Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
A.M. COLLINS
fremsat d. 9. juni 2022[1]

Sag C-243/21

»TOYA« sp. z. o.o.,
Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji
mod
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej,
procesdeltager:
Polska Izba Komunikacji Elektronicznej

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Sąd Okręgowy w Warszawie (den regionale domstol, Warszawa, Polen))

»Præjudiciel forelæggelse – telekommunikation – direktiv 2014/61/EU – artikel 3 – den national tilsynsmyndigheds beføjelse til at indføre betingelser for en operatør, der ikke har en stærk markedsposition, angående adgang til fysisk infrastruktur – en tvist om adgang foreligger ikke – artikel 1, stk. 3 – minimumsharmonisering«

I. Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse fra Sąd Okręgowy w Warszawie (den regionale domstol, Warszawa, Polen) rejser to spørgsmål angående fortolkningen af direktiv 2014/61/EU om foranstaltninger for at reducere omkostningerne ved etablering af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation[2]. For det første, udelukker direktiv 2014/61, når det fortolkes i lyset af direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet)[3] og direktiv 2002/19/EF om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet)[4], at en national tilsynsmyndighed kan indføre betingelser for en udbyder af elektroniske kommunikationsnet, der ikke har en stærk markedsposition på det relevante marked? For det andet, udelukker direktiv 2014/61, at en national tilsynsmyndighed kan indføre betingelser for telekommunikationsoperatører angående adgang til deres fysiske infrastruktur, når der ikke foreligger en tvist om sådan adgang?

[1] – Originalsprog: engelsk.

[2] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 15.5.2014 (EUT 2014, L 155, s. 1).

[3] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 (EFT 2002, L 108, s. 33), som ændret (herefter »rammedirektivet«).

[4] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 (EFT 2002, L 108, s. 7), som ændret (herefter »adgangsdirektivet«).

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Rammedirektivet

2. Betragtningerne til rammedirektivet opstiller bl.a. følgende formål:

»(25) Det er under visse omstændigheder nødvendigt at opstille en række ex ante-forpligtelser for at sikre udvikling af et konkurrenceorienteret marked. Definitionen på stærk markedsposition 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 […] har i liberaliseringens indledende faser vist sig som et virkningsfuldt udgangspunkt for opstilling af ex ante-forpligtelser, men den må nu tilpasses mere komplekse og dynamiske markeder. Derfor svarer den i nærværende direktiv anvendte definition til begrebet dominerende stilling som fastlagt i retspraksis ved De Europæiske Fællesskabers Domstol og [Retten].

[…]

(27) Det er vigtigt, at sådanne ex ante-forpligtelser kun pålægges, hvor der ikke er reel konkurrence, dvs. 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. […]«

3. Rammedirektivets kapitel III omhandler »de nationale tilsynsmyndigheders opgaver«. Artikel 8 heri fastsætter politiske mål og tilsynsprincipper. Artikel 8, stk. 5, litra f), bestemmer, at nationale tilsynsmyndigheder kun kan indføre forhåndsregulerende forpligtelser, hvor der ikke er nogen effektiv konkurrence. Så snart denne betingelse er opfyldt, skal de lempe eller ophæve sådanne forpligtelser.

4. Rammedirektivets kapitel IV omhandler »generelle bestemmelser«. Artikel 14 definerer begrebet stærk markedsposition. Artikel 16 beskriver den markedsanalyseprocedure, som en national tilsynsmyndighed skal foretage med henblik på at afgøre, om der er reel konkurrence på markedet: når der ikke er reel konkurrence på et relevant marked, skal den national tilsynsmyndighed udpege virksomheder med en stærk markedsposition på det pågældende marked.

2. Adgangsdirektivet

5. Adgangsdirektivets artikel 8, stk. 2, fastsætter:

»Såfremt det som resultat af en markedsanalyse, der er foretaget ifølge artikel 16 i [rammedirektivet], fastslås, at en udbyder har en stærk markedsposition på et bestemt marked, pålægger de nationale tilsynsmyndigheder forpligtelserne i artikel 9-13 i nærværende direktiv i fornødent omfang.«

6. De forpligtelser, der er fastsat i adgangsdirektivets artikel 9-13, vedrører: i) transparens, herunder kravet om, at en udbyder offentliggør et standardtilbud [5], ii) ikke-diskriminering, iii) regnskabsmæssig opsplitning, iv) adgang til og anvendelse af specifikke netfaciliteter og v) priskontrol og omkostningsregnskaber.

7. Adgangsdirektivets artikel 8, stk. 3, bestemmer, at, med forbehold af bestemmelserne i direktivets artikel 5, stk. 1, og artikel 6 og bestemmelserne i rammedirektivets artikel 12 og 13, kan nationale tilsynsmyndigheder ikke pålægge udbydere, der ikke er blevet udpeget som operatører med en stærk markedsposition i et bestemt marked, de forpligtelser, der er nævnt i adgangsdirektivets artikel 9-13.

3. Direktiv 2014/61

8. I betragtningerne til direktivet forklares formålene som følger:

»(6) I betragtning af behovet for en indsats på EU-plan for at forbedre bredbåndsdækningen, bl.a. ved at mindske omkostningerne ved infrastruktur til højhastighedsbredbånd, som det kom til udtryk i Det Europæiske Råds konklusioner af 13.-14. december 2012, understreges det i Kommissionens meddelelse med titlen »Akten for det indre marked II«, at der er behov for en yderligere indsats for hurtigt at nå de mål, som er fastlagt i den digitale dagsorden, bl.a. ved at imødekomme udfordringer i forbindelse med investering i højhastighedsnet.

