Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ANTHONY COLLINS
föredraget den 9 juni 2022 [1]

Mål C-243/21

”TOYA” sp. z o.o.,
Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji
mot
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej,
ytterligare deltagare i rättegången:
Polska Izba Komunikacji Elektronicznej

(begäran om förhandsavgörande från Sąd Okręgowy w Warszawie (Regionala domstolen i Warszawa, Polen))

”Begäran om förhandsavgörande – Telekommunikation – Direktiv 2014/61/EU – Artikel 3 – Den nationella regleringsmyndighetens befogenhet att ålägga en operatör som inte har ett betydande marknadsinflytande villkor avseende tillträde till fysisk infrastruktur – En tvist om tillträde föreligger inte – Artikel 1.3 – Minimiharmonisering”

I. Inledning

1. I begäran om förhandsavgörande från Sąd Okręgowy w Warszawie (Regionala domstolen i Warszawa, Polen) ställs två frågor rörande tolkningen av direktiv 2014/61/EU om åtgärder för att minska kostnaderna för utbyggnad av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation. [2] För det första, utgör direktiv 2014/61, när det läses mot bakgrund av direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv), [3] och direktiv 2002/19/EG om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (tillträdesdirektiv), [4] hinder för att en nationell regleringsmyndighet ålägger villkor för en tillhandahållare av elektroniska kommunikationsnät som inte har ett betydande marknadsinflytande på den relevanta marknaden? För det andra, utgör direktiv 2014/61 hinder för att en nationell regleringsmyndighet ålägger teleoperatörer villkor i syfte att möjliggöra tillträde till deras fysiska infrastruktur, när det inte föreligger någon tvist om sådant tillträde?

1 Originalspråk: engelska.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/61/EU av den 15 maj 2014 om åtgärder för att minska kostnaderna för utbyggnad av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation (EUT L 155, 2014, s. 1).

3 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, 2002, s. 33), i dess ändrade lydelse.

4 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (tillträdesdirektiv) (EGT L 108, 2002, s. 7), i dess ändrade lydelse.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Ramdirektivet

2. I ingressen till ramdirektivet anges bland annat följande mål:

”(25) Det finns ett behov av förhandsskyldigheter under vissa omständigheter i syfte att säkerställa framväxten av en konkurrenskraftig marknad. Definitionen av betydande inflytande på marknaden i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/33/EG 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 […] har visat sig fungera väl under de inledande skedena av den process då marknaden öppnas som tröskelnivå för förhandsskyldigheter, men definitionen behöver nu anpassas för att passa mer komplexa och dynamiska marknader. Av detta skäl är definitionen i detta direktiv likvärdig med begreppet dominerande ställning som det definieras i rättspraxis från Europeiska gemenskapernas domstol och [tribunal].

…

(27) Det är väsentligt att reglerade förhandsskyldigheter endast införs där konkurrensen inte är effektiv, dvs. 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.

…”

3. Kapitel III i ramdirektivet har rubriken ”De nationella regleringsmyndigheternas uppgifter”. I artikel 8 i detta kapitel anges allmänna mål och regleringsprinciper. I artikel 8.5 f föreskrivs att nationella regleringsmyndigheter ska införa skyldigheter beträffande förhandsreglering endast då det inte finns någon effektiv och hållbar konkurrens. Så snart detta villkor har uppfyllts ska de lindra eller häva skyldigheterna.

4. Kapitel IV i ramdirektivet har rubriken ”Allmänna bestämmelser”. I artikel 14 anges vad som avses med betydande inflytande på marknaden. I artikel 16 beskrivs det förfarande för marknadsanalys som en nationell regleringsmyndighet ska genomföra i syfte att avgöra huruvida det råder effektiv konkurrens på en relevant marknad: om det inte råder effektiv konkurrens på en relevant marknad, ska den nationella regleringsmyndigheten identifiera företag som har ett betydande marknadsinflytande på den marknaden.

2. Tillträdesdirektivet

5. I artikel 8.2 i tillträdesdirektivet föreskrivs följande:

”Om en operatör efter en marknadsanalys som utförts i enlighet med artikel 16 i [ramdirektivet] anges ha ett betydande inflytande på en viss marknad, skall de nationella

regleringsmyndigheterna införa de skyldigheter som anges i artiklarna 9–13 i det här direktivet, om detta är lämpligt.”

6. Skyldigheterna i artiklarna 9–13 i tillträdesdirektivet avser i) insyn, inbegripet kravet att en operatör ska offentliggöra ett referenserbjudande,[5] ii) icke-diskriminering, iii) särredovisning, iv) tillträde till och användning av specifika nätfaciliteter samt v) priskontroll och kostnadsredovisning.

7. I artikel 8.3 i tillträdesdirektivet föreskrivs att utan att det påverkar artiklarna 5.1 och 6 däri och artiklarna 12 och 13 i ramdirektivet får de nationella regleringsmyndigheterna inte införa de skyldigheter som anges i artiklarna 9–13 i tillträdesdirektivet för operatörer som inte anges ha ett betydande marknadsinflytande på en specifik marknad.

3. Direktiv 2014/61

8. I ingressen förklaras direktivets mål på följande sätt:

”(6) Med beaktande av behovet av åtgärder på unionsnivå för att tillhandahålla bättre bredbandstäckning, bland annat genom att sänka kostnaden för bredbandsinfrastruktur med höghastighetsanslutning vilket uttrycks i Europeiska rådets slutsatser av den 13–14 december 2012, betonas det i kommissionens meddelande med titeln *Inremarknadsakt II* att det krävs ytterligare ansträngningar för att snabbt uppnå målen i den digitala agendan genom att bland annat anta den investeringsutmaning som höghastighetsnätet utgör.

