

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

13. november 2008*

I sag C-227/07,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 8. maj 2007,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Shotter og K. Mojzesowicz,
som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Republikken Polen først ved E. Ośniecka-Tamecka og T. Nowakowski, derefter ved
M. Dowgielewicz, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

har

* Processprog: polsk.

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans, og dommerne K. Schieman, P. Küris (refererende dommer), L. Bay Larsen og C. Toader,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 10. juni 2008,

afsagt følgende

Dom

- ¹ Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i sin stævning nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Republikken Polen har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangs-direktivet) (EFT L 108, s. 7, herefter »adgangsdirektivet«) og særligt direktivets artikel 4,

stk. 1, vedrørende pligten til indbyrdes at forhandle sig frem til aftaler om samtrafik og artikel 5, stk. 1, første afsnit, om de nationale tilsynsmyndigheders pligt til at tilskynde til og, når det er hensigtsmæssigt, sørge for, at der i henhold til bestemmelserne i dette direktiv etableres den fornødne adgang og samtrafik og sikres interoperabilitet mellem tjenesterne, idet den ikke har gennemført disse bestemmelser korrekt i national ret.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

2 Sjette betragtning til adgangsdirektivet har følgende ordlyd:

»På markeder, hvor der også fremover vil være stor forskel på virksomhedernes forhandlingsposition, og hvor visse virksomheder er afhængige af en infrastruktur, der udbydes af andre selskaber, for at kunne fremføre deres tjenester, vil det være hensigtsmæssigt, at der opstilles en række grundlæggende regler, som sikrer, at markedet fungerer effektivt. De nationale tilsynsmyndigheder bør gives mulighed for at sikre den fornødne adgang, samtrafik og interoperabilitet mellem tjenester til gavn for slutbrugerne, når det ikke lykkes at nå til enighed om en aftale på kommercielt grundlag. De skal navnlig kunne sikre end-to-end-forbindelse ved at pålægge virksomheder, der kontrollerer adgangen til slutbrugere, forholdsmæssige forpligtelser. Kontrol over adgangsmuligheder kan indebære ejerskab af eller kontrol over den fysiske forbindelse til slutbrugeren (hvad enten det er på fast- eller mobilnettet) og/eller mulighed for at ændre eller inddrage det eller de nationale numre, der er nødvendige for at oprette forbindelse til en slutbrugers nettermineringspunkt. Det vil f.eks. være aktuelt, hvis netudbydere uden rimelig grund begrænser slutbrugernes muligheder for at tilslutte sig internetportaler og tjenester.«

3 14. betragtning til direktivet har følgende ordlyd:

»Der er i direktiv 97/33/EF fastlagt en række forpligtelser for virksomheder, der har en stærk markedsposition, heriblandt krav om transparens, ikke-diskriminering, regnskabsmæssig opsplitning, netadgang og priskontrol, herunder omkostningsbaserung. Det bør fortsat være muligt at anvende disse forpligtelser, men de bør også for at undgå unødigt tunge regler opstilles som en samling maksimumsforpligtelser, der kan pålægges virksomhederne. Det kan undtagelsesvis for at opfylde internationale forpligtelser eller overholde Fællesskabets regler være hensigtsmæssigt at indføre forpligtelser i forbindelse med netadgang eller samtrafik for samtlige markedsaktører, som det på nuværende tidspunkt er tilfældet med adgangsstyringssystemer for digitale tv-tjenester.«

4 Det følger af 19. betragtning til direktivet:

»Obligatorisk adgang til netinfrastruktur kan begrundes ud fra behovet for at styrke konkurrencen, men de nationale tilsynsmyndigheder er nødt til at afveje infrastrukturejernes ret til at udnytte deres infrastrukturer til egne formål mod andre tjenesteudbyderes ret til at få adgang til faciliteter, der er væsentlige for, at de kan udbyde konkurrerende tjenester. Hvis udbyderne pålægges forpligtelser til at imødekomme rimelige anmodninger om adgang til og anvendelse af netelementer og tilhørende faciliteter, bør disse anmodninger kun afslås på grundlag af objektive kriterier som f.eks. teknisk gennemførlighed eller behov for at bevare nettets integritet. Når adgang afslås, kan den afviste part klage, jf. procedurerne for bilæggelse af tvister i artikel 20 og 21 i [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester] (rammedirektivet) [EFT L 108, s. s3, herefter »rammedirektivet«]. En udbyder med forpligtelser til fri netadgang kan ikke forpligtes til at stille sådanne former for adgang til rådighed, som han ikke har mulighed for at stille til rådighed. Kravet om fri adgang, som øger konkurrencen på kort sigt, bør ikke resultere i, at konkurrenterne mister deres

incitament til at investere i alternative faciliteter, der kan styrke konkurrencen på længere sigt. Kommissionen har udsendt en meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om adgang i telesektoren [EFT 1998 C 265, s. 2], som omhandler disse spørgsmål. De nationale tilsynsmyndigheder kan pålægge udbyderen af og/eller de parter, der er berettiget til fri adgang, tekniske og driftsmæssige betingelser i overensstemmelse med fællesskabsretten. Navnlig indførelsen af tekniske standarder bør være i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter og regler for tjenester i informationssamfundet [(EFT L 204, s. 37), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20.7.1998 (EFT L 217, s. 18)].«

5 Direktivets artikel 2 indeholder bl.a. følgende definitioner:

»[...]

