FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 10 juni 2008 [1]

I — Inledning

1. Europeiska gemenskapernas kommission har i denna talan, som väckts med stöd av artikel 226 EG, yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Polen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 4.1 och 5.1 första stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/CE av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (nedan kallat tillträdesdirektivet eller direktiv 2002/19). [2]

2. Det felaktiga införlivande av gemenskapsbestämmelserna som kommissionen gör gällande mot Republiken Polen kräver en undersökning av de begränsade möjligheter som offentliga myndigheter har att ingripa på sådana liberaliserade marknader som marknaden för telekommunikationer.

3. Staten i fråga, som långt ifrån att inta en neutral attityd vid införlivandet av direktiv 2002/19 med dess interna rättsordning har ingripit i syfte att stimulera liberaliseringsprocessen genom att i förväg ålägga samtliga operatörer att förhandla om tillträde till nätet, utan att skyldigheten betingas av en föregående konkurrensanalys.

4. Det är i förevarande fall tämligen komplicerat att pröva de frågor som ställts och avge ett meningsfullt svar, eftersom den polska lagstiftningen inte utgör hinder för att avtal ingås mellan företag, [3] utan i stället kräver att företagen åtminstone försöker ingå sådana avtal.

5. När parterna inte lyckas uppnå något resultat får den behöriga nationella myndigheten dessutom anta ett tvingande beslut som ersätter ett avtal, vilket verkar motsvara de

1 — Originalspråk: spanska.
2 — EGT L 108, s. 7.
3 — I artikel 3 i direktiv 2002/19 föreskrivs att medlemsstaterna ska säkerställa att det inte förekommer några restriktioner som hindrar företag från att förhandla med varandra om avtal rörande tekniska och kommersiella arrangemang för tillträde och/eller samtrafik, i enlighet med gemenskapslagstiftningen.

mest obsoleta tankegångarna inom den klassiska liberalismen. [4]

6. All tvetydighet bör alltså undvikas och efter det nödvändiga begreppsmässiga klargörandet ska den skatt som det gemenskapsrättsliga systemet döljer i form av en lösning grävas fram. [5]

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

1. Principen om lojalt samarbete

7. I artikel 10 EG föreskrivs att ”[m]edlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner” genom att ”underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs”. Vidare ska de ”avstå från varje åtgärd som kan äventyra att [unionens] mål uppnås”.

2. Direktiv 2002/19

8. Denna lagstiftning ingår i det så kallade ”nya regelverket”, [6] som antogs den 7 mars 2002 och offentliggjordes den 24 april samma år. [7]

9. Styrd av den metronom som det så kallade ramdirektivet [8] utgör, handlar direktiv 2002/19 om harmonisering av tillträde och samtrafik för att tillhandahållande av nät och tjänster ska bli förenliga med principerna för den inre marknaden.

4 — Den ekonomiska sloganen ”laissez faire, laissez passer”, som blev känd genom Adam Smiths ekonomiska teorier, visar tydligt vad det handlar om.

5 — Såsom är fallet i förevarande mål innebär ett tydligt problem inte alltid att det föreligger en enkel lösning, eftersom, såsom Quevedo y Villegas, F. skriver i ”El mundo por de dentro”, *Los Sueños*, utg. Espasa Calpe, Madrid, 2002, samling Biblioteca Austral, nr 20, s. 187, när han i allegoriska ordalag varnar för mänskligt hyckleri ”Filosof är inte den som vet var skatten är gömd, utan den som arbetar och tar fram den. Inte heller den sistnämnde är det till fullo, utan den som efter att ha förvärvat den, använder den väl”.

6 — Med detta uttryck, som användes i förslaget till avgörande av den 28 juni 2007 i mål C-262/06, Deutsche Telekom, där domstolen meddelade dom den 22 november 2007 (REG 2007, s. I-10057), avses fyra direktiv utfärdade av Europaparlamentet och rådet, nämligen det ovannämnda direktivet 2002/19/EG, direktiv 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (nedan kallat ramdirektivet eller direktiv 2002/21) och direktiv 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

7 — EGT L 108, sidorna 7, 21, 33 och 51.

8 — Ovan fotnot 6, i vilken uttrycket förklaras.

10. Gemenskapslagstiftningen på området för telekommunikationer har utvecklats på två områden som visserligen är nära förbundna, men som med hänsyn till adressaterna är lätta att särskilja.

11. Vid sidan av den reglering som gäller för operatörerna, i vilken reglerna om samtrafik och befogenheter är förbundna med varandra, finns ett annat mer diffust område som rör användarnas rättigheter inom ramen för liberaliseringen av denna sektor och säkerställandet av samhällsomfattande tjänster, och som får särskild betydelse på området för individers grundläggande rättigheter. [9]

12. Det är uppenbart att förevarande mål rör det första av dessa två områden.

13. I artikel 4.1 i tillträdesdirektivet föreskrivs följande:

”Operatörer av allmänna kommunikationsnät skall ha rätt och, när så begärs av andra auktoriserade företag, skyldighet att förhandla med varandra om samtrafik i syfte att tillhandahålla allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster, så att tillhandahållandet av och samverkan mellan tjänster kan säkerställas inom hela gemenskapen. Operatörerna skall erbjuda andra företag tillträde och samtrafik på villkor som överensstämmer med de skyldigheter som den nationella regleringsmyndigheten inför i enlighet med artiklarna 5, 6, 7 och 8.”