(7) Utbyggnaden av höghastighetsnät för fast och trådlös elektronisk kommunikation i hela unionen förutsätter stora investeringar, varav en stor andel utgörs av kostnaderna för bygg- och anläggningsarbeten. En begränsning av vissa av de mest kostnadsintensiva bygg- och anläggningsarbetena skulle göra bredbandsutbyggnaden effektivare.

(8) En stor del av dessa kostnader kan hänföras till ineffektiv användning av befintlig passiv infrastruktur (som ledningar, rör, manhål, kopplingsskåp, stolpar, master, antenninstallationer, torn och andra stödkonstruktioner) i samband med utbyggnadsprocessen, flaskhalsar i samband med samordningen av bygg- och anläggningsprojekt, betungande tillståndsförfaranden och flaskhalsar i samband med utbyggnaden av nät i byggnader, som orsakar stora finansiella hinder, särskilt i landsbygdsområden.

(9) De åtgärder som syftar till att effektivisera användningen av befintlig infrastruktur och minska kostnaderna och hindren vid genomförandet av nya bygg- och anläggningsprojekt bör i hög grad bidra till att säkerställa en snabb och omfattande utbyggnad av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation och samtidigt bibehålla en effektiv konkurrens, utan att försämra den befintliga allmänna infrastrukturens säkerhet, skydd och smidiga funktion.

(10) Några medlemsstater har antagit åtgärder för att sänka kostnaderna för bredbandsutbyggnad. Dessa åtgärder är dock fortfarande ovanliga och fragmenterade. En ökad användning av dessa åtgärder i unionen kan i hög grad bidra till skapandet av en digital inre marknad. Skillnader i lagstiftning står ibland i vägen för samarbete mellan

[5] Artikel 9.2 och 9.4 i tillträdesdirektivet.

allmännyttiga företag och kan skapa hinder för nya aktörers tillträde till marknaden och för nya affärsmöjligheter, vilket hämmar utvecklingen av en inre marknad för användning och utbyggnad av fysiska infrastrukturer för höghastighetsnät för elektronisk kommunikation. Slutligen verkar initiativen i medlemsstaterna inte alltid vara baserade på en helhetssyn, trots att det är nödvändigt att vidta åtgärder i alla delar av utbyggnadsprocessen och alla sektorer för att uppnå en sammanhållen och betydande verkan.

(11) Detta direktiv syftar till att fastställa en uppsättning minimirättigheter och minimiskyldigheter som är tillämpliga i hela unionen för att främja utbyggnaden av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation och samordning mellan sektorer. Detta skulle säkerställa lika minimivillkor för alla, men inte påverka befintlig bästa praxis, mer detaljerade bestämmelser och villkor på nationell och lokal nivå eller andra åtgärder som kompletterar dessa rättigheter och skyldigheter, i enlighet med subsidiaritetsprincipen.

…

(13) Det kan vara betydligt mer effektivt för operatörer av elektroniska kommunikationsnät, i synnerhet nya aktörer, att återanvända befintlig fysisk infrastruktur, även sådan som hör till andra allmännyttiga tjänster, för att bygga ut elektroniska kommunikationsnät, i synnerhet i områden där inga lämpliga elektroniska kommunikationsnät finns tillgängliga eller där det kanske inte är ekonomiskt genomförbart att bygga upp ny fysisk infrastruktur. Synergieffekter mellan olika sektorer kan också avsevärt minska behovet av bygg- och anläggningsarbeten för utbyggnad av elektroniska kommunikationsnät och därmed också de sociala och miljömässiga kostnaderna som dessa medför, till exempel föroreningar, störningar och trafikbelastningar. Därför bör detta direktiv inte endast tillämpas på operatörer av allmänna kommunikationsnät, utan på alla ägare eller innehavare av nyttjanderätter, i det senare fallet utan att det påverkar någon tredje parts äganderätt, avseende stor, samhällsomfattande fysisk infrastruktur som lämpar sig för element av elektroniska kommunikationsnät, t.ex. nät för el, gas, vatten och avlopp samt dräneringssystem, uppvärmning och transporter.

(14) I syfte att förbättra utbyggnaden av elektroniska höghastighetskommunikationsnät på den inre marknaden bör det i detta direktiv fastställas tillträdesrättigheter för tillhandahållare av allmänna kommunikationsnät avseende fysisk infrastruktur, oavsett dess lokalisering, på rättvisa och rimliga villkor som är förenliga med ett normalt utövande av äganderätt. Skyldigheten att bevilja tillträde till fysisk infrastruktur bör inte påverka rättigheterna för ägaren till den mark eller byggnad där infrastrukturen finns.”

9. I artikel 1 i direktiv 2014/61, med rubriken ”Syfte och tillämpningsområde”, anges följande:

”1. Detta direktiv syftar till att underlätta och skapa incitament för utbyggnaden av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation genom att främja en gemensam användning av befintlig fysisk infrastruktur och genom att möjliggöra en effektivare utbyggnad av ny fysisk infrastruktur så att sådana nät kan byggas till lägre kostnad.

2. I detta direktiv fastställs minimikrav för bygg- och anläggningsprojekt och fysisk infrastruktur i syfte att åstadkomma en tillnärmning av vissa aspekter av medlemsstaternas lagar och andra författningar på dessa områden.

3. Medlemsstaterna får behålla eller införa bestämmelser i enlighet med unionsrätten som sträcker sig utöver de minimikrav som fastställs i detta direktiv i syfte att bättre uppnå de mål som avses i punkt 1.