(7) Etableringen af faste og trådløse højhastighedsnet til elektronisk kommunikation i hele Unionen kræver betydelige investeringer, hvoraf en væsentlig andel udgøres af omkostningerne i forbindelse med anlægsarbejdet. Begrænsning af nogle af de omkostningskrævende anlægsarbejder vil gøre bredbåndsetableringen mere effektiv.

(8) En stor del af disse omkostninger opstår på grund af manglende effektivitet i etableringsprocessen; dette gælder udnyttelsen af eksisterende passiv infrastruktur (f.eks. kabelkanaler, ledningskanaler, mandehuller, gadeskabe, pæle, master, antenneanlæg, tårne og andre støttekonstruktioner), flaskehalse i koordineringen af anlægsarbejder, tyngende administrative procedurer for udstedelse af tilladelser og flaskehalse i forbindelse med etablering af net i bygninger, der fører til store finansielle hindringer, navnlig i landområder.

(9) Foranstaltninger, der tager sigte på at udnytte eksisterende infrastruktur mere effektivt og reducere omkostninger og hindringer i forbindelse med nye anlægsarbejder, forventes at yde et betydeligt bidrag til at sikre en hurtig og omfattende etablering af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation, samtidig med at der opretholdes en effektiv konkurrence, uden at det har en ugunstig virkning på den eksisterende offentlige infrastrukturs sikkerhed, og på at den fungerer tilfredsstillende.

(10) Nogle medlemsstater har vedtaget foranstaltninger for at nedbringe omkostningerne ved at etablere bredbåndsnet. Disse foranstaltninger benyttes stadig kun spredt og i begrænset omfang. En indførelse af disse foranstaltninger i stor målestok på EU-plan kan bidrage væsentligt til at etablere et digitalt indre marked. Desuden betyder forskellene mellem de forskriftsmæssige krav til tider, at der ikke kan samarbejdes på tværs af forsyningsvirksomheder, og at nye netoperatørers adgang til markedet og udnyttelsen af nye forretningsmuligheder hindres, hvilket bremser udviklingen af et indre marked for

[5] – Adgangsdirektivets artikel 9, stk. 2 og 4.

udnyttelse og etablering af den fysiske infrastruktur til højhastighedsnet til elektronisk kommunikation. Endelig forekommer medlemsstaternes initiativer ikke altid at være helhedsorienterede, i betragtning af at det er afgørende at tage højde for hele etableringsprocessen, også på tværs af sektorer, for at opnå sammenhængende og slagkraftige resultater.

(11) Dette direktiv tager sigte på at fastsætte en række minimumsrettigheder og -forpligtelser, der gælder på EU-plan, for at fremme etableringen af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation og koordineringen på tværs af sektorer. Der sikres et minimum af lige konkurrencevilkår, men i overensstemmelse med nærhedsprincippet bør dette ikke berøre eksisterende bedste praksis og foranstaltninger, der er vedtaget på nationalt og lokalt plan, og heller ikke indebære mere detaljerede bestemmelser og betingelser eller yderligere foranstaltninger, der supplerer disse rettigheder og forpligtelser.

[…]

(13) For operatører af elektroniske kommunikationsnet, og navnlig nytilkomne, kan det være langt mere effektivt at genbruge eksisterende fysisk infrastruktur, herunder andre forsyningsselskabers, til at etablere elektroniske kommunikationsnet, og dette gælder navnlig i områder, hvor der ikke findes et egnet elektronisk kommunikationsnet, eller hvor det ikke er økonomisk overkommeligt at opbygge ny fysisk infrastruktur. Desuden kan synergivirkninger på tværs af sektorer i væsentligt omfang mindske behovet for anlægsarbejder som følge af etableringen af elektroniske kommunikationsnet og dermed også mindske de tilknyttede sociale og miljømæssige omkostninger, f.eks. forurening, gener og trafikal overbelastning. Dette direktiv bør derfor finde anvendelse ikke alene på udbydere af offentlige kommunikationsnet, men også på enhver ejer eller indehaver af brugsretten, i sidstnævnte tilfælde uden at det berører nogen tredjeparts ejendomsret, til vidtstrakt og allestedsnærværende fysisk infrastruktur, der kan huse elementer af elektroniske kommunikationsnet, f.eks. fysiske net til el-, gas- og vandforsyning, kloakerings- og dræningssystemer, opvarmning og transport.

(14) Med henblik på at forbedre etableringen af elektroniske højhastighedskommunikationsnet på det indre marked bør dette direktiv fastsætte retten for udbydere af offentlige kommunikationsnet til at få adgang til fysisk infrastruktur, uanset placering, på retfærdige og rimelige vilkår, der er i overensstemmelse med den normale udøvelse af ejendomsretten. Forpligtelsen til at give adgang til fysisk infrastruktur bør ikke berøre rettighederne for ejeren af den grund eller den bygning, hvor infrastrukturen er placeret.«

9. Artikel 1 i direktiv 2014/61, med overskriften »Genstand og anvendelsesområde«, fastsætter:

»1. Dette direktiv har til formål at lette og skabe incitamenter for etableringen af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation ved at fremme den fælles udnyttelse af eksisterende fysisk infrastruktur og muliggøre en mere effektiv etablering af ny fysisk infrastruktur, således at det bliver billigere at etablere sådanne net.

2. Dette direktiv fastsætter minimumskrav i forbindelse med anlægsarbejder og fysisk infrastruktur med henblik på at tilnærme visse aspekter af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser på de pågældende områder.

3. Medlemsstaterne kan i overensstemmelse med EU-retten opretholde eller indføre foranstaltninger, der går videre end de minimumskrav, som er fastsat i dette direktiv, med henblik på bedre at nå det i stk. 1 omhandlede mål.

