2002/20/EF om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet), direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (herefter »rammedirektivet« eller »direktiv 2002/21«) og direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet).

7 — EFT L 108, s. 7, 21, 33 og 51.

8 — Nævnt ovenfor i fodnote 6, hvor denne betegnelse forklares.

10. De fællesskabsretlige bestemmelser om telekommunikation har udviklet sig på to områder, som, selv om de er tæt forbundne, let adskilles af adressaterne.

11. Sammen med ordningen vedrørende udbydere, hvor reglerne om samtrafik og konkurrence er forbundet med hinanden, er der et andet, mere diffust område, som styrer brugernes rettigheder under emblemerne sektorens liberalisering og sikring af forsyningspligtydelser, og som får vidtrækkende konsekvenser, når de projiceres ud på privatpersoners grundlæggende frihedsrettigheder [9].

12. Det synes åbenbart, at den foreliggende sag indgår i det første af de to områder.

13. Artikel 4, stk. 1, i adgangsdirektivet bestemmer:

»Udbydere af offentlige kommunikationsnet har ret og, hvis andre virksomheder med en tilsvarende tilladelse anmoder derom, også pligt til indbyrdes at forhandle sig frem til aftaler om samtrafik med henblik på at udbyde offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, så det sikres, at disse tjenester kan udbydes i hele Fællesskabet, og at der er interoperabilitet. Udbydere skal tilbyde andre virksomheder adgang og samtrafik på vilkår og betingelser, der er i overensstemmelse med de forpligtelser, som pålægges af de nationale tilsynsmyndigheder i medfør af artikel 5, 6, 7 og 8.«

14. Adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit, bestemmer, at de nationale tilsynsmyndigheder med henblik på at virkeliggøre målsætningerne i artikel 8 i direktiv 2002/21/EF skal tilskynde til og, når det er hensigtsmæssigt, sørge for, at der i henhold til bestemmelserne i dette direktiv etableres den fornødne adgang og samtrafik og sikres interoperabilitet mellem tjenesterne, samt varetage deres ansvar med henblik på at fremme effektiviteten og holdbar konkurrence samt skabe flest mulige fordele for slutbrugerne.

»Med forbehold af de foranstaltninger, der kan træffes vedrørende virksomheder med

9 — Man bør f.eks. tænke på beskyttelsen af personoplysninger og respekten for privatlivet på internettet.

stærk markedsposition i henhold til artikel 8, skal de nationale tilsynsmyndigheder navnlig:

a) i det omfang, det er nødvendigt for at sikre end-to-end-forbindelse, kunne indføre forpligtelser for virksomheder, der kontrollerer adgangen til slutbrugere, herunder i begrundede tilfælde pligt til at sammenkoble deres net, hvis det ikke allerede er sket

b) i det omfang, det er nødvendigt for at sikre slutbrugeres adgang til digitale radio- og tv-transmissionstjenester, der nærmere angives af den pågældende medlemsstat, kunne forpligte udbydere til at tilbyde adgang til de andre faciliteter, der er nævnt i del II i bilag I, på redelige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår.

[…]«

15. Selv om artikel 18 i adgangsdirektivet fastsatte den 24. juli 2003 som frist for medlemsstaternes vedtagelse og offentliggørelse af de love og administrative bestemmelser, der var nødvendige for at efterkomme direktivet, forlængede tiltrædelsesakten for Republikken Polen [10] fristen for gennemførelse til den 30. april 2004.

B — *Den polske lovgivning om telekommunikation*

16. Artikel 26 i den polske lov om telekommunikation [11] forpligter alle udbydere af offentlige kommunikationsnet til at forhandle sig frem til adgang efter anmodning fra en virksomhed eller en af de i artikel 4, stk. 1, 2, 4, 5, 7 og 8, opregnede enheder for at dække telekommunikationstjenesterne til offentligheden og styrke deres interoperabilitet.

17. For at undgå skødesløshed bemyndiger artikel 27, stk. 1, formanden for Urzad Komunikacji Electronicznej (kontoret for elektronisk kommunikation, herefter »UKE«) til at angive fristen for indgåelse af aftaler, som ikke må overstige 90 dage fra en anmodning om at indgå en adgangsaftale.

10 — Akten vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republik, Republikken Estland, Republikken Cypern, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Ungarn, Republikken Malta, Republikken Polen, Republikken Slovenien, Republikken Slovakiets tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EUT 2003 L 236, s. 987).

11 — Lov af 16.7.2004 (Dz. U. 2004, nr. 17, s. 1800).