4. Om någon bestämmelse i detta direktiv strider mot en bestämmelse i [ramdirektivet], [tillträdesdirektivet], direktiv 2002/20/EG[6], direktiv 2002/22/EG[7] eller direktiv 2002/77/EG[8] ska den relevanta bestämmelsen i de direktiven ha företräde.”

10. I artikel 3 i direktiv 2014/61 föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna ska säkerställa att varje nätoperatör har rätt att erbjuda företag som tillhandahåller eller har tillstånd att tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät tillträde till sin fysiska infrastruktur i syfte att bygga ut element av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation. Medlemsstaterna får i gengäld föreskriva att operatörer av allmänna kommunikationsnät har rätt att erbjuda tillträde till sin fysiska infrastruktur för utbyggnad av andra nätverk än elektroniska kommunikationsnät.

2. Medlemsstaterna ska säkerställa att varje nätoperatör, på skriftlig begäran från ett företag som tillhandahåller eller har tillstånd att tillhandahålla allmänna kommunikationsnät är skyldig att tillgodose varje rimlig begäran om tillträde till dess fysiska infrastruktur enligt rättvisa och rimliga villkor, inklusive prisvillkor, i syfte att bygga ut element av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation. I en sådan skriftlig begäran ska projektets delar anges med avseende på begäran om tillträde, inbegripet specifika tidsramar.

…

5. Medlemsstaterna ska kräva att det nationella tvistlösningsorgan som avses i punkt 4 utfärdar, med full hänsyn till proportionalitetsprincipen, ett bindande beslut för att lösa den tvist som inletts enligt punkt 4, och även fastställer rättvisa och rimliga villkor inklusive priser, när så är lämpligt.

Det nationella tvistlösningsorganet ska lösa tvisten inom kortast möjliga tidsram och under alla omständigheter inom fyra månader från den dag då en fullständig begäran mottogs, utom i undantagsfall, utan att det påverkar den möjlighet som varje part har att väcka talan vid domstol.

När tvisten gäller tillträde till infrastruktur för en tillhandahållare av elektroniska kommunikationsnät och det nationella tvistlösningsorganet är den nationella regleringsmyndigheten ska det, om så är lämpligt, ta hänsyn till de mål som anges i artikel 8 i [ramdirektivet].

…”

[6] Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv) (EGT L 108, 2002, s. 21)

[7] Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (direktiv om samhällsomfattande tjänster) (EGT L 108, 2002, s. 51)

[8] Kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EGT L 249, 2002, s. 21)

11. I artikel 4.1 i direktiv 2014/61 anges att företag som tillhandahåller allmänna kommunikationsnät har rätt att på begäran få tillgång till minimiinformation om nätoperatörers befintliga fysiska infrastruktur.

B. Polsk rätt

1. Lagen om främjande av utveckling

12. I artikel 17.1 och 17.2 i Ustawa z 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (lag av den 7 maj 2010 om främjande av utvecklingen av telekommunikationstjänster och telekommunikationsnät) (nedan kallad lagen om främjande av utveckling) föreskrivs följande:

”1. Nätoperatören ska tillhandahålla telekommunikationsföretag tillträde till den fysiska infrastrukturen, inbegripet gemensamt utnyttjande av den, för utbyggnad av ett höghastighetsnät för elektronisk kommunikation.

2. För tillträde till den fysiska infrastrukturen ska betalning erläggas, om inte parterna i avtalet överenskommit om annat.”

13. I artikel 18.1–18.3 och 18.6–18.8 i lagen om främjande av utveckling föreskrivs följande:

”1. Villkoren för tillträde till den fysiska infrastrukturen, inbegripet de tekniska, operativa och ekonomiska samarbetsvillkoren, ska bestämmas av parterna i ett avtal om tillträde till den fysiska infrastrukturen, vilket måste ingås skriftligen, vid äventyr av att det annars är ogiltigt.

2. Chefen för UKE[9] får anmoda nätoperatören att tillhandahålla information om villkoren för tillträde till den fysiska infrastrukturen.

3. Sedan nätoperatören har lämnat information om villkoren för tillträde till den fysiska infrastrukturen får chefen för UKE i enlighet med de kriterier som anges i artikel 22.1–22.3 genom beslut fastställa villkoren för tillhandahållande av tillträde till den fysiska infrastrukturen. Artikel 22.4 ska gälla i tillämpliga delar.

…

6. En nätoperatör till vilken ett beslut om fastställande av villkoren för tillträde till den fysiska infrastrukturen har utfärdats är ålagd att ingå de avtal som avses i punkt 1 på villkor som inte är mindre förmånliga än de som anges i beslutet.

7. En nätoperatör som har fått ett beslut om fastställande av villkoren för tillträde till den fysiska infrastrukturen ska på sin webbplats offentliggöra de aktuella villkoren för tillhandahållande av detta tillträde.

8. En nätverksoperatör till vilken ett beslut om fastställande av villkoren för tillträde till den fysiska infrastrukturen har utfärdats ska tillhandahålla chefen för UKE informationen på sin webbplatsadress inom sju dagar från den dag då villkoren för tillhandahållande av detta tillträde

[9] Definieras i punkt 15 nedan.

offentliggörs på webbplatsen. Informationen om webbadressen ska göras tillgänglig av informationsstället för telekommunikation på Republiken Polens territorium, nedan kallat 'informationsstället för telekommunikation' …”

14. I artikel 22.1–22.3 i lagen om främjande av utveckling anges följande:

”1. Chefen för UKE ska utfärda ett beslut om tillträde till den fysiska infrastrukturen inom 60 dagar från dagen för ingivande av begäran om tillträde, varvid särskild hänsyn ska tas till behovet att säkerställa icke-diskriminerande och proportionerliga villkor för tillträde.