4. Hvis en bestemmelse i dette direktiv er i modstrid med en bestemmelse i [rammedirektivet], [adgangsdirektivet], direktiv 2002/20/EF [6], direktiv 2002/22/EF [7] eller direktiv 2002/77/EF [8], har de relevante bestemmelser i disse direktiver forrang.«

10. Artikel 3 i direktiv 2014/61 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at alle netoperatører har ret til at tilbyde virksomheder, der udbyder eller har tilladelse til at udbyde elektroniske kommunikationsnet, adgang til deres fysiske infrastruktur med henblik på etablering af elementer af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation. Ligeledes kan medlemsstaterne give operatører af offentlige kommunikationsnet ret til at tilbyde adgang til deres fysiske infrastruktur med henblik på etablering af andre net end elektroniske kommunikationsnet.

2. Medlemsstaterne sikrer, at alle netoperatører har pligt til at imødekomme enhver rimelig anmodning om adgang til deres fysiske infrastruktur på retfærdige og rimelige vilkår og betingelser, herunder pris, med henblik på etablering af elementer af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation efter skriftlig anmodning fra en virksomhed, der udbyder eller har tilladelse til at udbyde offentlige kommunikationsnet. Denne skriftlige anmodning skal angive elementerne i det projekt, for hvilket der anmodes om adgang, herunder en specifik tidsramme.

[…]

5. Medlemsstaterne sikrer, at det nationale tvistbilæggelsesorgan, der er omhandlet i stk. 4, under fuld hensyntagen til proportionalitetsprincippet træffer en bindende afgørelse for at bilægge en tvist, der er forelagt i henhold til stk. 4, og herunder fastsætter retfærdige og rimelige vilkår og betingelser, herunder priser, når det er relevant.

Det nationale tvistbilæggelsesorgan bilægger tvisten så hurtigt som muligt og under alle omstændigheder inden for fire måneder efter datoen for modtagelsen af den fuldstændige anmodning, bortset fra under ekstraordinære omstændigheder, uden at dette dog udelukker muligheden for, at hver af parterne indbringer sagen for en domstol.

Hvis tvisten omhandler adgang til infrastruktur hos en udbyder af elektroniske kommunikationsnet, og det nationale tvistbilæggelsesorgan er den nationale tilsynsmyndighed, tager det, hvor det er relevant, hensyn til målene i artikel 8 i [rammedirektivet] […]

[…]«

6 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 21).

7 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 51).

8 – Kommissionens direktiv af 16.9.2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT 2002, L 249, s. 21).

11. Artikel 4, stk. 1, i direktiv 2014/61 bestemmer, at virksomheder, der udbyder offentlige kommunikationsnet, har ret til efter anmodning at få adgang til minimumsoplysninger om alle netoperatørers eksisterende fysiske infrastruktur.

B. Polsk ret

12. Artikel 17, stk. 1 og 2, i Ustawa z 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (lov af 7.5.2010 om støtte til udvikling af telekommunikationstjenester og -net) (herefter »lov om støtte til udvikling«) bestemmer:

»1. Netoperatøren skal give telekommunikationsvirksomheder adgang til den fysiske infrastruktur, herunder deling af denne, med henblik på at etablere et højhastighedsnet til telekommunikation.

2. Adgang til den fysiske infrastruktur kræver betaling, medmindre kontraktparterne aftaler andet.«

13. Artikel 18, stk. 1-3, og stk. 6-8, i lov om støtte til udvikling fastsætter:

»1. Betingelserne for adgang til den fysiske infrastruktur, herunder de tekniske, operationelle og finansielle betingelser angående samarbejdet, skal aftales af parterne i en kontrakt angående adgang til den fysiske infrastruktur, der skal indgås skriftligt, idet den i modsat fald er ugyldig.

2. Formanden for kontoret for elektronisk kommunikation [9] kan anmode netoperatøren om at fremsende oplysninger angående betingelserne for adgang til den fysiske infrastruktur.

3. Efter at netoperatøren har fremsendt oplysninger angående betingelserne for adgang til den fysiske infrastruktur, kan formanden for kontoret for elektronisk kommunikation, som handler i overensstemmelse med kriterierne i artikel 22, stk. 1-3, ved afgørelse fastsætte betingelserne for at give adgang til den fysiske infrastruktur. Artikel 22, stk. 4, finder anvendelse mutatis mutandis.

[…]

6. En netoperatør, der har fået udstedt en afgørelse om betingelserne for adgang til den fysiske infrastruktur, skal indgå kontrakterne omtalt i stk. 1 på betingelser, der ikke er mindre gunstige end dem, der er fastsat i denne afgørelse.

7. En netoperatør, der har fået udstedt en afgørelse om betingelserne for adgang til den fysiske infrastruktur, skal på sin hjemmeside offentliggøre de gældende betingelser for tildeling af denne adgang.

8. En netoperatør, der har fået udstedt en afgørelse om betingelserne for adgang til den fysiske infrastruktur, skal meddele formanden for kontoret for elektronisk kommunikation oplysninger om adressen på sin hjemmeside inden for syv dage efter offentliggørelsen af betingelserne for tildelingen af denne adgang på hjemmesiden. Oplysningerne om adressen på hjemmesiden skal gøres tilgængelige på informationsstedet for telekommunikation på Republikken Polens område, herefter »informationsstedet for telekommunikation«.«

9 – Defineret i punkt 15 i dette forslag til afgørelse.

14. Artikel 22, stk. 1-3, i lov om støtte til udvikling fastsætter:

»1. Formanden for kontoret for elektronisk kommunikation skal træffe afgørelse om adgang til den fysiske infrastruktur inden for en frist på 60 dage fra tidspunktet for fremsendelse af anmodning om sådan adgang, under særlig hensyntagen til behovet for at sikre ikke-diskriminerende og forholdsmæssige betingelser for adgang.