14. I artikel 5.1 första stycket föreskrivs att nationella regleringsmyndigheter, i enlighet med de mål som anges i artikel 8 i direktiv 2002/21, ska främja och i förekommande fall säkerställa tillfredsställande tillträde och samtrafik samt samverkan mellan tjänster, i enlighet med bestämmelserna i det här direktivet, och de ska utöva sina skyldigheter på ett sätt som främjar effektivitet, hållbar konkurrens och största möjliga nytta för slutanvändarna.

I synnerhet ska följande gälla, utan att det påverkar tillämpningen av åtgärder som kan vidtas i enlighet med artikel 8 när det gäller företag med betydande inflytande på marknaden:

9 — Det torde handla om att exempelvis säkerställa skyddet av personuppgifter och respekten för privatlivet på Internet.

a) De nationella regleringsmyndigheterna ska, i den utsträckning som är nödvändig för att säkerställa att slutanvändarna kan nå varandra, kunna införa skyldigheter för företag som kontrollerar tillträde till slutanvändarna, bland annat när detta är motiverat av skyldigheten att bedriva samtrafik mellan deras nät om detta inte redan sker.

b) De nationella regleringsmyndigheterna ska, i den utsträckning som är nödvändig för att garantera slutanvändarnas tillgång till digitala radio- och televisionssändningstjänster som angetts av medlemsstaten, kunna införa skyldigheter för operatörer att tillhandahålla tillträde till sådana andra faciliteter som avses i del II i bilaga I på rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor.

15. I artikel 18 i tillträdesdirektivet anges visserligen den 24 juli 2003 som sista dag för medlemsstaterna att anta och offentliggöra de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv, men genom Republiken Polens anslutningsakt [10] har tidsfristen för införlivande förlängts till den 30 april 2004.

B — *Den polska lagen om telekommunikationer*

16. I artikel 26 i den polska lagen om telekommunikationer [11] föreskrivs en skyldighet för samtliga operatörer av allmänna kommunikationsnät att förhandla om tillträdesavtal på begäran av ett företag eller av en av de enheter som nämns i artikel 4.1, 4.2, 4.4, 4.5, 4.7 och 4.8 i syfte att tillförsäkra utbudet av samhällsomfattande tjänster och höja deras driftskompatibilitet.

17. I syfte att undvika vårdslöst beteende ger artikel 27.1 ordföranden för Urzad Komunikacji Electronicznej (byrån för elektronisk kommunikation, nedan kallad UKE) rätt att fastställa ett slutdatum för att ingå avtal, som inte får överstiga nittio dagar räknat från dagen för begäran om att ingå ett tillträdesavtal.

10 — Akt om villkoren för Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen (EUT L 236, 2003, s. 987).

11 — Lag av den 16 juli 2004 (Dz. U. 2004, nr 171, s. 1800).

18. Om förhandlingar inte inleds, om tillträde till telekommunikationsnätet inte beviljas eller om den föreskrivna tidsfristen överskrids, kan vardera parten be ordföranden för UKE att fatta beslut i omtvistade ärenden eller fastställa villkoren för samarbetet (artikel 27.2) och i sin ansökan bilägga ett förslag på tillträdesavtal med angivande av parternas olika ställningstaganden och de klausuler som det råder oenighet kring (artikel 27.3).

19. Ordföranden för UKE ska i sitt beslut beakta användarnas intressen, företagens skyldigheter, främjandet av moderna telekommunikationstjänster, det omdiskuterade ämnets karaktär samt förslagens och de alternativa lösningarnas praktiska genomförbarhet, och då särskilt med avseende på de tekniska och ekonomiska aspekterna på tillträdet. [12] Ordföranden ska vidare se till att en fullständig och samverkande service bibehålls samt bevaka förekomsten av diskriminerande villkor och konkurrensutvecklingen. [13]

20. Ett företags dominerande ställning på området för sammanlänkade nät, allmänintresset, inklusive miljöskydd och bibehållande av samhällsomfattande tjänster ska också beaktas av ordföranden för UKE [14] när han fattar sitt tvingande beslut [15].

21. Beträffande ändring av tillträde som beviljats enligt detta förfarande anges i artikel 28.5 i lagen om telekommunikationer att om de berörda uppnår ett avtal upphör förvaltningsbeslutet att gälla i alla de delar som täcks av avtalet, [16] även om ordföranden för UKE har rätt att ändra det på begäran av part eller på eget initiativ om det är motiverat av hänsyn till konsumentskyddet eller tjänsternas driftskompatibilitet. [17]

22. Samtidigt och av samma skäl ger artikel 29 ordföranden för UKE befogenhet att på eget initiativ justera, inte bara sitt eget förslag, utan även innehållet i tillträdesavtalet eller anmoda parterna att vidta en sådan ändring. [18]

12 — Artikel 28 första stycket punkterna 1–4.
13 — Artikel 28 första stycket punkt 5.
14 — Angående detta uttryck se, Bellodi L., *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Ed. Scientifica, Nápoles, 1999, s. 209.
15 — Artikel 28 första stycket punkterna 6–8.
16 — Artikel 28 femte stycket.
17 — Artikel 28 sjätte stycket.
18 — Med förebehåll för hänvisningen i artikel 30 i lagen till det administrativa förfarandet för ändring av tillträdesavtal.