2. Chefen för UKE ska vid utfärdande av ett beslut om tillträde till ett telekommunikationsföretags fysiska infrastruktur säkerställa att avgifterna för tillträdet möjliggör täckning för de kostnader som uppkommit för företaget, särskilt med beaktande av de mål som anges i artikel 8 i direktiv 2002/21 och den inverkan som tillträdet till den fysiska infrastrukturen har på telekommunikationsföretagets affärsplan, särskilt på de investeringar som företaget har gjort i höghastighetsnät för elektronisk kommunikation.

3. Avgifterna för tillträde till den fysiska infrastrukturen i ett företag som har ett uppdrag av allmänintresse ska fastställas till ett belopp som möjliggör täckning av en del av företagets kostnader för underhåll av infrastrukturen.”

III. Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

15. I enlighet med artikel 17 i lagen om främjande av utveckling anmodade Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (chefen för myndigheten för elektronisk kommunikation) (nedan kallad chefen för UKE) den 10 maj 2017 TOYA, sp. Z o.o., som är ett telekommunikationsföretag och en nätoperatör, att tillhandahålla information om villkoren för tillträde till dess fysiska infrastruktur. Den 6 december 2017 inledde chefen för UKE ett administrativt förfarande i syfte att fastställa villkoren för tillträde till TOYA:s fysiska infrastruktur. Från den 8 mars till den 7 april 2018 respektive från den 3 juli till den 2 augusti 2018 genomförde chefen för UKE två separata samråd inom ramen för förfarandet. Den 11 september 2018 fattade chefen för UKE ett beslut i enlighet med den nationella lagstiftningen om genomförande av direktiv 2014/61 i vilket det krävdes att TOYA ska vara berett att ingå avtal och godta begäranden om tillträde till dess fysiska infrastruktur (nedan kallat det omtvistade beslutet). Samma dag antog chefen för UKE sex liknande beslut med avseende på sex andra teleoperatörer.

16. I det omtvistade beslutet anges att dess rättsliga grund är bland annat artikel 18.3 i lagen om främjande av utveckling, jämförd med artikel 17 i samma lag. I beslutet fastställs villkoren för tillträde till TOYA:s fysiska infrastruktur i form av kabelrör (bilaga 1) och teleledningar i byggnader (bilaga 2). Det krävs att TOYA ska se till att det är berett att ingå ramavtal och specifika avtal och godta förfrågningar om tillträde till fysisk infrastruktur i enlighet med de ovannämnda villkoren för tillträde.

17. I det omtvistade beslutet anges att hänvisningen till artikel 17.1 i lagen om främjande av utveckling som beslutets rättsliga grund är motiverad för att säkerställa att telekommunikationsföretag har tillträde till fysisk infrastruktur, vilket inbegriper gemensamt utnyttjande av denna infrastruktur, i syfte att skapa ett höghastighetsnät för elektronisk kommunikation. Under rubriken ”Regleringsmål” anges i det omtvistade beslutet att chefen för UKE har beaktat ett antal strategiska dokument, inbegripet den digitala agenda som det hänvisas

till i punkt 34 nedan och de mål som fastställs i direktiv 2014/61, särskilt de som anges i skälen 4–9. I det omtvistade beslutet anges också att det kommer att bidra till en harmonisering av tidsfristerna, förfarandena och marknadspriserna i samband med tillgängliggörandet av nämnda rör och ledningar.

18. I det omtvistade beslutet hänvisas till en invändning från PIKE[10] avseende att proportionalitetsprincipen hade åsidosatts med avseende på företag med en liten marknadsandel avseende vilka inga marknadsproblem hade identifierats. Som svar på detta förtydligas i det omtvistade beslutet att förfarandet inför chefen för UKE avsåg lösning av tvister om tillträde till kabelrör. Vad gäller villkoren för att chefen för UKE ska ha rätt att utfärda beslut om fastställande av villkoren för tillträde till fysisk infrastruktur hänvisas i lagen om främjande av utveckling varken till den ägda infrastrukturens storlek eller till antalet tvister.

19. I det omtvistade beslutet hänvisas också till kravet i artikel 22.1 och 22.2 i lagen om främjande av utveckling att chefen för UKE ska utfärda ett beslut om tillträde till fysisk infrastruktur, i vilket hänsyn tas till behovet att säkerställa icke-diskriminerande och proportionerliga villkor för tillträde och fastställa avgifter på en nivå som gör det möjligt för ett telekommunikationsföretag att återvinna de kostnader som uppkommit för tillhandahållandet av tillträde. Därvid ska även de mål som anges i artikel 8 i ramdirektivet beaktas.

20. TOYA överklagade det omtvistade beslutet vid Sąd Okręgowy w Warszawie (Regionala domstolen i Warszawa, Polen). TOYA anser att enligt artiklarna 3.2, 3.5 och 4 i direktiv 2014/61 samt skäl 12 i samma direktiv, jämförda med artikel 8.2 och 8.3 i tillträdesdirektivet och artikel 8.5 f i ramdirektivet, kan en nationell regleringsmyndighet endast kräva att teleoperatörer som har ett betydande marknadsinflytande ska offentliggöra ett referenserbjudande i den mening som avses i artikel 9 i tillträdesdirektivet. Det omtvistade beslutet strider mot unionsrätten, eftersom ingen marknadsanalys gjordes för att fastställa att TOYA har ett betydande marknadsinflytande. Inte heller föreligger det en tvist om tillträde till fysisk infrastruktur i den mening som avses i artikel 3.5 i direktiv 2014/61.