2. Når formanden for kontoret for elektronisk kommunikation træffer afgørelse om adgang til en telekommunikationsvirksomheds fysiske infrastruktur, skal denne sikre, at betaling for denne adgang dækker de udgifter, som denne virksomhed har afholdt, navnlig henset til de formål, der er omtalt i artikel 8 i direktiv 2002/21 og den indvirkning adgang til den fysiske infrastruktur har på nævnte telekommunikationsvirksomheds forretningsplan, i særdeleshed på dens investeringer i højhastighedsnet til telekommunikation.

3. Betaling for adgang til den fysiske infrastruktur tilhørende en enhed, der udfører opgaver i almenhedens interesse, skal fastsættes til et beløb, der muliggør godtgørelse af en del af de udgifter, som denne enhed har afholdt til vedligeholdelsen af denne infrastruktur.«

III. Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

15. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (formanden for kontoret for elektronisk kommunikation, Polen, herefter »formanden«) anmodede den 10. maj 2017 i henhold til artikel 17 i lov om støtte til udvikling TOYA sp. z o.o. [(herefter »TOYA«)], der er en telekommunikationsvirksomhed og netoperatør, om at fremsende oplysninger om betingelserne for adgang til nævnte virksomheds fysiske infrastruktur. Den 6. december 2017 indledte formanden en administrativ procedure med henblik på at bedømme betingelserne for adgang til TOYA's fysiske infrastruktur. Formanden gennemførte i forbindelse med denne procedure to særskilte konsultationer, henholdsvis mellem den 8. marts og 7. april 2018 samt mellem den 3. juli og 2. august 2018. Den 11. september 2018 traf formanden en afgørelse i henhold til den nationale lovgivning, som gennemfører direktiv 2014/61, der krævede, at TOYA skulle være parat til at indgå kontrakter samt acceptere anmodninger om adgang til fysisk infrastruktur (herefter »den anfægtede afgørelse«). Formanden traf den samme dag seks lignende afgørelser vedrørende seks andre telekommunikationsoperatører.

16. I den anfægtede afgørelse anføres, at dens retsgrundlag bl.a. er artikel 18, stk. 3, i lov om støtte til udvikling, sammenholdt med denne lovs artikel 17. I afgørelsen specificeres betingelserne for adgang til TOYA's fysiske infrastruktur med hensyn til kabelkanaler (bilag 1) og med hensyn til telekommunikationskanaler ind i bygninger (bilag 2). Den forpligter TOYA til at sikre, at virksomheden er parat til at indgå rammeaftaler og specifikke kontrakter samt acceptere forespørgsler om adgang til fysisk infrastruktur i overensstemmelse med de ovenfor nævnte betingelser angående adgang.

17. I den anfægtede afgørelse anføres, at anvendelsen af artikel 17, stk. 1, i lov om støtte til udvikling som retsgrundlag er begrundet med henblik på at sikre, at telekommunikationsvirksomheder har adgang til fysisk infrastruktur, herunder deling af denne infrastruktur, med henblik på at implementere et højhastighedsnet til telekommunikation. I den anfægtede afgørelse angives under overskriften lovgivningsformål, at formanden tog en række strategiske dokumenter i betragtning, herunder den digitale dagsorden, der omtales i punkt 34 i dette forslag til afgørelse, samt formålene med direktiv 2014/61, i særdeleshed dem, der er

beskrevet i fjerde til niende betragtning til dette direktiv. I den anfægtede afgørelse anføres endvidere, at den vil bidrage til harmoniseringen af frister, procedurer samt markedsprisen forbundet med tilrådighedsstillelse af disse kabelkanaler.

18. I den anfægtede afgørelse henvises til en indsigelse fra PIKE [10] angående en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet med hensyn til enheder, der har en lille markedsandel, i forhold til hvilken der ikke var blevet identificeret problemer med markedet. I den anfægtede afgørelse præciseres som et svar herpå, at sagen for formanden angik løsning af tvister angående adgang til kabelkanaler. Vedrørende betingelserne for, at formanden kan træffe afgørelser, der fastsætter betingelserne for adgang til fysisk infrastruktur, henviser lov om støtte til udvikling hverken til den ejede infrastrukturs størrelse eller antallet af tvister.

19. I den anfægtede afgørelse henvises endvidere til betingelserne i artikel 22, stk. 1 og 2, i lov om støtte til udvikling, hvorefter formanden skal træffe en afgørelse om adgang til fysisk infrastruktur, hvorved der tages hensyn til behovet for at sikre, at betingelserne for adgang er ikke-diskriminerende og forholdsmæssige, samt fastsætte gebyrer på et niveau, der muliggør, at telekommunikationsvirksomheder kan dække omkostningerne forbundet med at give adgang. Der skal i denne proces tages hensyn til formålene med rammedirektivets artikel 8.

20. TOYA har anlagt sag til prøvelse af den anfægtede afgørelse ved Sąd Okręgowy w Warszawie (den regionale domstol, Warszawa). Efter TOYA's opfattelse kan en national tilsynsmyndighed i henhold til artikel 3, stk. 2 og 5, samt artikel 1, stk. 4, i direktiv 2014/61, såvel som 12. betragtning til dette direktiv, sammenholdt med adgangsdirektivets artikel 8, stk. 2 og 3, og rammedirektivets artikel 8, stk. 5, litra f), alene forpligte telekommunikationsoperatører med en stærk markedsposition til at offentliggøre et standardtilbud som omhandlet i adgangsdirektivets artikel 9. Den anfægtede afgørelse er i strid med EU-retten, eftersom der ikke blev foretaget en markedsanalyse med henblik på at fastlægge, om TOYA har en stærk markedsposition, og der er ingen tvist angående adgang til fysisk infrastruktur som omhandlet i artikel 3, stk. 5, i direktiv 2014/61.

21. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt bestemmelserne i national lovgivning, som den anfægtede afgørelse er baseret på, er i overensstemmelse med EU-retten, og i særdeleshed om fortolkningen af direktiv 2014/61 i lyset af adgangsdirektivet. Endvidere, eftersom dette direktiv samt rammedirektivet blev ophævet og erstattet af direktiv (EU) 2018/1972 om oprettelse af en europæisk kodeks for elektronisk kommunikation (omarbejdning) [11], ønsker den forelæggende ret oplyst, hvilke EU-direktiver der finder anvendelse. Den har derfor udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal [adgangsdirektivets] artikel 8, stk. 3, sammenholdt med artikel 3, stk. 5 og artikel 1, stk. 3 og 4, i [direktiv 2014/61] fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for, at en national tilsynsmyndighed pålægger en operatør af fysisk infrastruktur, som også er udbyder af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller -net, der ikke er udpeget som operatør med en [stærk markedsposition], forpligtelsen til at anvende forhåndsbetingelser, der er fastlagt ex ante af denne myndighed for adgang til den fysiske

[10] – Polska Izba Komunikacji Elektronicznej w Warszawie (PIKE) (det polske kammer for elektronisk kommunikation (PIKE), Warszawa, Polen) indgav indlæg i forbindelse med sagen for formanden og støtter TOYA i sagen ved den forelæggende ret. Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (PIIT) (det polske kammer for informationsteknologier og telekommunikation (PIIT), Polen) har også anlagt sag til prøvelse af den anfægtede afgørelse. Den forelæggende ret forenede de to søgsmål, men de grunde, som PIIT har gjort gældende, er ikke relevante i forhold til nærværende forelæggelse.

[11] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 11.12.2018 (EUT 2018, L 321, s. 36).

infrastruktur hos denne operatør, samt regler og procedurer for indgåelse af kontrakter og gældende adgangsgebyr, uanset om der foreligger en tvist om adgang til operatørens fysiske infrastruktur og eksistensen af effektiv konkurrence på markedet?

Alternativ II:

2) Skal artikel 67, stk. 1 og 3, sammenholdt med artikel 68, stk. 2 og 3, i [direktiv 2018/1972], sammenholdt med artikel 3, stk. 5, og artikel 1, stk. 3 og 4, i [direktiv 2014/61], fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for, at en national tilsynsmyndighed pålægger en operatør af fysisk infrastruktur, som også er udbyder af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller -net, der ikke er udpeget som en operatør med en [stærk markedsposition], forpligtelsen til at anvende forhåndsbetingelser, der er fastlagt ex ante af denne myndighed, for adgang til den fysiske infrastruktur hos denne operatør, samt regler og procedurer for indgåelse af kontrakter og gældende adgangsgebyr, uanset om der foreligger en tvist om adgang til operatørens fysiske infrastruktur og eksistensen af effektiv konkurrence på markedet?«

22. TOYA, formanden for kontoret for elektronisk kommunikation, den græske og den polske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

IV. Retlig vurdering

A. Rækkevidden af forelæggelsen

23. Jeg har tre indledende betragtninger til rækkevidden af forelæggelsen, hvoraf den første vedrører den forelæggende rets tvivl med hensyn til, hvilke af direktiverne i EU-retten der finder tidsmæssig anvendelse.

24. Den anfægtede afgørelse blev truffet den 11. september 2018. Som den forelæggende ret og TOYA har fremhævet, havde afgørelsen stadig virkninger, efter at artikel 125 i direktiv 2018/1972 ophævede både rammedirektivet og adgangsdirektivet den 21. december 2020.

25. Rammedirektivet og adgangsdirektivet var gældende på det tidspunkt, hvor den anfægtede afgørelse blev truffet. De er derfor relevante med henblik på bedømmelsen af, om der er overensstemmelse mellem EU-retten og de bestemmelser i den nationale lovgivning, som denne afgørelse var baseret på. Direktiv 2018/1972 er stadig gældende på tidspunktet for dette forslag til afgørelse, og der er ingen tvivl om dets anvendelse.

26. Det følger heraf, at Domstolen bør besvare det første, og ikke det andet, spørgsmål stillet af den forelæggende ret.

27. Dernæst henvises til, at de indlæg, som TOYA, formanden og den polske regering har indgivet, indeholder detaljerede vurderinger af den anfægtede afgørelse og dens retsgrundlag [12]. Som TOYA selv har anerkendt, gælder, at inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 267 TEUF, som er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, er det alene den nationale ret, der har kompetence til at fastslå og vurdere de faktiske omstændigheder i den sag, der er forelagt den, samt til at fortolke og anvende den nationale ret [13]. Det er ikke Domstolens opgave at tage stilling til en national afgørelses art eller kendetegn eller det retsgrundlag, som den er baseret på i national ret.

28. Desuden fremgår det af Kommissionens indlæg, at en national tilsynsmyndigheds beføjelse til at indføre ex ante-betingelser på baggrund af direktiv 2014/61 er betinget af, at visse principper respekteres og overholdelse af visse proceduremæssige krav, der følger fra dette direktiv, rammedirektivet, adgangsdirektivet og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Det fremgår ikke af forelæggelsesafgørelsen, at den forelæggende ret har anmodet Domstolen om at kommentere på dette spørgsmål. Desuden har ingen af parterne forholdt sig til dette spørgsmål i deres indlæg. Følgelig er der ingen grund til, at Domstolen opholder sig ved disse overvejelser.

B. Det første spørgsmål

29. Som angivet i indledningen indeholder det første spørgsmål to elementer. For det første, er direktiv 2014/61, når sammenholdt med adgangsdirektivet, til hinder for, at en national tilsynsmyndighed indfører adgangsbetingelser for en udbyder af elektroniske kommunikationsnet, der ikke har en stærk markedsposition? For det andet, er direktiv 2014/61 til hinder for, at en national tilsynsmyndighed indfører sådanne betingelser, når der ikke eksisterer en tvist om adgang til den fysiske infrastruktur?