23. Enligt artikel 45 i den polska lagen om telekommunikationer får ordföranden för UKE dessutom ålägga ett företag som kontrollerar tillträdet för slutanvändarna de lagstadgade skyldigheter som är nödvändiga för att säkerställa att dessa slutanvändare ska kunna kommunicera med slutanvändare som valt andra operatörer, inklusive skyldigheten att bedriva samtrafik, under förutsättning att åtgärderna är lämpliga och proportionerliga i förhållande till de uppkomna problemen.

III — Det administrativa förfarandet, parternas yttranden och förfarandet vid domstolen

24. Den 21 mars 2005 underrättade kommissionen den berörda medlemsstaten om att den ställde sig tveksam till huruvida artikel 4.1 och 5.1 första stycket i 2004 års lag om telekommunikationer var förenlig med tillträdesdirektivet.

25. I sitt svar av den 25 maj 2005 gjorde den polska regeringen gällande att bestämmelserna var rättsenliga, och den försvarade förlängningen av skyldigheten att förhandla i syfte att reducera konstruktionskostnaden för ny infrastruktur för självständiga operatörer och medgav att bestämmelserna i artikel 5.1 första stycket i tillträdesdirektivet hade införlivats indirekt.

26. Kommissionen som inte var nöjd med dessa förklaringar riktade den 4 juli 2006 ett motiverat yttrande till medlemsstaten. Den 4 september 2006 bestred Polen yttrandet. Medlemsstaten anser nämligen att tillträdesdirektivet visserligen inte uttryckligen föreskriver införande av en lagstadgad skyldighet att förhandla om tillträdesavtal, men att en sådan skyldighet gynnar en varaktig konkurrens och befrämjar driftskompatibiliteten till förmån för konsumenterna. Polen grundar sig i det avseendet på artikel 5.1 första stycket i tillträdesdirektivet, en bestämmelse som har karaktär av programförklaring och som överlåter åt regleringsmyndigheterna att garantera tillträdet till och samordningen av nätet.

27. Den 8 maj 2007 väckte kommissionen med stöd av artikel 226 andra stycket EG förevarande talan. Institutionen och medlemsstaten har under förfarandet vidhållit sina respektive ståndpunkter.

28. Då fristen för att begära muntlig förhandling löpte ut innan någon sådan begäran hade inkommit, var målet efter det allmänna sammanträdet den 6 maj 2008 färdigt för förslag till avgörande.

IV — Granskning av det påstådda fördragsbrottet

A — *Framställning*

29. Kommissionen har alltsedan marknaden för telekommunikationer började liberaliseras aldrig dolt sin oro i fråga om tillträde till nödvändig infrastruktur och har anklagat företag, som med ensamrätt förfogat över de resurser som är nödvändiga för att kunna utöva verksamhet och som nekat konkurrenter tillgång till dessa resurser, för missbruk.

30. Valet att avreglera har även inneburit att mekanismerna för tillträde till marknaden har öppnats och gemenskapsrätten har, för att inte låta ett flexibelt tillträdessystem hamna i skymundan, ändrat sitt traditionella synsätt.

31. Men den fria handeln kunde inte i sig säkerställa lojal konkurrens då det faktiska monopol som den tidigare statliga operatören innehade, de rättigheter som den senare åtnjutit under lång tid och dess djupgående kunskaper om marknaden och dess privilegierade ställning gjorde det nödvändigt att främja nya företags inträde på marknaden genom införande av stödåtgärder till deras fördel.

32. Läran om ”essential facilities” [19] återges i kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn (nedan kallat tillkännagivandet om tillträde). [20] Syftet är att se till att nya operatörer ska få tillträde till befintlig infrastruktur och befintliga telekommunikationsnät, som i de flesta fall ägs av de tidigare monopolen, på lika villkor.

33. För det ändamålet krävs i tillkännagivandet kumulativt att en utrustning ska vara ”nödvändig” på så sätt att den är oundgänglig

19 — Doherty, B., *Just what are essential facilities?*, CMLR, 2001, sidorna 397–436, och Richer, L., *Le droit à la paresse? Essential Facilities, version française*, Ed. Dalloz, 1999, n° 44, s. 523.

20 — EGT C 265, 1998, s. 2.

för att kunna konkurrera med den som kontrollerar den, att den inte kan reproduceras på ett lämpligt sätt och att tillgången till den, även om den kan ställas till ett annat företags förfogande, är hindrad eller begränsad på ett sätt som är oacceptabelt. [21]

34. Domstolen har i ett annat sammanhang än det som rör telekommunikationer medgett att ägaren till infrastruktur som betraktas som ”nödvändig” är skyldig att enas med andra företag om dess användning om deras verksamhet kräver tillgång till den. Denna princip har emellertid dämpats genom en rad strikta tolkningskriterier i syfte att undvika missbruk av en dominerande ställning (artikel 82 EG). [22]

35. Avtalen anses vara det bästa verktyget för att uppnå fri konkurrens, och kommissionen har därför förbehållit sig rätten att lösa tvister av gemenskapsrättslig betydelse [23] och har överlåtit åt nationella domstolar att lösa tvister som saknar sådan betydelse.