18. Hvis der ikke indledes forhandlinger, hvis adgangen til telekommunikationsnettet afvises, eller hvis den angivne frist er overskredet, kan hver part anmode formanden for UKE om at fastslå, at de udestående formaliteter er slået fejl, eller definere samarbejdsbetingelserne (artikel 27, stk. 2), og i sin anmodning inkorporere et udkast til adgangsaftale med angivelse af de forskellige holdninger og de bestemmelser, som der hersker uenighed om (artikel 27, stk. 3).

19. Når formanden for UKE træffer beslutning, skal han afveje brugernes interesse, de forpligtelser, der er pålagt virksomhederne, fremme af de moderne telekommunikationstjenester, karakteren af de drøftede emner, den praktiske gennemførlighed af forslagene og alternative løsninger med særlig opmærksomhed på de tekniske og økonomiske aspekter af adgangen [12]. Han skal ligeledes udvise stor omhu med at opretholde tjenesternes integritet og interoperabilitet og sørge for, at der ikke foreligger diskriminerende betingelser for udviklingen af konkurrencen [13].

20. En virksomheds dominerende stilling på området for sammenkoblede net, den offentlige interesse, herunder miljøbeskyttelsen og forsyningspligtydelsernes kontinuitet, udgør også retningslinjer for den tvungne voldgift [14], som formanden for UKE træffer bestemmelse om [15].

21. For så vidt angår ændring af den således vedtagne adgang bestemmer artikel 28, stk. 5, i lov om telekommunikation, at hvis de interesserede når frem til en aftale, ophæves den administrative beslutning på alle de punkter, der er dækket af aftalen [16], selv om formanden for UKE stadig har kompetence til at ændre den på anmodning fra en part eller af egen drift, hvis forbrugerbeskyttelse, effektiv konkurrence eller tjenesternes interoperabilitet berettiger det [17].

22. Af de samme grunde bemyndiger artikel 29 sideløbende formanden for UKE til af egen drift at berigtige ikke blot sin egen

12 — Artikel 28, stk. 1, nr. 1-4.
13 — Artikel 28, stk. 1, nr. 5.
14 — Om denne betegnelse jf. L. Bellodi: *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Ed. Scientifica, Napoli, 1999, s. 209.
15 — Artikel 28, stk. 1, nr. 6-8.
16 — Artikel 28, stk. 5.
17 — Artikel 28, stk. 6.

beslutning, men en adgangsaftales ordlyd eller tilskynde parterne til at ændre den [18].

23. Endvidere giver artikel 45 i den polske lov om telekommunikation formanden for UKE mulighed for at pålægge en virksomhed at kontrollere adgangen til slutbrugerne, de uundværlige lovbestemte forpligtelser, som skal sikre kommunikationen med dem, der nyder godt af en anden udbyders tjenester, herunder pligten til samtrafik, forudsat de fremstår som hensigtsmæssige midler, der står i et rimeligt forhold til det pågældende problem.

III — Den administrative procedure, parternes indlæg og retsforhandlingerne ved Domstolen

24. Den 21. marts 2005 udtrykte Kommissionen tvivl over for den sagsøgte medlemsstat om foreneligheden af loven om telekommunikation fra 2004 med artikel 4, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, første afsnit, i adgangsdirektivet.

18 — Med forbehold af henvisningen i lovens artikel 30 til den administrative procedure, der er beskrevet for ændring af adgangsaftaler.

25. I sit svar af 25. maj 2005 gentog den polske regering den retlige begrundelse for de udtrykte bestemmelser, forsvarede udstrækningen af forpligtelsen til at forhandle med henblik på at reducere omkostningerne til opførelse af nye infrastrukturer for de uafhængige udbydere og anerkendte, at bestemmelserne i artikel 5, stk. 1, første afsnit, i adgangsdirektivet var indirekte gennemført.

26. Da Kommissionen var uenig i disse forklaringer, tilstillede den medlemsstaten en begrundet udtalelse den 4. juli 2006. Den 4. september 2006 anfægtede Polen udtalelsen, da adgangsdirektivet ganske vist ikke udtrykkeligt foreskriver indførelse ved lov af pligten til at forhandle adgangsaftaler, men den pågældende pligt fremmer en varig konkurrence og interoperabilitet til beskyttelse af forbrugeren; den er således baseret på artikel 5, stk. 1, første afsnit, i adgangsdirektivet, en bestemmelse, der har karakter af en programerklæring, som tilsiger tilsynsmyndighederne at opnå netadgang og samtrafik.

27. Den 8. maj 2007 anlagde Kommissionen i henhold til artikel 226, stk. 2, EF denne sag, hvorunder sagsøgeren og sagsøgte har bekræftet rigtigheden af deres respektive indlæg.