30. TOYA mener, at begge elementer bør besvares positivt [14]. Formanden, den græske og polske regering samt Kommissionen er uenige, men af forskellige grunde. Den græske regering og Kommissionen har baseret sig på en ordlyds- og kontekstuel fortolkning af de relevante direktiver. Formanden og den polske regering har i deres indlæg fokuseret på karakteren af den anfægtede afgørelse samt på det retsgrundlag, den er baseret på. Formanden og den polske regering søger støtte i bestemmelsen om minimumsharmonisering i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2014/61 med henblik på at begrunde lovligheden af de forpligtelser, som TOYA er blevet pålagt i henhold til national ret [15].

[12] – TOYA er af den opfattelse, at den omtvistede afgørelse har alle kendetegn for en afgørelse, der er rettet mod en operatør med en stærk markedsposition, men at den ikke har de kendetegn, som en afgørelse angående bilæggelse af en tvist om adgang i henhold til artikel 3 i direktiv 2014/61 har. Den polske regering og formanden er uenige. De har fremhævet det forhold, at adgangsdirektivet og rammedirektivet, på den ene side, og direktiv 2014/61, på den anden side, er blevet gennemført i polsk ret gennem to forskellige love, nemlig Ustawa r. prawo telekomunikacyjne (telekommunikationsloven af 16.7.2004) og lov om støtte til udvikling. Der er i polsk ret væsentlige forskelle mellem standardtilbud, der offentliggøres af operatører med en stærk markedsposition i henhold til artikel 42 i telekommunikationsloven af 16.7.2004 og afgørelser angående adgang til den fysiske infrastruktur som omhandlet i artikel 17 og 18 i lov om støtte til udvikling. De er af den opfattelse, at den anfægtede afgørelse blev truffet i henhold til de beføjelser, som formanden er blevet tillagt i medfør af artikel 17 og 18 i lov om støtte til udvikling, der gennemfører direktiv 2014/61.

[13] – Dom af 9.7.2020, Raiffeisen Bank og BRD Groupe Société Générale (C-698/18 og C-699/18, EU:C:2020:537, præmis 46).

[14] – Jf. punkt 20 i nærværende forslag til afgørelse.

[15] – Jf. punkt 23 i nærværende forslag til afgørelse.

31. Ifølge Domstolens faste praksis skal der ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse tages hensyn til den relevante bestemmelses ordlyd sammen med den sammenhæng, hvori den indgår, og til de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af[16]. I dette tilfælde vil jeg først undersøge de tre direktivers mål og den sammenhæng, hvori de indgår, før ordlyden af direktiv 2014/61 undersøges.

1. De relevante direktivers mål og den sammenhæng, hvori de indgår

32. I 2002 blev et stort antal direktiver og ændringsdirektiver kodificeret med henblik på at styrke udviklingen af konkurrenceprægede markeder i området for telekommunikation. Rammedirektivet fastsatte, at de nationale tilsynsmyndigheder skulle definere de relevante markeder i henhold til konkurrenceretlige principper samt identificere operatører med en stærk markedsposition, der kan pålægges visse forpligtelser med henblik på at styrke udviklingen af sådanne konkurrenceprægede markeder. Fire særdirektiver blev vedtaget, herunder adgangsdirektivet, der regulerer adgang til og samtrafik mellem telekommunikationsnet. Lovgivning, der blev vedtaget i 2009, fremhævede behovet for at tilskynde til investering, udvikling samt næste generations net, men uden at ændre de lovgivningsmæssige mål og principper, der følger af pakken af direktiver vedtaget i 2002[17].

33. Et af de væsentligste mål med lovgivningspakkerne fra 2002 og 2009 var et ønske om at styrke konkurrencen ved at gøre det nemmere for nationale tilsynsmyndigheder at pålægge operatører med en stærk markedsposition forpligtelser. Rammedirektivet og adgangsdirektivet tilsigtede dog også, at nationale tilsynsmyndigheder skulle kunne pålægge operatører, der ikke har en stærk markedsposition, forpligtelser. 23. betragtning til rammedirektivet henviser til, at delt brug af faciliteter kan være en fordel af byplanmæssige, sundhedsmæssige eller miljømæssige hensyn, på grundlag af frivillige aftaler, hvis det er muligt. Rammedirektivets artikel 12, som ændret ved direktiv 2009/140/EF[18], har som overskrift »Samhusning og delt brug af netelementer og tilhørende faciliteter for udbydere af elektroniske kommunikationsnet«. Det tillod, under visse omstændigheder og underkastet betingelser, de nationale tilsynsmyndigheder at pålægge en forpligtelse til, at faciliteter deles, eller træffe foranstaltninger til at lette koordineringen af offentlige arbejder, på objektiv, transparent og ikke-diskriminerende vis. Anvendelsen af rammedirektivets artikel 12 krævede ikke, at en national tilsynsmyndighed forinden havde konstateret, at en telekommunikationsoperatør havde en stærk markedsposition[19]. Adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, tillod de nationale tilsynsmyndigheder, underkastet visse betingelser, at tilskynde til og sørge for den fornødne adgang og samtrafik, med forbehold af de foranstaltninger, der kan træffes vedrørende virksomheder med stærk markedsposition[20].

16 – Dom af 17.9.2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

17 – Jf. f.eks. A. Savin, »EU Telecommunications Law«, *Elgar European Law Series*, 2018, kapitel 1 og 2.

18 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 25.11.2009 (EUT 2009, L 337, s. 37).