36. I skäl 5 i direktiv 2002/19 anges att det på en öppen och konkurrensutsatt marknad inte bör finnas några begränsningar som hindrar företag från att förhandla om förutsättningarna för tillträde och samtrafik mellan dem, i synnerhet inte när det gäller gränsöverskridande avtal, och det krävs *i princip* [24] att sådana avtal ingås på kommersiell basis och förhandlas med god vilja.

37. All statlig inblandning i denna sektor har emellertid till syfte att skydda olika samhällsintressen, såsom främjandet av utvecklingen, utbyggnaden av näten och även territoriell, ekonomisk och social sammanhållning.

38. Marknadsekonomin får således inte begränsas utan anledning, eftersom en sådan begränsning endast kan tillåtas med beaktande av de mål som eftersträvas i gemenskapsrätten och alltid kräver att principerna om skälighet och proportionalitet har iakttagits.

21 — En stor del av dessa begränsningar, som utarbetats i nordamerikansk rättspraxis, återfinns i punkt 91 i tillkännagivandet om tillträde.

22 — I dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791), analyseras tidigare rättspraxis (dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, Commercial Solvents mot kommissionen, REG 1974, s. 223, svensk specialutgåva, volym 2, s. 229, av den 3 oktober 1985 i mål 311/84, CBEM, REG 1985, s. 3261, och av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen, REG 1995, s. I-743). I domen fastslås att ägaren av det enda rikstäckande systemet för utbärning av dagstidningar inte gör sig skyldig till missbruk av en dominerande ställning när den vägrar att ge en utgivare av en konkurrerande dagstidning tillgång till detta system, då det finns andra distributionsformer, såsom postutskick eller lösnummerförsäljning i varuhus och kiosker och då det inte föreligger några tekniska, lagliga eller ekonomiska hinder som gör det omöjligt eller försvårar för konkurrenter att skapa ett eget distributionssystem.

23 — Punkt 26 i tillkännagivandet om tillträde.

24 — Min kursivering.

39. I skäl 19 i direktiv 2002/19 anges därför att ”[e]tt föreskrivet tillträde till nätinfrastruktur kan motiveras som ett sätt att öka konkurrensen, men de nationella regleringsmyndigheterna måste hitta en jämvikt mellan en infrastrukturägares rätt att utnyttja sin infrastruktur för egen del och andra tjänsteleverantörers rätt att få tillträde till faciliteter som är väsentliga för att erbjuda konkurrerande tjänster …”.

40. Kommissionen har anklagat Republiken Polen för att ha underlåtit att uppfylla två skyldigheter enligt direktiv 2002/19. Dels kritiseras det faktum att den polska lagen reglerar den nationella regleringsmyndighetens befogenheter genom att föreskriva en förhandlingsskyldighet, dels kritiseras det faktum att befogenhet saknas för att uppfylla vissa mål.

B — *Den första anmärkningen om fördragsbrott*

41. Kommissionen har gjort gällande att Polen har överskridit sin befogenhet vid införlivandet av artikel 4.1 i direktiv 2002/19, då medlemsstaten 1) har infört en lagstadgad skyldighet för företag att ingå avtal, vilket i direktivet anges vara en särskild åtgärd i syfte att rätta till en onormal situation, som det endast ankommer på den nationella regleringsmyndigheten att vidta, 2) inte har beaktat de omständigheter som råder inom sektorn och inte gör någon åtskillnad mellan operatörer med hänsyn till deras inflytande samt 3) har förväxlat den skyldighet att förhandla om samtrafik som föreskrivs i direktivet med ingåendet av tillträdesavtal.

42. Under de förhållanden som för närvarande råder på telekommunikationsmarknaden i Europa är förhandsreglering av skyldigheter endast motiverad när marknaden kräver det på grund av att den fria konkurrensen är utsatt för allvarliga risker.

43. I tillträdesdirektivet antas utmaningen och det medges utan omsvep i dess skäl 13 att ”[s]yftet är att successivt minska den sektorsspecifika förhandsregleringen i takt med att konkurrens utvecklas …”, även om möjligheten till sådan förhandsreglering inte är otänkbar med tanke på att flaskhalsar kan uppstå till följd av teknisk utveckling, vilket kan göra det nödvändigt med förhandsreglering, till exempel när det gäller bredbandsaccessnät.

44. I skäl 27 i ramdirektivet förklaras att konkurrensen inte är effektiv på marknader där det finns ett eller flera företag med betydande inflytande på marknaden och där

åtgärder i nationell konkurrenslagstiftning och gemenskapskonkurrenslagstiftning ”inte räcker för att lösa problemet”.