28. Efter at fristen for at fremsætte anmodning om afholdelse af et retsmøde i sagen var udløbet, uden at der var fremsat en sådan anmodning, var sagen således, efter Domstolens almindelige møde den 6. maj 2008, klar til fremsættelse af forslag til afgørelse.

IV — Gennemgang af den påståede tilsidesættelse

A — *Bedømmelse*

29. Lige siden liberaliseringen af telekommunikationen tog sin begyndelse, har Kommissionen ikke lagt skjul på sine betænkeligheder med hensyn til adgangen til de væsentligste faciliteter og har forkastet tilfælde af misbrug fra virksomheder, som har eneret til de aktiver, der er nødvendige for at operere, men nægter en konkurrent dem.

30. Overtagelsen af det liberale credo måtte også indebære en åbning af mekanismerne for adgang til markedet, og for ikke at efterlade en fleksibel adgangsordning i halvmørke tilskyndede fællesskabsretten til en ændring af den traditionelle opfattelse.

31. Men gennemførelsen af den frie handel alene gjorde det ikke muligt at stadfæste en loyal konkurrence; den tidligere offentlige udbyders faktiske monopol og de rettigheder, som han havde nydt i lang tid sammen med hans dybtgående kendskab til markedet og hans privilegerede plads, krævede, at andre virksomheder blev tilskyndet til at komme frem, og at der indførtes ledsageforanstaltninger til deres fordel.

32. Doktrinen om »essential facilities« [19] afspejles i Kommissionens meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren (herefter »adgangsmeddelelsen«) [20], som tilstræber at fremme sammenkoblingen af nytilkomne udbydere, med de samme prærogativer, med eksisterende infrastrukturer og telenet, der i de fleste tilfælde er de tidligere monopolindehaveres ejendom.

33. Med henblik herpå kræves det sammenfattende, for at en facilitet benævnes »væsentlig«, at den er nødvendig for at

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

20 — EFT 1998 C 265, s. 2.

konkurrere med den, der kontrollerer den, og ikke kan dubleres med rimelige midler; og at adgangen, selv om den kan overdrages til et andet selskab, hindres, eller den pålægges begrænsninger, der ikke kan honoreres [21].

34. Domstolen fastslog i en anden kontekst end telekommunikation, at hvis en infrastruktur benævnes »væsentlig«, forpligter indehaveren sig til at træffe aftale med andre virksomheder om dens anvendelse, såfremt deres aktivitet kræver adgang til faciliteten. Denne tanke blev imidlertid nuanceret med en række strenge betingelser med sigte på at undgå problemerne med en dominerende stilling (artikel 82 EF) [22].

35. Aftalerne oversættes til privilegerede instrumenter til at opnå fri konkurrence, hvorfor Kommissionen forbeholdt sig beføjelse til at afgøre konflikter af betydning for Fællesskabet [23], og overlod de sager, der ikke havde en sådan relevans, til de nationale domstole.

36. Ifølge femte betragtning til direktiv 2002/19 bør der ikke på et marked med fri og åben konkurrence være begrænsninger, som hindrer virksomheder i at forhandle, navnlig hvad angår tværnationale aftaler, og virksomhederne bør *i princippet* [24] indgå sådanne aftaler på et kommercielt grundlag og forhandle i god tro.

37. Enhver statslig intervention i denne sektor tilsigter imidlertid beskyttelse af forskellige offentlige interesser, som f.eks. fremme af udviklingen, udbygningen af nettene og territorial, økonomisk og social samhørighed.

38. Markedsøkonomien må følgelig ikke begrænses uden grund, da dens udsættelse altid, under overholdelse af tilstrækkelighedsog proportionalitetsprincippet, kun kan accepteres i forhold til de formål, som fællesskabsretten forfølger.

21 — En stor del af disse begrænsninger, smedet af nordamerikansk retspraksis, fremgår af punkt 91 i adgangsmeddelelsen.

22 — Dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Oscar Bronner GMBH mod Mediat Zeitung, Sml. I, s. 7791, analyserede tidligere retspraksis (dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261, og af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743) og udtalte, at det forhold, at indehaveren af den eneste landsdækkende udbringningsordning for aviser i den pågældende medlemsstat nægter, mod et rimeligt vederlag, at give adgang til ordningen for udgiveren af et konkurrerende dagblad, ikke udgør et misbrug af dominerende stilling, da der findes andre former for distribution af dagblade, som f.eks. udbringning via postvæsenet og salg i forretninger og kiosker, og der hverken er tekniske, retlige eller økonomiske forhold, der kan medføre, at det for enhver anden udgiver af dagblade vil være umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at opbygge sit egen udbringningsordning.