21. Den hänskjutande domstolen är tveksam till huruvida de bestämmelser i nationell rätt som det omtvistade beslutet grundar sig på är förenliga med unionsrätten och särskilt till hur direktiv 2014/61 ska tolkas mot bakgrund av tillträdesdirektivet. Vidare vill den hänskjutande domstolen få klarhet i vilka unionsdirektiv som är tillämpliga, eftersom tillträdesdirektivet och ramdirektivet har upphävts och ersatts genom direktiv (EU) 2018/1972 om inrättande av en europeisk kodex för elektronisk kommunikation (omarbetning).[11] Den beslutade därför att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Ska artikel 8.3 i [tillträdesdirektivet] jämförd med artikel 3.5 samt artikel 1.3 och 1.4 i [direktiv 2014/61] tolkas så, att de utgör hinder för att en nationell regleringsmyndighet kan ålägga en operatör som förfogar över fysisk infrastruktur samtidigt som den tillhandahåller allmänt tillgängliga tjänster eller nätverk, och denna operatör inte angetts som operatör med betydande inflytande på marknaden, en skyldighet att tillämpa de villkor för tillträde till denna operatörs fysiska infrastruktur som i förväg fastställts av denna myndighet, inbegripet regler

[10] Polska Izba Komunikacji Elektronicznej w Warszawie (PIKE) (Polens nämnd för elektronisk kommunikation (PIKE), Warszawa, Polen yttrade sig i förfarandet inför chefen för UKE och stöder TOYA i förfarandet vid den hänskjutande domstolen. Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (PIIT) (Polens nämnd för informationsteknik och telekommunikation (PIIT), Polen) överklagade också det omtvistade beslutet. Eftersom den hänskjutande domstolen har förenat de båda överklagandena, är de grunder som anförts av PIIT inte relevanta i förevarande mål om förhandsavgörande.

[11] Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 om inrättande av en europeisk kodex för elektronisk kommunikation (omarbetning) (EUT L 321, 2018, s. 36).

och förfaranden för ingående av avtal och tillämpliga accessavgifter, oberoende av om det föreligger någon tvist angående tillträde till den operatörens fysiska infrastruktur eller om det föreligger effektiv konkurrens på marknaden?

I andra hand (variant II):

2) Ska artikel 67.1 och 67.3 jämförd med artikel 68.2 och 68.3 i [direktiv 2018/1972], jämförd med artikel 3.5 och artikel 1.3 och 1.4 i [direktiv 2014/61] tolkas så, att de utgör hinder för att en nationell regleringsmyndighet kan ålägga en operatör som förfogar över fysisk infrastruktur samtidigt som den tillhandahåller allmänt tillgängliga tjänster eller nätverk, och denna operatör inte angetts som operatör med betydande inflytande på marknaden, en skyldighet att tillämpa de villkor för tillträde till denna operatörs fysiska infrastruktur som i förväg fastställts av denna myndighet, inbegripet regler och förfaranden för ingående av avtal och tillämpliga accessavgifter, oberoende av om det föreligger någon tvist angående tillträde till den operatörens fysiska infrastruktur eller om det föreligger effektiv konkurrens på marknaden?”

22. TOYA, chefen för UKE, den grekiska och den polska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

IV. Rättslig bedömning

A. Räckvidden av begäran om förhandsavgörande – tre inledande synpunkter

23. Jag har tre inledande synpunkter som räckvidden av begäran om förhandsavgörande, varav det första avser den hänskjutande domstolens tveksamhet rörande vilka av unionsdirektiven som är tidsmässigt tillämpliga (*ratione temporis*).

24. Det omtvistade beslutet antogs den 11 september 2018. Som den hänskjutande domstolen och TOYA har påpekat fortsatte det att ha verkningar efter det att såväl ramdirektivet som tillträdesdirektivet hade upphävts genom artikel 125 i direktiv 2018/1972 den 21 december 2020.

25. Ramdirektivet och tillträdesdirektivet var i kraft vid den tidpunkt då det omtvistade beslutet antogs. De är därför relevanta i syfte att bedöma huruvida de nationella lagbestämmelser som beslutet grundar sig på är förenliga med unionsrätten. Direktiv 2018/1972 är fortfarande i kraft på dagen för förevarande förslag till förhandsavgörande och det råder ingen tvekan om att det är tillämpligt.

26. Av det ovan anförda följer att domstolen bör svara på den första, och inte den andra, frågan från den hänskjutande domstolen.

27. För det andra innehåller de yttranden som har ingetts av TOYA, chefen för UKE och den polska regeringen detaljerade analyser av det omtvistade beslutet och dess rättsliga grund. [12] Som TOYA emellertid självt har erkänt är det i ett förfarande enligt artikel 267 FEUF, som vilar på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen, enligt fast rättspraxis den nationella domstolen som är ensam behörig att fastställa och bedöma omständigheterna i målet samt tolka och tillämpa den nationella lagstiftningen. [13] Det ankommer inte på EU-domstolen att uttala sig om naturen eller kännetecknen hos ett nationellt beslut eller den grund i nationell rätt som det baserar sig på.

28. För det tredje har kommissionen i sina yttranden förklarat att en nationell regleringsmyndighet vid utövandet av sin befogenhet att i förväg ålägga villkor på basen av direktiv 2014/61 är skyldig att iaktta vissa principer och procedurkrav som följer av detta direktiv, ramdirektivet, tillträdesdirektivet och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Av begäran om förhandsavgörande framgår det inte att den hänskjutande domstolen vill att EU-domstolen ska klargöra denna fråga. Inte heller har någon av de övriga som inkommit med yttranden tagit upp denna fråga. EU-domstolen behöver därför inte behandla kommissionens överväganden.