45. Med åren har allt utvecklats till den grad att det i ramdirektivet anges att det har skapats ”förutsättningar för effektiv konkurrens inom telekommunikationssektorn under övergången från monopol till fri konkurrens”. [25]

46. Att påbörja införlivandet av gemenskapsbestämmelserna [26] med att ålägga en skyldighet att ingå avtal verkar följaktligen motsägelsefullt och innebär en kränkning av den grundläggande principen att den fria konkurrensen, i detta skede, redan borde ses som ett obestridligt faktum.

47. Det skulle eventuellt kunna finnas en ursäkt om det antas att den polska lagstiftaren har utgått ifrån att det inte föreligger några verkliga indicier på att dess marknad snedvrids. Dessa tvivel skingras dock omedelbart om man ser till logiken, eftersom den polska lagstiftaren i så fall skulle ha tillämpat andra bestämmelser, men inte tillträdesdirektivet som tillhör ”det nya regelverket”.

48. I gemenskapsrätten bortses inte från effekterna av vissa exceptionella tillstånd som kan påverka en sund konkurrens.

49. Men för att bedöma bristerna och föreskriva ett åtgärdsprogram i varje enskilt fall krävs opartiska specialenheter såsom de nationella regleringsmyndigheter som enligt direktiv 2002/19 har tilldelats denna uppgift.

50. På nationell nivå ankommer det, enligt artikel 12.1 i nämnda direktiv, på den nationella regleringsmyndigheten och inte på lagstiftaren att övervaka att operatörer uppfyller rimliga krav på tillträde till och användning av specifika nätdelar och tillhörande faciliteter.

25 — Skäl 1.

26 — Även om tvisten rör tillträdesdirektivet går det inte att bortse från att ramdirektivet har varit en inspirationskälla till det förstnämnda direktivet.

51. Övervakningen avser endast de situationer som, på ett icke uttömmande vis, anges i bestämmelsen. Ett exempel är när den nationella regleringsmyndigheten anser att ett nekat tillträde eller orimliga villkor med liknande verkan skulle hindra uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt marknad på slutkundens nivå eller att det inte skulle ligga i slutanvändarnas intresse.

52. Bland dessa korrigerande åtgärder återfinns ”att förhandla med god vilja med företag som begär tillträde” (artikel 12.1 b i direktiv 2002/19), jämte en föregående bedömning av huruvida de är lämpliga och förenliga med de mål som anges i artikel 8 i ramdirektivet (artikel 12.2 i direktiv 2002/19) och som de nationella regleringsmyndigheterna ska vidta med beaktande av tekniska och ekonomiska faktorer samt lämplighet. [27]

53. I gemenskapsrätten eftersträvas inte den automatik som har införts i Republiken Polen av dess lagstiftande myndigheter, utan tvärtom föreskrivs att oberoende organ efter en föregående marknadsanalys ska besluta om vad som är lämpligt i varje enskilt fall. [28]

54. Det sätt på vilket polska staten har agerat lamslår dynamiken i sektorn som, på grund av de elektroniska kommunikationernas kontinuerliga utveckling, hela tiden förändras.

55. Med beaktande av att konkurrensen kan utvecklas olika snabbt i olika marknadssegment och olika medlemsstater, måste de nationella regleringsmyndigheterna kunna lindra regleringsskyldigheterna på de marknader där konkurrensen ger önskat resultat (skäl 13 i tillträdesdirektivet). [29]

27 — I artikel 12.2 hänvisas till den tekniska och ekonomiska bärkraften för användning och installation av konkurrerande faciliteter med tanke på marknadsutvecklingen och med beaktande av arten och typen av samtrafik och tillträde, möjligheten att erbjuda det föreslagna tillträdet, nyinvesteringen för ägaren, behovet av att värna konkurrensen på lång sikt, alla berörda immateriella rättigheter och tillhandahållande av alleuropeiska tjänster.

28 — I artikel 16.3 i ramdirektivet föreskrivs att i de fall då en nationell regleringsmyndighet kommer fram till slutsatsen att det råder effektiv konkurrens på marknaden, ska den inte införa eller bibehålla någon av de specifika regleringsskyldigheter som avses i punkt 2 (vari hänvisas till dem som anges i artikel 8 i tillträdesdirektivet).

29 — I artikel 8 i tillträdesdirektivet, som visserligen avser andra skyldigheter (dem i artiklarna 9–13), föreskrivs att de nationella regleringsmyndigheterna ska ha en möjlighet att ändra eller upphäva dessa skyldigheter.

56. Den polska lagen uppvisar inte någon sådan flexibilitet, eftersom den, genom att införa sådana begränsningar fastställer regleringsnivån på en nivå som omöjliggör för den oberoende regleringsmyndigheten att lindra verkningarna av ingripandet.

57. I tillträdesdirektivet har skyldigheterna för samtliga operatörer utformats utifrån principerna om insyn och öppenhet, [30] även om särskild vikt läggs vid dem som rör företag med ett ”betydande inflytande på marknaden”, [31] ett uttryck som enligt min mening illustrerar förändringen från en monopolsituation till en liberaliserad marknad och är mer adekvat än uttrycket ”dominerande ställning” i en situation utan handelshinder.