23 — Punkt 26 i adgangsmeddelelsen.

24 — Min fremhævelse.

39. I betragtning 19 til direktiv 2002/19 anføres det, at »[o]bligatorisk adgang til netinfrastruktur kan begrundes ud fra behovet for at styrke konkurrencen, men de nationale tilsynsmyndigheder er nødt til at afveje infrastrukturejernes ret til at udnytte deres infrastrukturer til egne formål mod andre tjenesteudbyderes ret til at få adgang til faciliteter, der er væsentlige for, at de kan udbyde konkurrerende tjenester […]«

40. Kommissionen kritiserer Republikken Polen for en dobbelt tilsidesættelse i forhold til direktiv 2002/19: Dels kritiserer den, at den polske lov regulerer den nationale tilsynsmyndigheds beføjelser ved at pålægge obligatorisk forhandling; dels kritiserer den manglende beføjelse til opnåelse af visse mål.

B — *Det første klagepunkt*

41. Kommissionen kritiserer en overskridelse i gennemførelsen af artikel 4, stk. 1, i direktiv 2002/19, fordi Polen: 1) ved lov pålægger virksomheder forpligtelse til at indgå aftaler, hvilket i direktivet har status af en særlig foranstaltning til korrektion af en anomal situation, som udelukkende binder den nationale tilsynsmyndighed, 2) ser bort fra omstændighederne i sektoren og ikke sondrer mellem udbydere alt efter indflydelse og 3) sammenblander den i direktivet omhandlede forpligtelse til at nå frem til samtrafik med indgåelse af en adgangsaftale.

42. Under de nuværende forhold på telekommunikationsmarkedet i Europa er ex ante-forpligtelser kun legitime, hvis markedet kræver det i forbindelse med alvorlige risici for den frie konkurrence.

43. Adgangsdirektivet tager handsken op og indrømmer uden omsvøb i betragtning 13, at »[…] [m]ålet er at begrænse de sektorspecifikke ex ante-regler, efterhånden som konkurrencen spredes […]«, men denne mulighed kan blive aktuel, hvis den teknologiske udvikling giver anledning til flaskehalse, der kan skabe behov for ex ante-regler, f.eks. inden for bredbåndsnet.

44. Betragtning 27 til rammedirektivet kaster lys over problemet med udtalelsen om, at der ikke er reel konkurrence på markeder, hvor

der er en eller flere virksomheder med en stærk markedsposition, og hvor midlerne i medlemsstatens eller Fællesskabets konkurrencelovgivning »ikke er tilstrækkelige til at løse problemet«.

45. I årenes løb er der sket en udvikling i alle aspekter, og rammedirektivet erklærede, at det var lykkedes »at skabe gode vilkår for reel konkurrence i telesektoren« [25].

46. At gennemføre de fællesskabsretlige bestemmelser [26] ved at påbyde indgåelse af aftaler forekommer således selvmodsigende og indebærer en afvisning af den grundlæggende forudsætning om, at på dette stadium skulle fri konkurrence allerede herske som en ubestridt realitet.

47. En eventuel undskyldning kunne søges i den opfattelse, at den polske lovgiver gik ud fra en manglende reel frihed, med indicier på en fordrejet konkurrence, men tvivlen forsvinder straks, når man tager logikken til hjælp, da der så udmøntes en anden retsregel, men ikke adgangsdirektivets, som taler for det »nye regelsæt«.

48. Fællesskabsretten ser ikke bort fra reaktionerne ved visse sjældne patologier, som kan inficere en sund konkurrence.

49. For at diagnosticere manglerne og foreskrive en hensigtsmæssig behandling i hvert enkelt tilfælde er det dog nødvendigt med upartiske specialorganer som de nationale tilsynsmyndigheder, som i henhold til direktiv 2002/19 skal varetage denne opgave.

50. I henhold til artikel 12, stk. 1, i direktiv 2002/19 tilkommer det den nationale tilsynsmyndighed og ikke lovgiver at pålægge udbydere forpligtelse til at efterkomme rime-

25 — Første betragtning.

26 — Selv om søgsmålet vedrører adgangsdirektivet, kan man ikke se bort fra, at det er inspireret af rammedirektivet.

lige anmodninger om adgang til og anvendelse af specifikke netelementer og tilhørende faciliteter.

51. Dette tilsyn omfatter kun tilfælde, som bestemmelsen beskriver *numerus apertus*, som f.eks. nægtelse af adgang eller urimelige vilkår og betingelser med tilsvarende virkning, som vil kunne hindre, at der skabes et holdbart konkurrencebaseret marked i detailleddet.