B. Bedömning av den första frågan

29. Som det anges i inledningen ovan består den första frågan av två delar. För det första, utgör direktiv 2014/61 när det läses tillsammans med tillträdesdirektivet hinder för att en nationell regleringsmyndighet ålägger tillträdesvillkor för en tillhandahållare av elektroniska kommunikationsnät som inte har ett betydande marknadsinflytande? För det andra, utgör direktiv 2014/61 hinder för att en nationell regleringsmyndighet ålägger sådana villkor, när det inte föreligger någon tvist om tillträde till fysisk infrastruktur?

30. TOYA anser att båda dessa delfrågor måste besvaras jakande. [14] Chefen för UKE, den grekiska och den polska regeringen och kommissionen instämmer inte i detta, men på olika grunder. Den grekiska regeringen och kommissionen stöder sig på en bokstavstolkning och kontextuell tolkning av de relevanta direktiven. Chefen för UKE och den polska regeringen har i sina yttranden fokuserat på det omtvistade beslutets natur och den rättsliga grund som det baserar sig på. De har hänvisat till bestämmelsen om en minimiharmonisering i artikel 1.3 i direktiv 2014/61 i syfte att motivera att de åtgärder som ålagts TOYA är lagenliga enligt nationell rätt. [15]

[12] TOYA anser att det omtvistade beslutet har alla kännemärken hos ett beslut riktat till en operatör med betydande marknadsinflytande, men saknar kännetecknen hos ett beslut för att lösa en tvist om tillträde i enlighet med artikel 3 i direktiv 2014/61. Den polska regeringen och chefen för UKE instämmer inte i detta. De har påpekat den omständigheten att tillträdesdirektivet och ramdirektiv, å ena sidan, och direktiv 2014/61, å andra sidan, har införlivats i polsk rätt genom två olika lagar, nämligen ustawa r. prawo telekomunikacyjne (lagen om telekommunikationer) och lagen om främjande av utveckling. Enligt polsk rätt finns det betydande skillnader mellan referenserbjudanden som offentliggörs av operatörer med betydande marknadsinflytande i enlighet med artikel 42 i lagen om telekommunikationer av den 16 juli 2004 och beslut om tillträde till fysisk infrastruktur i den mening som avses i artiklarna 17 och 18 i lagen om främjande av utveckling. De anser att det omtvistade beslutet fattades genom utövande av de befogenheter som chefen för UKE har enligt artiklarna 17 och 18 i lagen om främjande av utveckling, genom vilka direktiv 2014/61 har införlivats.

[13] Dom av den 9 juli 2020, Raiffeisen Bank och BRD Groupe Société Générale (C-698/18 och C-699/18, EU:C:2020:537, punkt 46).

[14] Se punkt 20 ovan.

[15] Se punkt 23 ovan.

31. Enligt domstolens fasta praxis ska vid tolkningen av en unionsbestämmelse inte bara lydelsen beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i.[16] Jag föreslår att domstolen i förevarande fall först prövar de tre direktivens mål och sammanhang innan den prövar lydelsen av direktiv 2014/61.

1. De relevanta direktivens mål och sammanhang

32. År 2002 konsoliderades ett stort antal direktiv och ändringsdirektiv i syfte att underlätta utvecklingen av konkurrenskraftiga marknader inom området telekommunikation. I ramdirektivet föreskrevs att de nationella regleringsmyndigheterna skulle avgränsa de relevanta marknaderna i enlighet med konkurrenslagstiftningens principer och identifiera de operatörer med ett betydande marknadsinflytande som kunde åläggas vissa skyldigheter i syfte att underlätta utvecklingen av sådana konkurrenskraftiga marknader. Fyra särdirektiv antogs, inbegripet tillträdesdirektivet, som reglerar tillträde till och samtrafik mellan telenät. I den lagstiftning som trädde i kraft 2009 betonades behovet att främja investeringar, innovation och nästa generations nät, utan att de regleringsmål och principer som angavs i det paket med direktiv som hade antagits 2002 ändrades.[17]

33. Ett av huvudmålen med 2002 och 2009 års lagstiftningspaket var att öka konkurrensen genom att underlätta för nationella regleringsmyndigheter att ålägga skyldigheter för operatörer med ett betydande marknadsinflytande. I ramdirektivet och tillträdesdirektivet föreskrevs dock även möjligheten att nationella regleringsmyndigheter kunde ålägga skyldigheter för operatörer som inte hade ett betydande marknadsinflytande. I skäl 23 i ramdirektivet hänvisas till nyttan av gemensamt utnyttjande av faciliteter av skäl som rör stadsplanering, folkhälsa eller miljö, om möjligt genom frivilliga överenskommelser. Artikel 12 i ramdirektivet, i dess lydelse enligt direktiv 2009/140/EG,[18] har rubriken ”Samlokalisering och gemensamt utnyttjande av nätdelar och tillhörande faciliteter för leverantörer av elektroniska kommunikationsnät”. Denna artikel gav nationella regleringsmyndigheter möjlighet att ålägga ett krav på gemensamt utnyttjande av faciliteter eller vidtagande av åtgärder för att samordna offentliga arbeten, på objektiva, öppet redovisade och icke-diskriminerande villkor, under vissa omständigheter och förutsatt att vissa villkor var uppfyllda. För tillämpning av artikel 12 i ramdirektivet krävdes inte att en nationell regleringsmyndighet först skulle konstatera att teleoperatören hade ett betydande marknadsinflytande.[19] Enligt artikel 5.1 i tillträdesdirektivet fick nationella regleringsmyndigheter främja och säkerställa tillfredsställande tillträde och samverkansförmåga förutsatt att vissa villkor var uppfyllda, utan att det påverkade åtgärder som kunde vidtas med avseende på företag med ett betydande marknadsinflytande.[20]

34. I maj 2010 offentliggjorde kommissionen en digital agenda för Europa (nedan kallad den digitala agendan) i syfte att uppnå varaktiga ekonomiska och sociala vinster från en digital inre marknad baserad på snabbt och ultrasnabbt internet.[21] Kommissionen ansåg att utan insatser

[16] Dom av den 17 september 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

[17] Se, exempelvis, Savin, A., *EU Telecommunications Law*, Elgar European Law Series, 2018, kapitlen 1 och 2.