58. Även om skyldigheten att bedriva samtrafik anges på ett generellt sätt är villkoren, som varierar beroende på vilket inflytande företaget har, asymmetriska, eftersom det för ett företag med betydande inflytande på marknaden inte krävs någon ytterligare marknadsanalys, [32] utan endast en motivering med avseende på lämplighet. [33]

59. I artikel 8 i tillträdesdirektivet hänvisas uttryckligen till begreppet ”en operatör [med] ett betydande inflytande på en viss marknad” och det hänvisas till begreppet i flera andra bestämmelser i direktivet.

60. Enligt artikel 4 i samma direktiv ska tillträde och samtrafik erbjudas på villkor som överensstämmer med de skyldigheter som den nationella regleringsmyndigheten inför i enlighet med artikel 8.

61. Bestämmelsen i artikel 12 i tillträdesdirektivet, vari föreskrivs en skyldighet att förhandla med god vilja, får även den sin normativa betydelse i nämnda artikel 8 med hänsyn till att de nationella regleringsmyndigheternas bestämmelser måste vara förenliga med de riktlinjer som uppställs däri.

30 — Saracci, F., 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, anger att telekommunikationerna effektiviseras med de vanliga principerna i gemenskapsrätten, såsom likhetsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen, som enligt domstolen utgör grundläggande rättigheter (dom av den 19 oktober 1977 i de förenade målen 117/76 och 16/77, Ruckdeschel m.fl., REG 1977, s. 1753, svensk specialutgåva, volym 3, s. 421, och av den 15 juni 1978 i mål 149/77, Defrenne, REG 1978, s. 1365, svensk specialutgåva, volym 4, s. 127).

31 — I artikel 14.2 i ramdirektivet anges att företag ska anses äga ett sådant inflytande om det, antingen enskilt eller tillsammans med andra, har en ställning som är likvärdig med dominans, det vill säga en ställning av sådan ekonomisk styrka att det i betydande omfattning kan uppträda oberoende av sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand konsumenterna.

32 — Vilket på ett allmänt sätt framgår av artikel 16 i direktiv 2002/21.

33 — Skäl 15 i direktiv 2002/19.

62. En sådan tudelning av reglerna beroende på företagens inflytande finns inte i den polska lagen.

63. Att jämställa ”tillträde” [34] och ”samtrafik” [35] med stöd av artikel 4.1 i direktiv 2002/19 stöder tveklöst teorin om att det föreligger fördragsbrott. [36]

64. Samtrafik genomförs mellan privatpersoner, liknar en privaträttslig institution [37] och förutsätter en teknik genom vilken olika typer av nät kan samverka.

65. Begreppet tillträde å sin sida åstadkommer större rättsliga verkningar än ren anslutning till infrastruktur, eftersom det omfattar tillhandhållande av en rad resurser och tjänster och definitivt omfattar ”samtrafik”, som är en särskild typ av tillträde som genomförs mellan operatörer av allmänna nät (artikel 2 b *in fine* i direktiv 2002/19)].

66. Den omtvistade bestämmelsen är under dessa omständigheter inte förenlig med principen om minsta möjliga ingripande, vilken är en återspegling av proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen, för vilken gränserna väl fastställts i denna domstols rättspraxis, [38] grundar sig på lämplighet, nödvändighet och på förhållandet mellan kostnader och intäkter.

67. Den polska regeringens argument att telekommunikationsföretagen har godtagit lagstiftningen utan strid påverkar inte denna slutsats. Enskilda kan nämligen inte kontrollera att gemenskapsrätten iakttas och admi-

34 — Definierad i artikel 2 a i direktiv 2002/19.

35 — I artikel 2 b i direktiv 2002/19 preciseras detta begrepp.

36 — Förvånande nog definieras anslutning i artikel 2.6 a i den polska lagen om telekommunikationer som ytterligare ett moment i tillträdet.

37 — Saracci, F., *a. a.*, s.106, och Strubel, X., *Breves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécomunications*, Lex Electronica, n° 4/1998, på webbplatsen www.lex-electronica.org.

38 — Bland de äldre rättsfallen hänvisas det till följande domar: Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft (REG 1970, s. 1125), av den 24 oktober 1973 i mål 5/73, Balkan (REG 1973, s. 1091), av den 28 oktober 1975 i mål 36/75, Rutili (REG 1975, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s. 485), av den 7 juli 1976 i mål 118/75, Watson och Belmann (REG 1976, s. 1185; svensk specialutgåva, volym 3, s. 145), av den 5 juli 1977 i mål 114/76, Bela Mühle (REG 1977, s. 1211), av den 20 februari 1979 i mål 122/78, Buitoni (REG 1979, s. 677; svensk specialutgåva, volym 3, s. 385), av den 21 juni 1979 i mål 240/78, Atalanta (REG 1979, s. 2137), och av den 13 december 1979 i mål 44/79, Hauer (REG 1979, s. 3727; svensk specialutgåva, volym 4, s. 621).

nistrativ praxis, som administrationen efter eget gottfinnande kan ändra och som inte publiceras på ett lämpligt sätt, utgör inte någon garanti för att ett direktiv införlivas på ett korrekt sätt. [39]

68. De mekanismer som har införts i tillträdesdirektivet skiljer sig således från dem som har införts i den polska lagen om telekommunikationer. Den polska lagen avviker nämligen från matrisen i det att den gör undantaget till regel genom att byta ut möjligheten för den nationella myndigheten att ålägga en skyldighet att förhandla om samtrafik mot en allmän skyldighet att bevilja tillträdesavtal och dessutom bibehålla en inblandning som regleringsmyndigheten varken kan avskaffa eller ens ändra. Kommissionen har således haft fog för sin första anmärkning om fördragsbrott.