52. Blandt disse korrektiver figurerer »at forhandle i god tro med virksomheder, der ansøger om adgang« [artikel 12, stk. 1, litra b), i direktiv 2002/19], med en forudgående undersøgelse af, om forpligtelserne i stk. 1 skal pålægges, og om sådanne forpligtelser er i overensstemmelse med de målsætninger, der er fastsat i artikel 8 i rammedirektivet (artikel 12, stk. 2, i direktiv 2002/19), som den nationale tilsynsmyndighed skal påse med realistiske kriterier af teknologisk og økonomisk karakter og retfærdig beskyttelse [27].

53. Fællesskabsretten ønsker ikke den automatik, som Republikken Polen lader sin lovgivningsmyndighed udøve. Derimod forfægter den, at uafhængige organer beslutter, hvad der i hver situation er nødvendigt på baggrund af en markedsanalyse [28].

54. Den polske stats fremgangsmåde ødelægger således dynamikken i sektoren, der er i konstant forandring på grund af det kontinuerlige fremskridt inden for elektronisk kommunikation.

55. Konkurrencen udvikler sig ikke nødvendigvis lige hurtigt i alle markedssegmenter eller i alle medlemsstater, og man kan ikke se bort fra muligheden for tilbageskridt, hvorfor de nationale tilsynsmyndigheder skal kunne lempe forskriftsmæssige forpligtelser på de markeder, hvor konkurrencen i sig selv medfører de ønskede resultater (betragtning 13 til adgangsdirektivet) [29].

27 — Artikel 12, stk. 2, i direktiv 2002/19 omhandler spørgsmålet, om det er teknisk og økonomisk levedygtigt at bruge eller installere konkurrerende faciliteter under hensyntagen til karakteren og typen af de involverede samtrafik- og adgangsordninger, om det er praktisk muligt at tilbyde den foreslåede adgang, hvor store startinvesteringer ejeren af faciliteten skal foretage, behovet for at sikre den frie konkurrence på længere sigt samt intellektuelle ejendomsrettigheder og udbuddet af paneuropæiske tjenester.

28 — I henhold til rammedirektivets artikel 16, stk. 3, må tilsynsmyndigheden ikke indføre eller opretholde nogen af de i stk. 2 omhandlede specifikke forpligtelser (hvoriblandt adgangsdirektivets artikel 8 befinder sig pr. henvisning), hvis den konkluderer, at der er reel konkurrence på markedet.

29 — I henhold til artikel 8 i adgangsdirektivet, selv om det er på et plan med andre forpligtelser (som nævnt i artikel 9-13), kan de nationale tilsynsmyndigheder ændre dem eller trække dem tilbage.

56. Den polske lov er i strid med denne fleksible udvikling, eftersom den med sådanne forbehold skaber en omfattende nedkøling af reguleringen, som forhindrer det uafhængige tilsynsorgan i at kvæle interventionsilden.

57. Adgangsdirektivet systematiserer forpligtelserne for alle udbydere under overholdelse af gennemsigtigheds- og offentliggørelsesprincipperne [30], selv om det understreger de forpligtelser, der vedrører virksomheder med »stærk markedsposition« [31], som efter min mening er et illustrativt udtryk for overgangen fra monopolsituation til liberalisering, som passer bedre end »dominerende stilling« ind i et scenarium uden merkantilistisk ballast.

58. Selv om etableringen af samtrafik har generel karakter, er der asymmetri i betingelserne for dens udøvelse, eftersom de varierer, alt efter om virksomheden har mere eller mindre styrke, da kravet til virksomheder med stærk markedsposition ikke kræver en yderligere markedsanalyse [32], men blot en begrundelse for hensigtsmæssigheden [33].

59. Artikel 8 i adgangsdirektivet henviser udtrykkeligt til begrebet »en udbyder, [der] har en stærk markedsposition på et bestemt marked«, og det er genstand for henvisninger fra andre af direktivets bestemmelser.

60. I henhold til adgangsdirektivets artikel 4 skal udbydere tilbyde andre virksomheder adgang og samtrafik på vilkår og betingelser, der er i overensstemmelse med de forpligtelser, som pålægges af de nationale tilsynsmyndigheder i medfør af artikel 8.

61. Adgangsdirektivets artikel 12, som indeholder en bestemmelse om foranstaltningen med at forhandle i god tro, har sin normative vægt i ovennævnte artikel 8, eftersom de nationale tilsynsmyndigheders krav skal efterkomme dens retningslinjer.