[18] Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 (EUT L 337, 2009, s. 37).

[19] Enligt artikel 8.3 i tillträdesdirektivet påverkar kravet att införa de skyldigheter som anges i artiklarna 9–13 i tillträdesdirektivet endast för teleoperatörer som anges ha ett betydande marknadsinflytande inte tillämpningen av artikel 12 i ramdirektivet.

[20] I artikel 8.3 i tillträdesdirektivet föreskrivs att kravet att införa de skyldigheter som anges i artiklarna 9–13 i tillträdesdirektivet endast för teleoperatörer som anges ha ett betydande marknadsinflytande inte heller påverkar tillämpningen av artikel 5.1 i tillträdesdirektivet. Se dom av den 12 november 2009, TeliaSonera Finland (C-192/08, EU:C:2009:696), och dom av den 17 september 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610).

[21] Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén, *En digital agenda för Europa*, 19 maj 2010, KOM(2010) 245 slutlig.

fanns det en risk att resultatet inte skulle bli tillfredsställande och att de snabba bredbandsnäten skulle koncentreras till ett fåtal högdensitetsområden med betydande kostnader för inträde på marknaden och höga priser. Detta ledde till att två initiativ antogs som är relevanta i samband med förevarande begäran om förhandsavgörande.

35. Först utfärdade kommissionen, i september 2010, rekommendation 2010/572/EU [22] om reglerat tillträde till nästa generations accessnät. Denna rekommendation omfattar framför allt skyldigheter som åläggs operatörer som anses ha betydande inflytande på marknaden på grundval av det förfarande för analys av marknaden som anges i artikel 16 i ramdirektivet. Medlemsstaterna kan dock också föreskriva gemensamt utnyttjande av faciliteter för företag som driver elektroniska kommunikationsnät i enlighet med artikel 12 i det direktivet när så är motiverat eftersom en dubblering av infrastrukturen är ineffektiv ekonomiskt sett eller fysiskt ogörlig. På så sätt kan man övervinna de hinder som anläggningsinfrastrukturen och de terminerande avsnitten utgör.

36. I den digitala agendan föreslogs som ett separat initiativ att de behöriga myndigheterna borde se till att offentliga och privata anläggningsprojekt på ett systematiskt sätt innefattar bredbandsnät och ledningar i byggnader, ledningsrätter och kartläggning av tillgänglig passiv infrastruktur lämplig för kabeldragning. [23] Detta initiativ ledde slutligen till antagandet av direktiv 2014/61, som syftar till att underlätta och skapa incitament för utbyggnaden av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation genom att främja en gemensam användning av befintlig fysisk infrastruktur och genom att möjliggöra en effektivare utbyggnad av ny fysisk infrastruktur så att sådana nät kan byggas till lägre kostnad. [24]

2. Lydelsen av direktiv 2014/61

37. Av lydelsen av direktiv 2014/61 framgår tydligt att det inte endast är tillämpligt på situationer där operatörer har angetts ha ett betydande marknadsinflytande eller där det inte råder effektiv konkurrens på en marknad. Artiklarna 3 och 4 i direktiv 2014/61 rör tillträde till samt öppenhet och insyn avseende befintlig fysisk infrastruktur. Operatörer som äger fysisk infrastruktur för tillhandahållande av el, vatten, transport och andra allmännyttiga tjänster samt tillhandahållare av allmänna kommunikationsnät har rätt att erbjuda tillträde till fysisk infrastruktur. Det föreligger en skyldighet för nätoperatörer i allmänhet, och inte endast för de som angetts ha ett betydande marknadsinflytande, att tillgodose varje rimlig begäran om tillträde till deras fysiska infrastruktur enligt rättvisa och rimliga villkor, inklusive prisvillkor, i syfte att bygga ut element av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation. [25] När tillträde vägras eller en överenskommelse om de specifika villkoren inte kan nås ska medlemsstaterna säkerställa att vardera parten kan hänskjuta ärendet till behörigt nationellt tvistlösningsorgan. [26] Detta organ måste då fatta ett bindande beslut för att lösa tvisten, i vilket fastställs rättvisa och rimliga villkor för tillträdet, inklusive priser när så är lämpligt. [27]

[22] EUT L 251, 2010, s. 35.

[23] Se avsnitt 2.4.1 i den digitala agendan, punkt 9 i de prioriterade åtgärder som anges i *Inremarknadsakt II – Tillsammans för ny tillväxt*, som kommission offentliggjorde i oktober 2012, och skälen 1–10 i direktiv 2014/61.

[24] Artikel 1.1 i direktiv 2014/61.

[25] Artikel 3.2 i direktiv 2014/61.

[26] Artikel 3.4 i direktiv 2014/61.

[27] Artikel 3.5 i direktiv 2014/61.