19 – I henhold til adgangsdirektivets artikel 8, stk. 3, er kravet om alene at pålægge telekommunikationsoperatører, der er blevet udpeget som operatører med en stærk markedsposition, de forpligtelser, der er nævnt i artikel 9-13, med forbehold af rammedirektivets artikel 12.

20 – Adgangsdirektivets artikel 8, stk. 3, der bestemmer, at kravet om at pålægge de forpligtelser, der er nævnt i direktivets artikel 9-13, alene gælder for telekommunikationsoperatører, der er blevet udpeget som operatører med en stærk markedsposition, også er med forbehold af direktivets artikel 5, stk. 1. Jf. dom af 12.11.2009, TeliaSonera Finland (C-192/08, EU:C:2009:696), og af 17.9.2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610).

34. I maj 2010 udgav Kommissionen en digital dagsorden for Europa (herefter »den digitale dagsorden«) med henblik på at opnå bæredygtige økonomiske og sociale fordele af et digitalt indre marked baseret på hurtigt og ultrahurtigt internet [21]. Den påpegede, at uden en indsats var der en risiko for et utilfredsstillende resultat, hvor hurtige bredbåndsnet er koncentreret i nogle få tætbefolkede områder, og hvor der er store omkostninger forbundet med at komme ind på markedet samt høje priser for forbrugerne. Dette førte til vedtagelsen af to initiativer, der er relevante i forhold til nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse.

35. Indledningsvis udgav Kommissionen i september 2010 henstilling 2010/572/EU [22] om reguleret adgang til næste generation af accesnet. Denne henstilling er primært afgrænset til forpligtelser, der pålægges operatører med en stærk markedsposition, på grundlag af en markedsanalyseprocedure i henhold til rammedirektivets artikel 16. Hvis det var berettiget ud fra den betragtning, at dobbeltforsyning med infrastruktur er økonomisk ineffektiv eller fysisk umulig, kunne medlemsstaterne imidlertid også pålægge virksomheder, der udbyder elektroniske kommunikationsnet, i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 12 en pligt til delt brug af faciliteter, fordi det vil være en egnet løsning til at undgå flaskehalse i anlægsinfrastrukturen og de terminerende segmenter.

36. Den digitale dagsorden foreslog separat, at de kompetente myndigheder bør sikre, at der i forbindelse med offentlige og private anlægsarbejder systematisk anlægges bredbåndsnet og kabler i bygninger, at rettigheder til at installere faciliteter cleares, og at der foretages en kortlægning af passiv infrastruktur, der er egnet til kabelføring [23]. Dette initiativ ledte i sidste ende til vedtagelsen af direktiv 2014/61, der har til formål at lette og skabe incitamenter for etableringen af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation ved at fremme den fælles udnyttelse af eksisterende fysisk infrastruktur og muliggøre en mere effektiv etablering af ny fysisk infrastruktur, således at det bliver billigere at etablere sådanne net [24].

2. Ordlyden af direktiv 2014/61

37. Ordlyden af direktiv 2014/61 gør det klart, at dets anvendelsesområde ikke er begrænset til situationer, hvor operatører er udpeget som operatører med en stærk markedsposition, eller hvor der ikke er tilstrækkelig konkurrence på markederne. Artikel 3 og 4 i direktiv 2014/61 omhandler adgang til og gennemsigtighed angående eksisterende fysisk infrastruktur. Energi, vand, transport og andre netforsyningsvirksomheder, såvel som udbydere af offentlige kommunikationsnet, har ret til at tilbyde adgang til fysisk infrastruktur. Der er en forpligtelse, som gælder generelt for alle netoperatører og ikke blot for dem, der er blevet udpeget som operatører med en stærk markedsposition, til at imødekomme enhver rimelig anmodning om adgang til deres fysiske infrastruktur på retfærdige og rimelige vilkår og betingelser, herunder pris, med henblik på etablering af elementer af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation [25]. Hvis der nægtes adgang, eller hvis der ikke er indgået en aftale om specifikke vilkår og betingelser, skal medlemsstaterne sikre, at hver part har ret til at henvise spørgsmålet til det kompetente nationale

[21] – Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget, En digital dagsorden for Europa, 19.5.2010 (KOM(2010) 245 endelig).

[22] – EUT 2010, L 251, s. 35.

[23] – Jf. den digitale dagsorden, afsnit 2.4.1; Nøgleaktion 9 i Akten for det indre marked II, »Sammen om fornyet vækst«, udgivet af Kommissionen i oktober 2012; og første til tiende betragtning til direktiv 2014/61.

[24] – Artikel 1, stk. 1, i direktiv 2014/61.

[25] – Artikel 3, stk. 2, i direktiv 2014/61.

tvistbilæggelsesorgan [26]. Dette organ skal herefter træffe en bindende afgørelse for at bilægge en tvist, herunder fastsætte retfærdige og rimelige vilkår og betingelser for sådan adgang, herunder priser, når det er relevant [27].

38. Det fremgår af 12. betragtning til direktiv 2014/61, at når mere specifikke lovgivningsforanstaltninger finder anvendelse (lex specialis), bør disse have forrang frem for de minimumsrettigheder og -forpligtelser, der fastsættes i henhold til dette direktiv (lex generalis). Det er således præciseret, at direktiv 2014/61 derfor ikke bør berøre Unionens regelsæt fastsat i rammedirektivet og adgangsdirektivet. Det fremgår af 17. betragtning til direktiv 2014/61, at forpligtelser angående adgang til fysisk infrastruktur, som er pålagt virksomheder med en stærk markedsposition, allerede er omfattet af specifikke forpligtelser, som ikke bør berøres af direktiv 2014/61. I 31. betragtning til direktivet henvises til muligheden for, at medlemsstaterne på grundlag af rammedirektivets artikel 12 allerede har truffet foranstaltninger angående samhusning og delt brug af netfaciliteter og dertil hørende faciliteter [28].