30 — F. Saracci i *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications:exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Atelier national de reproduction de thèses, 2004, s. 97, fremhæver, at telekommunikationen dynamiseres med de klassiske fællesskabsretlige principper som f.eks. lighedsprincippet og forbuddet mod forskelsbehandling, som Domstolen har betegnet som grundlæggende rettigheder (dom af 19.10.1977, forenede sager 117/76 og 16/77, Ruckdeschel, Sml. s. 1753, og af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne, Sml. s. 1365).

31 — I henhold til rammedirektivets artikel 14, stk. 2, anses en virksomhed for at have en stærk markedsposition, hvis den enten alene eller i fællesskab med andre indtager, hvad der svarer til en dominerende stilling, dvs. en økonomisk styrkeposition, der giver den magt til i betragtelig grad at kunne handle uafhængigt af konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugerne.

32 — Som udledes med generel karakter af artikel 16 i direktiv 2002/21.

33 — Betragtning 15 til direktiv 2002/19.

62. Denne dobbelthed i ordningerne på grundlag af virksomhedernes styrke ses ikke i den polske lov.

63. At identificere »adgang« [34] og »samtrafik« [35] i henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv 2002/19 godskriver endvidere uden forbehold påstanden om mangelfuld gennemførelse [36].

64. Samtrafik går i retning af forbindelser mellem private, tilnærmer sig en privatretlig institution [37] og indebærer en teknik til samspil mellem net, der er udformet på forskellig vis.

65. Begrebet adgang skaber nogle mere omfattende retsvirkninger end sammenkobling af infrastrukturer, da det omfatter tilrådighedsstillelse af en samling faciliteter og tjenester og omfatter »samtrafik«, som er en særlig form for adgang, der etableres mellem offentlige netudbydere [artikel 2, litra b), in fine, i direktiv 2002/19].

66. Under disse omstændigheder følger den omtvistede bestemmelse ikke princippet om minimalindgreb, der er en kopi af proportionalitetsprincippet, med velafgrænsede konturer i Domstolens praksis [38], som bygger på hensigtsmæssighed, nødvendighed og ligningen omkostninger-fordele.

67. Den polske regerings argument om teleselskabernes fredelige accept af dens lovgivning ændrer ikke noget herved, da privatpersoner ikke kan håndtere en korrekt overholdelse af fællesskabsretten, ligesom en administrativ praksis, der efter sin art kan

34 — Defineret i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/19.

35 — Artikel 2, litra b), i direktiv 2002/19 præciserer begrebets indhold.

36 — Det er forbavsende, at den polske lov om telekommunikation i artikel 2, stk. 6, litra a), beskriver sammenkobling som endnu et adgangselement.

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

38 — Af de tidlige domme vil jeg fremhæve dom af 17.12.1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mod Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Sml. 1970, s. 235, org.ref.: Rec. s. 1125, af 24.10.1973, sag 5/73, Balkan Import Export mod Hauptzollamt Berlin Packhof, Sml. s. 1091, af 28.10.1975, sag 36/75, Rutili, Sml. s. 1219, af 7.7.1976, sag 118/75, Watson og Belmann, Sml. s. 1185, af 5.7.1977, sag 114/76, Bela Mühle mod Grows Farm, Sml. s. 1211, af 20.2.1979, sag 122/78, Buitoni, Sml. s. 677, af 21.6.1979, sag 240/78, Atalanta, Sml. s. 2137, og af 13.12.1979, sag 44/79, Hauer mod Land Rheinland-Pfalz, Sml. s. 3727.

ændres efter forvaltningens forgodtbefindende, og som ikke er bragt til offentlighedens kundskab på passende måde, ikke anses for at udgøre en gyldig gennemførelse af et direktiv [39].

68. Der er således forskel på mekanismerne i adgangsdirektivet og mekanismerne i den polske lov om telekommunikation, som adskiller sig fra sin matrice, fordi den udgør undtagelsen til reglen, sidestiller muligheden for, at den nationale myndighed ansporer til at forhandle samtrafik med generalisering af forpligtelsen til at indgå en adgangsaftale, og desuden fastholder et indgreb, som tilsynsorganet ikke kan ophæve og end ikke ændre, hvilket ligger til grund for antagelsen af Kommissionens første klagepunkt.

C — *Det andet klagepunkt*

69. Kommissionen hævder, at i henhold til adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, skal den nationale tilsynsmyndighed have beføjelse til med henblik på at opfylde målsætningerne i rammedirektivets artikel 8 at gribe ind ved at fastsætte gennemsigtige, passende og ikkediskriminerende betingelser, der er undtagelsesmuligheder, som den polske lov efter Kommissionens mening mangler.