38. I skäl 12 i direktiv 2014/61 anges att om mer specifika bestämmelser är tillämpliga (*lex specialis*) bör de ha företräde framför den miniminivå av rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i detta direktiv (*lex generalis*). Direktiv 2014/61 påverkar således inte regelverket i ramdirektivet och tillträdesdirektivet. I skäl 17 i direktiv 2014/61 anges att när det gäller skyldigheter avseende tillträde till fysisk infrastruktur som åläggs företag som angetts ha ett betydande inflytande på marknaden omfattas detta redan av särskilda regleringsskyldigheter som inte påverkas av direktiv 2014/61. I skäl 31 hänvisas till möjligheten att medlemsstater på basen av artikel 12 i ramdirektivet redan kan ha vidtagit åtgärder avseende samlokalisering och gemensamt utnyttjande av nätdelar och tillhörande faciliteter. [28]

39. Av det ovan anförda följer att målet med direktiv 2014/61 är att säkerställa tillgången till höghastighetsnät för elektronisk kommunikation, som anses som den digitala infrastrukturen i morgondagens samhälle. Direktiv 2014/61 är tillämpligt på olika sektorer och i det föreskrivs reglerande mekanismer, såsom öppenhet, tillsyn och tvistlösning, för andra syften än att främja konkurrensen i sig. I detta direktiv fastställs en mer omfattande rätt att begära och erhålla tillträde till fysisk infrastruktur än den som föreligger med avseende på operatörer som angetts ha ett betydande marknadsinflytande enligt ramdirektivet och tillträdesdirektivet. Eftersom det i ramdirektivet och tillträdesdirektivet också föreskrivs en möjlighet att ålägga tillhandahållare, som inte angetts ha ett betydande marknadsinflytande, skyldigheter avseende tillträde, föreligger det ingen konflikt eller motsägelse mellan dessa direktiv och direktiv 2014/61.

40. Tillträdesdirektivet utgör därför inte hinder för att en nationell regleringsmyndighet ålägger operatörer som inte har angetts ha ett betydande marknadsinflytande villkor avseende tillträde till fysisk infrastruktur. Nationella regleringsmyndigheter får med andra ord ålägga villkor i enlighet med direktiv 2014/61 när det inte har konstaterats att det inte råder effektiv konkurrens på den relevanta marknaden.

41. Vid behandlingen av den första frågans andra del, det vill säga huruvida direktiv 2014/61 utgör hinder för att en nationell regleringsmyndighet ålägger villkor när det inte föreligger någon tvist om tillträde till fysisk infrastruktur, är det relevant att artikel 1.2 i direktivet innehåller minimikrav. I artikel 1.3 i direktiv 2014/61 föreskrivs att medlemsstaterna får behålla eller införa bestämmelser i enlighet med unionsrätten som sträcker sig utöver de minimikrav som fastställs i detta direktiv i syfte att bättre uppnå målen att underlätta och skapa incitament för utbyggnaden av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation genom att främja en gemensam användning av befintlig fysisk infrastruktur och genom att möjliggöra en effektivare utbyggnad av ny fysisk infrastruktur så att sådana nät kan byggas till lägre kostnad. [29]

42. Även om det i direktiv 2014/61 således föreskrivs att dess mål ska uppnås genom att i efterhand lösa uppkomna tvister om villkoren för tillträde, inklusive prisvillkor, tillåts nationella bestämmelser som antas i syfte att bättre uppnå dessa mål, men som sträcker sig utöver de som anges i direktiv 2014/61. [30]

43. Kommissionen anser att den förhandsstrategi som föreskrivs i den nationella lagstiftningen är avsedd att underlätta undanröjandet av betydande hinder för tillträde till fysisk infrastruktur. Kommissionen och den polska regeringen har påpekat att både förhandsstrategin och efterhandsstrategin tjänar till att underlätta uppnåendet av målen i direktiv 2014/61. I detta

[28] Se punkt 33 ovan. Vid beaktande av lydelsen av direktiv 2014/61 på ett antal andra språk, däribland spanska, franska, italienska, nederländska, polska och portugisiska, nås samma slutsats.

[29] Se, för en liknande verkan, skäl 11 i direktiv 2014/61.

[30] Artikel 3.2–3.5 i direktiv 2014/61.

sammanhang är det intressant att notera att enligt den sammanfattande rapporten från det offentliga samrådet om utvärderingen och översynen av direktiv 2014/61 anser en majoritet av deltagarna att svårigheterna att komma överens om villkor för tillträde med ägarna av fysisk infrastruktur och en långsam och ineffektiv tvistlösningsprocess (efterhandsstrategin) leder till en mer kostsam och/eller långvarig utbyggnad av nätverk. Det är därför inte orimligt att anta att den förhandsstrategi som uppenbart underlättas genom den relevanta polska lagstiftningen kan ha vissa fördelar framför den efterhandsstrategi som beskrivs i direktiv 2014/61, i och med att den underlättar uppnåendet av direktivets avsedda mål.

44. Om den nationella domstolen finner att den förhandsstrategi som föreskrivs i den nationella lagstiftningen syftar till samma mål som efterhandsstrategin i direktiv 2014/61 är den nationella lagstiftningen enligt min mening förenlig med detta direktiv.

V. Förslag till avgörande

45. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som ställts av Sąd Okręgowy w Warszawie (Regionala domstolen i Warszawa, Polen) på följande sätt:

Artikel 8.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (tillträdesdirektiv), jämförd med artikel 3.5 samt artikel 1.3 och 1.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/61/EU av den 15 maj 2014 om åtgärder för att minska kostnaderna för utbyggnad av höghastighetsnät för elektronisk kommunikation, utgör inte hinder för att en nationell regleringsmyndighet ålägger en operatör som äger fysisk infrastruktur och samtidigt är tillhandahållare av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller kommunikationsnät, men inte har angetts ha ett betydande inflytande på marknaden, en skyldighet att tillämpa de villkor för tillträde till denna operatörs fysiska infrastruktur som i förväg har fastställts av denna myndighet, inbegripet regler och förfaranden för ingående av avtal och tillämpliga accessavgifter, oberoende av om det föreligger någon tvist angående tillträde till operatörens fysiska infrastruktur och om det föreligger effektiv konkurrens på marknaden.