C — *Den andra anmärkningen om fördragsbrott*

69. Kommissionen har gjort gällande att det i artikel 5.1 i tillträdesdirektivet föreskrivs att den nationella regleringsmyndigheten ska ges befogenhet att, i syfte att uppfylla de mål som eftersträvas i artikel 8 i ramdirektivet, punktvis ingripa genom att fastställa öppet redovisade, proportionella och icke-diskriminerande villkor. Sådana undantagsmöjligheter saknas enligt kommissionen i den polska lagen.

70. Lösningen står återigen att finna i artikel 8 i direktiv 2002/21, som inleder kapitel III, vilket rör ”de nationella regleringsmyndigheternas uppgifter”. [40]

71. Även om jag delar den polska regeringens uppfattning att artikel 8 i ramdirektivet är av oerhört allmän karaktär, håller den lagstiftningsteknik som valts, det vill säga direktivets, ibland en hög abstraktionsnivå för att medlemsstaterna ska ges tillräckligt med handlingsutrymme och därigenom bevara dess verkan.

72. Under alla omständigheter utformas i punkterna 2–4 i nämnda artikel 8 målen att främja konkurrensen vid tillhandahållande av nät för elektronisk kommunikation, bidra till

39 — Domstolens dom av den 13 mars 1997 i mål C-197/96, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-1489), av den 9 mars 2000 i mål C-358/98, kommissionen mot Italien (REG 2000, s. I-1255), och av den 10 mars 2005 i mål C-33/03, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2005, s. I-1865).

40 — I artikel 5 i direktiv 2002/19 hänvisas till målen i artikel 8 i direktiv 2002/21.

utvecklingen av den inre marknaden och främja de intressen som medborgarna i Europeiska unionen har.

73. I en nyligen meddelad dom av den 31 januari 2008 [41] (punkt 81) fann domstolen att det i artikel 8 i ramdirektivet föreskrivs en skyldighet för medlemsstaterna att säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna vidtar alla rimliga åtgärder för att främja en konkurrens utan hinder, vilket kullkastar Polens klara uppfattning att artikeln endast har karaktär av programförklaring.

74. Kravet på en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten och likhetsprincipen omfattar i det sammanhanget även bestämmelsens betydelse och räckvidd, i synnerhet när den inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar. [42]

75. Detta har i rättspraxis nyanserats på så sätt att ett införlivande med den nationella rättsordningen inte nödvändigtvis kräver en formell och ordagrann transkribering av gemenskapsbestämmelsen, utan det räcker att det rättsliga sammanhanget innebär en garanti för att gemenskapsbestämmelsen tillämpas till fullo på ett klart och tydligt sätt. [43]

76. Argumentet att det i medlemsstaten inte förekommer någon med gemenskapsbestämmelserna oförenlig verksamhet motiverar inte det utelämnande som gjorts i den nationella lagen. [44]

77. För att lösa denna svårighet påpekas att det i artikel 5.1 i tillträdesdirektivet föreskrivs att regleringsmyndigheterna alltid är skyldiga att [45] övervaka marknaden i syfte att främja och säkerställa ett tillfredsställande tillträde och samtrafik samt samverkan mellan tjänster.

78. Den befogenhet, vars avsaknad kommissionen kritiserar, ska följaktligen inte bara underlätta för regleringsmyndigheterna att

41 — Dom av den 31 januari 2008 i mål C-380/05, Centro Europa 7 (REG 2008, s. I-349).

42 — Domstolens dom av den 18 januari 1984 i mål 327/82, Ekro (REG 1984, s. 107), av den 19 september 2000 i mål C-287/98, Linster (REG 2000, s. I-6917), och av den 18 oktober 2007 i mål C-195/06, Österreichischer Rundfunk (REG 2007, s. I-8817).

43 — Domstolens dom av den 27 april 1988 i mål 252/85, kommissionen mot Frankrike (REG 1988, s. 2243).

44 — Domstolens dom av den 15 mars 1990 i mål C-339/87, kommissionen mot Nederländerna (REG 1990, s. I-851).

45 — I det avseendet håller jag med den polska regeringen.

vid behov punktvis vidta åtgärder, utan avser även kontrollbefogenheter, vilket förbises i ansökan.

79. I artikel 5 i direktiv2002/19 införs ”i synnerhet” en rad skyldigheter som regleringsmyndigheterna ska kunna införa för att säkerställa att slutanvändarna når varandra och för att garantera slutanvändarnas tillgång till digitala radio- och televisionssändningstjänster (punkt 1 andra stycket).