70. Nøglen skal atter findes i direktiv 2002/21, hvis artikel 8 indleder kapitel III, som omhandler »de nationale tilsynsmyndigheders opgaver« [40].

71. Selv om jeg er enig med den sagsøgte regering i, at rammedirektivets artikel 8 har en stærk generel karakter, indebærer den lovgivningsmæssige teknik, nærmere bestemt i forbindelse med et direktiv, undertiden en høj grad af abstraktion for at give medlemsstaterne en tilstrækkelig manøvremargen og således bevare dets effektivitet.

72. Under alle omstændigheder systematiserer stk. 2, 3 og 4 i rammedirektivets artikel 8 formålene at fremme konkurrencen inden for

39 — Domstolens dom af 13.3.1997, sag C-197/96, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 1489, af 9.3.2000, sag C-358/98, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1255, og af 10.3.2005, sag C-33/03, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 1865.

40 — Artikel 5 i direktiv 2002/19 henviser til målene i artikel 8 i direktiv 2002/21.

udbud af elektroniske kommunikationsnet, bidrage til udviklingen af det indre marked og fremme Den Europæiske Unions borgeres interesser.

73. I en nylig dom af 31. januar 2008 [41] (præmis 81) identificerede Domstolen i rammedirektivets artikel 8 et påbud om gennem de nationale tilsynsmyndigheder at træffe alle rimelige foranstaltninger med henblik på at fremme en reel konkurrence uden hindringer, en udtalelse, som svækker den karakter af programerklæringen, som Polen insisterer på at tillægge den.

74. Det følger af kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten og lighedsprincippet, at en bestemmelse i fællesskabsretten normalt i hele Fællesskabet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formål, så meget desto mere, når der ikke er nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret [42].

75. Retspraksis har præciseret, at ved gennemførelsen af et direktiv i national ret er det ikke nødvendigt formelt og ordret at gentage direktivets bestemmelser, idet det er tilstrækkeligt, at der foreligger en generel retlig ramme, der giver en sikker hjemmel for, at direktivet anvendes fuldt ud på en tilstrækkelig klar og præcis måde [43].

76. Argumentet om, at der i en medlemsstat ikke foregår aktiviteter, der er uforenelige med de fællesskabsretlige bestemmelser, kan ikke begrunde, at der ikke findes lovbestemmelser om disse aktiviteter i den nationale lov [44].

77. For at løse problemet skal det understreges, at adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, indeholder en permanent forpligtelse for tilsynsmyndighederne [45] til at følge med i markedsudviklingen og tilskynde til og støtte tilpasningen af adgang, samtrafik og tjenesternes operabilitet.

78. Bemyndigelsen, hvis mangel Kommissionen kritiserer, skal ikke alene give beføjelse til tilsynsmyndighedernes eventuelle isolerede

41 — Centro Europa 7-dommen, sag C-380/05, Sml. I, s. 8817.

42 — Domstolens dom af 18.1.1984, sag 327/82, Ekro, Sml. s. 107, af 19.9.2000, sag C-287/98, Linster, Sml. I, s. 6917, og af 18.10.2007, sag C-195/06, Österreichischer Rundfunk, Sml. I, s. 349.

43 — Domstolens dom af 27.4.1988, sag 252/85, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2243.

44 — Domstolens dom af 15.3.1990, sag C-339/87, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 851.

45 — I dette aspekt er jeg enig i den polske regerings anbringender.

bevægelser, men også forfølge en kontrolbeføjelse, hvilket ikke fremgår af stævningen.

79. Artikel 5 i direktiv 2002/19 indfører »navnlig« en række forpligtelser, som tilsynsorganerne skal kunne kræve opfyldt for at sikre end-to-end-forbindelser og slutbrugeres adgang til digitale radio- og tv-transmissionstjenester (stk. 1, andet afsnit).

80. Den gør det imidlertid ikke på en lukket måde, men med tilstrækkelig åbenhed til at gøre tilsynsmyndighederne ansvarlige for deres krav på effektive vilkår, med henblik på bæredygtig konkurrence og maksimal fordel for forbrugerne.

81. Denne opfattelse blev godkendt ved Domstolens dom af 13. december 2001 [46], som undersøgte tilsynsmyndighedernes beføjelser i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/33/EF af 30. juni 1997 om samtrafik på teleområdet med henblik på at sikre forsyningspligtydelser og interoperabilitet ved anvendelse af ONP-principperne [47].