39. Det følger af det ovenstående, at formålet med direktiv 2014/61 er at sikre tilgængeligheden af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation, der betragtes som fremtidens digitale infrastruktur. Direktiv 2014/61 har en tværsektoriel anvendelse og anvender reguleringsmekanismer så som gennemsigtighed, administrativt tilsyn og tvistbilæggelse i forbindelse med andre formål end fremme af konkurrence som sådan. Direktivet fastsætter en bredere ret til at anmode om og opnå adgang til den fysiske infrastruktur sammenlignet med den ret, som i henhold til rammedirektivet og adgangsdirektivet gælder for operatører, der blevet udpeget som operatører med en stærk markedsposition. Eftersom rammedirektivet og adgangsdirektivet også omhandler den mulighed, at operatører, der ikke er udpeget som operatører med en stærk markedsposition, kan pålægges forpligtelser, er der ingen konflikt eller uoverensstemmelse mellem disse direktiver og direktiv 2014/61.

40. Adgangsdirektivet er derfor ikke til hinder for, at en national tilsynsmyndighed indfører betingelser angående adgang til fysisk infrastruktur for operatører, der ikke er udpeget som operatører med en stærk markedsposition. De nationale tilsynsmyndigheder kan med andre ord indføre betingelser i henhold til direktiv 2014/61, uanset om det kan konstateres, at der ikke er reel konkurrence på det relevante marked.

41. I bedømmelsen af det andet element af det første spørgsmål, nemlig om direktiv 2014/61 er til hinder for, at en national tilsynsmyndighed indfører betingelser, når der ikke foreligger en tvist om adgang til den fysiske infrastruktur, er det relevant, at direktivet i henhold til dets artikel 1, stk. 2, fastsætter minimumskrav. Artikel 1, stk. 3, i direktiv 2014/61 fastsætter, at medlemsstaterne i overensstemmelse med EU-retten kan opretholde eller indføre foranstaltninger, der går videre end de minimumskrav, som er fastsat i direktivet, med henblik på bedre at nå målet om, at lette og skabe incitamenter for etableringen af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation ved at fremme den fælles udnyttelse af eksisterende fysisk infrastruktur og muliggøre en mere effektiv etablering af ny fysisk infrastruktur, således at det bliver billigere at etablere sådanne net [29].

[26] – Artikel 3, stk. 4, i direktiv 2014/61.

[27] – Artikel 3, stk. 5, i direktiv 2014/61.

[28] – Jf. punkt 33 i nærværende forslag til afgørelse. En gennemgang af ordlyden i direktiv 2014/61 i en række andre sprogversioner, herunder den spanske, den franske, den italienske, den nederlandske, den polske og den portugisiske, leder til den samme konklusion.

[29] – Jf., i samme retning, 11. betragtning til direktiv 2014/61.

42. Mens direktiv 2014/61 således fastsætter, at dets formål opnås ved at bilægge tvister angående vilkår og betingelser for adgang, herunder pris, på baggrund af en ex post-tilgang, altså efter at disse tvister er opstået, er nationale tiltag, der vedtages med henblik på bedre at opnå disse formål, men rækker ud over tiltag, der er tiltænkt med direktiv 2014/61, tilladt [30].

43. Kommissionen er af den opfattelse, at den ex ante-tilgang, der er tiltænkt med den nationale lovgivning, har til hensigt at fjerne væsentlige hindringer for adgang til fysisk infrastruktur. Kommissionen og den polske regering har fremhævet, at ex ante- og ex post-tilgangene begge fremmer formålene med direktiv 2014/61. Det er i denne henseende interessant at henvise til, at i henhold til den sammenfattende rapport om den offentlige høring angående evaluering og gennemgang af direktiv 2014/61 var flertallet af respondenter af den opfattelse, at vanskeligheder angående aftaler med ejere af fysisk infrastruktur om vilkår og betingelser for adgang, samt en langsom eller ineffektiv proces for tvistbilæggelse (ex post-tilgangen), leder til en dyrere og/eller mere tidskrævende etablering af net. Det er derfor ikke urimeligt at hævde, at ex ante-tilgangen, som tilsyneladende er valgt i den polske lovgivning, kan have visse fordele i forhold til at fremme opnåelsen af de tiltænkte formål sammenlignet med ex post-tilgangen, der er beskrevet i direktiv 2014/61.

44. Det er min opfattelse, at såfremt de nationale domstole konstaterer, at ex ante-tilgangen, der er fastsat i den nationale lovgivning, har de samme formål som ex post-tilgangen, der er indeholdt i direktiv 2014/61, er denne nationale lovgivning principielt i overensstemmelse med dette direktiv.

V. Forslag til afgørelse

45. Jeg foreslår på baggrund af det ovenstående, at Domstolen besvarer de af Sąd Okręgowy w Warszawie (den regionale domstol, Warszawa, Polen) forelagte spørgsmål som følger:

»Artikel 8, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet), sammenholdt med artikel 3, stk. 5, og artikel 1, stk. 3 og 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/61/EU af 15. maj 2014 om foranstaltninger for at reducere omkostningerne ved etablering af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation, er ikke til hinder for, at en national tilsynsmyndighed pålægger en operatør af fysisk infrastruktur, som også er udbyder af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller -net, der ikke er udpeget som operatør med en stærk markedsposition, forpligtelsen til at anvende forhåndsbetingelser, der er fastlagt ex ante af denne myndighed for adgang til den fysiske infrastruktur hos denne operatør, samt regler og procedurer for indgåelse af kontrakter og gældende adgangsgebyr, uanset om der foreligger en tvist om adgang til operatørens fysiske infrastruktur og eksistensen af effektiv konkurrence på markedet.«

[30] – Artikel 3, stk. 2-5, i direktiv 2014/61.