80. Dessa skyldigheter ska dock inte införas i det fördolda, utan med en så pass stor öppenhet att regleringsmyndigheterna kan göras ansvariga för att de införs på ett sätt som främjar effektivitet, hållbar konkurrens och största möjliga nytta för slutanvändarna.

81. Denna tolkning bekräftas i domstolens dom av den 13 december 2001, [46] som rör regleringsmyndigheternas befogenheter enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/33/CE av den 30 juni 1997 om samtrafik inom telekommunikation i syfte att säkerställa samhällsomfattande tjänster och samverkan genom tillämpning av principerna om tillhandahållande av öppna nät. [47]

82. Denna dom, [48] som gällde Konungariket Spanien, erbjöd Republiken Polen en fristad som inte var lika efemär som den som Frédéric Chopin och George Sand fann i kartusianklostret Jesús Nazareno i Valldemosa, [49] då domstolen, med stöd av de nationella myndigheternas positiva skyldigheter [50] i förhållande till direktivet om samtrafik, tillerkände dem en mängd befogenheter som, förutom att främja framförhandlandet av avtal mellan konkurrenter, gav dem möjlighet att på förhand ålägga operatörer att ge tillträde [51] till det lokala accessnätet och erbjuda anslutning till de lokala nätanslutningscentralerna och på högsta nätanslutningsnivå.

46 — Dom av den 13 december 2001 i mål C-79/00, Telefónica de España (REG 2001, s. I-10075).

47 — EGT L 199, s. 32.

48 — Som följer generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 21 juni 2001.

49 — Det kända paret bosatte sig, tillsammans med författarinnans barn, på Mallorca hösten 1838 med förhoppningen om en mild vinter som skulle lindra den tuberkulos som den polske musikern led av. Men dåligt väder och i synnerhet luftfuktigheten påskyndade deras avresa i februari 1839, trots att Chopin, sedan han från Paris hade fått sig tillsänt, efter långdragna tullformaliteter, pianot Pleyel som han beställt, hade kommit ett steg längre i komponerandet av sina 24 preludier, op. 28. George Sand har i *Un hiver à Majorque*, utg. Cort, 2004, beskrivit sina erfarenheter från ön i en intim och romantisk ton.

50 — Som man skulle kunna beskriva som ”allt som direktivet inte förbjuder är tillåtet”.

51 — Mot bakgrund av deras betydelse på marknaden.

83. Efter denna utveckling, som påvisar otydligheten i regleringsmyndigheternas befogenheter, brister kommissionens resonemang i bevishänseende. [52] Inte heller överensstämmer resonemanget med den påstådda bristen på omsorg vid införlivande av artikel 5 i tillträdesdirektivet, eftersom artiklarna 26 och 30 i den polska lagen om telekommunikationer enligt vad som anförts ovan ger regleringsmyndigheten stora möjligheter att ingripa. [53]

84. Jag håller visserligen med sökanden om att befogenheterna inte ska vara avhängiga av att det redan föreligger en tvist mellan operatörer, men det framgår inte heller av tillträdesdirektivet att det föreligger ett förbud mot detta. Även om artiklarna 26–30 i den polska lagen endast avser det administrativa förfarandet, går det inte att säga detsamma om lagens artikel 45, vari ordföranden för UKE resolut uppmanas att ålägga nödvändiga skyldigheter i syfte att uppnå de mål som eftersträvas i artikel 1.2 och 1.3 i lagen om telekommunikationer, vilka överensstämmer med dem som uppställs i artikel 8 i ramdirektivet.

85. Jag delar således inte kommissionens uppfattning i fråga om den andra anmärkningen om fördragsbrott, eftersom de allmänna mål som kommer till uttryck i gemenskapsrätten [54] finner sina motstycken i bestämmelserna i artiklarna 26–30 och 45 i den omtvistade nationella lagen.

V — Rättegångskostnader

86. Enligt artikel 69.2 och 69.3 i rättegångsreglerna kan domstolen besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter.

87. Då endast en av kommissionens två anmärkningar om fördragsbrott mot Republiken Polen ska godtas är det lämpligt att låta vardera parten bära sin rättegångskostnad.

52 — I en talan om fördragsbrott liknande den förevarande, domstolens dom av den 10 januari 2008 i målet C-387/06, kommissionen mot Finland, godtogs inte argumentet att den nationella bestämmelsen begränsade regleringsmyndighetens befogenheter, för kommissionen hade varken gjort någon ingående undersökning eller visat att den nationella myndigheten inte kunde vidta lämpliga åtgärder i syfte att uppnå de mål som eftersträvas i artikel 8 i ramdirektivet.

53 — Bortsett från de överträdelser som görs i dessa artiklar och som ligger till grund för den första anmärkningen om fördragsbrott.

54 — Jag insisterar på artikel 5 i direktiv 2002/19, jämförd med artikel 8 i direktiv 2002/21.

VI — Förslag till avgörande

88. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar enligt följande:

1. Republiken Polen har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 4.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter, genom att på förhand ålägga samtliga operatörer på området för telekommunikationer en skyldighet att förhandla om ett tillträdesavtal.

2. Talan ogillas i övrigt.

3. Vardera parten ska bära sin rättegångskostnad.