82. Denne dom [48], som vedrørte Kongeriget Spanien, gav Republikken Polen et tilflugtssted, der ikke var så kortvarigt som det, Frédéric Chopin og George Sand fandt i karteuserklostret Jesús Nazareno i Valldemosa [49], da Domstolen, på grundlag af nationale administrationers positive forbindelse [50] til samtrafikdirektivet, anerkendte dem en omfattende vifte af muligheder, således at de ud over at fremme aftaler mellem konkurrenter også kunne etablere ex ante-adgang [51] til abonnentnettet og sammenkobling i de lokale omstillingscentraler og i omstillingscentraler på højere niveau.

46 — Dom i sag C-79/00, Telefónica de España SA, Sml. I, s. 10075.

47 — EFT L 199, s. 32.

48 — Afgørelsen følger generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse, der blev fremsat den 21.6.2001.

49 — Det berømte par slog sig sammen med forfatterens børn ned på Mallorca i efteråret 1838 med håb om at nyde en mild vinter, som ville svække den tuberkulose, der plagede den polske musiker, men det barske klima og især fugtigheden fremskyndede hans afrejse i februar 1839, dog ikke uden at han først havde gjort fremskridt med kompositionen af de 24 præludier *op.* 28, efter at han på baggrund af løsningen af nogle besværlige toldprocedurer havde modtaget et bestilt Pleyel-klaver fra Paris. George Sand afspejlede i et intimistisk og romantisk miljø sine oplevelser på øen i *Un hiver à Majorque*, Ed. Cort, 2004.

50 — Der kan forstås som »alt, hvad direkivet ikke forbyder, er tilladt«.

51 — Over for en stærk markedsposition.

83. Ud over disse forhold, som viser ubestemtheden af tilsynsmyndighedernes beføjelser, lider Kommissionens argument af en bevismæssig utilstrækkelighed [52] og harmonerer ikke med den hævdede mangel på omhu ved gennemførelsen af adgangsdirektivets artikel 5, eftersom artikel 26-30 i den polske lov om telekommunikation, i overensstemmelse med det ovenfor anførte, giver tilsynsmyndigheder nogle omfattende interventionsmuligheder [53].

84. Selv om jeg er enig med sagsøgeren i, at disse beføjelser ikke skal være betinget af forekomsten af en forudgående tvist mellem udbydere, kan der heller ikke af adgangsdirektivet udledes et forbud i denne retning, idet det, selv om artikel 26-30 i den polske lov har tilknytning til en administrativ procedure, ikke forholder sig på samme måde med adgangsdirektivets artikel 45, som afgjort ansporer formanden for UKE til at opfylde de forskriftsmæssige forpligtelser, der er nødvendige for at opfylde bestemmelserne i artikel 1, stk. 2 og 3, i loven om telekommunikation, som er sammenfaldende med bestemmelserne i rammedirektivets artikel 8.

85. Jeg kan derfor ikke se den tilsidesættelse, som Kommissionen gør gældende med sit andet klagepunkt, idet de mål, der er udtrykt generelt i fællesskabsretten [54], bliver efterkommet i henhold til bestemmelserne i artikel 26-30 og 45 i den omtvistede nationale lov.

V — Sagens omkostninger

86. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2 og 3, kan Domstolen, hvis der gives delvis medhold i sagen, fordele omkostningerne mellem parterne eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger.

87. Da Kommissionen kun har fået medhold i et af sine anbringender mod Republikken Polen, bør hver part af billighedsgrunde bære sine egne omkostninger.

52 — I et traktatbrudssøgsmål meget lig indholdet i nærværende sag afviste Domstolens dom af 10.1.2008, sag C-387/06, Kommissionen mod Finland, at interne bestemmelser begrænsede tilsynsmyndighedens beføjelser, eftersom Kommissionen hverken havde foretaget en grundig undersøgelse eller påvist, at det nationale organ ikke kunne træffe de relevante foranstaltninger med henblik på at opnå målene i rammedirektivets artikel 8.

53 — Bortset fra den overskridelse af beføjelserne, de begår, som netop ligger til grund for antagelsen af det første klagepunkt.

54 — Jeg skal fremhæve artikel 5 i direktiv 2002/19, sammenholdt med artikel 8 i direktiv 2002/21.

VI — **Forslag til afgørelse**

88. På baggrund af ovenstående overvejelser foreslår jeg, at Domstolen fastslår følgende:

»1) Republikken Polen har undladt at opfylde de forpligtelser, der påhviler den i medfør af artikel 4, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter ved *ex lege* at pålægge alle teleudbydere en forpligtelse til at forhandle sig frem til en adgangsaftale.

2) I øvrigt frifindes Republikken Polen.

3) Hver part bærer sine egne omkostninger.«