- a) »adgang«: tilrådighedsstillelse af faciliteter og/eller tjenester for en anden virksomhed på nærmere fastsatte vilkår og på eksklusivt eller ikke-eksklusivt grundlag med henblik på udbud af elektroniske kommunikationstjenester; [a]dgang omfatter bl.a. adgang til netelementer og tilhørende faciliteter, der kan indebære tilslutning af udstyr, såvel kabel- som radiobaseret tilslutning (dette omfatter navnlig adgang til abonnentledninger og de nødvendige faciliteter og tjenester med henblik på tilvejebringelse af tjenester via abonnentledninger),

adgang til fysisk infrastruktur, herunder bygninger, kabelkanaler og master, adgang til relevante softwaresystemer, herunder drifts-støttesystemer, adgang til nummerkonvertering eller systemer, der tilbyder tilsvarende funktioner, adgang til fastnet og mobilnet, navnlig med henblik på roaming, og adgang til adgangs-styrings-systemer til digitale tv-tjenester og adgang til virtuelle net tjenester

- b) »samtrafik«: fysisk og logisk sammenkobling af offentlige kommunikationsnet, som bruges af den samme eller af en anden virksomhed med henblik på at give en virksomheds brugere mulighed for at kommunikere indbyrdes eller med en anden virksomheds brugere eller få adgang til andre virksomheders tjenester; [t]jenester kan udbydes af de berørte parter eller af andre parter, som har adgang til nettet; [s]amtrafik er en særlig form for adgang, der etableres mellem offentlige netudbydere

[...]«

- 6 Adgangsdirektivets artikel 4, stk. 1, har følgende ordlyd:

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

- 7 Samme direktivs artikel 5, som definerer de nationale tilsynsmyndigheders beføjelser og ansvar i forbindelse med netadgang og samtrafik, er affattet således:

»1. De nationale tilsynsmyndigheder skal med henblik på at virkeliggøre målsætningerne i artikel 8 i [rammedirektivet] tilskynde til og, når det er hensigtsmæssigt, sørge for, at der i henhold til bestemmelserne i dette direktiv etableres den fornødne adgang og samtrafik og sikres interoperabilitet mellem tjenesterne, samt varetage deres ansvar med henblik på at fremme effektiviteten og holdbar konkurrence samt skabe flest mulige fordele for slutbrugerne.

Med forbehold af de foranstaltninger, der kan træffes vedrørende virksomheder med stærk markedsposition i henhold til artikel 8, skal de nationale tilsynsmyndigheder navnlig:

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

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

2. Når det pålægges en udbyder at tilbyde adgang i medfør af artikel 12, kan de nationale tilsynsmyndigheder i overensstemmelse med fællesskabsretten fastsætte tekniske eller driftsmæssige betingelser, som skal opfyldes af den, der udbyder og/eller er berettiget til sådan adgang, når det er nødvendigt for at sikre normal drift af nettet. Betingelser, der henviser til gennemførelsen af særlige tekniske standarder eller specifikationer, skal overholde bestemmelserne i artikel 17 i [rammedirektivet].

3. Forpligtelser og betingelser, der indføres i overensstemmelse med stk. 1 og 2, skal være objektive, transparente, forholdsmæssige og ikke-diskriminerende og skal gennemføres efter procedurerne i artikel 6 og 7 i [rammedirektivet].

4. Hvad angår adgang og samtrafik sørger medlemsstaterne for, at den nationale tilsynsmyndighed kan gribe ind på eget initiativ, når det er begrundet, eller, såfremt virksomhederne ikke er nået frem til en aftale, på foranledning af en af de implicerede parter for at sikre de politiske målsætninger i artikel 8 i [rammedirektivet], jf. bestemmelserne i nærværende direktiv og procedurerne i artikel 6 og 7, 20 og 21 i [rammedirektivet].«

⁸ Adgangsdirektivets artikel 6 og 7, som findes i kapitel III med overskriften »Forpligtelser for udbydere samt markedsvurderingsprocedurer«, vedrører dels adgangsstyringssystemer og andre faciliteter for digitale radio- og tv-tjenester, som udsendes til seere og lyttere, dels den nødvendige revurdering af tidligere forpligtelser i forbindelse med adgang og samtrafik.

9 Adgangsdirektivets artikel 8, stk. 2 og 3, præciserer følgende:

»2. 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.

3. Med forbehold af

- bestemmelserne i artikel 5, stk. 1 og 2, og artikel 6

- bestemmelserne i artikel 12 og 13 i [rammedirektivet], betingelse 7 i afdeling B i bilaget til [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 2002/20/EF [af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester] (tilladelsesdirektivet) [EFT L 108, s. 21] som anvendt i medfør af artikel 6, stk. 1, i dette [sidstnævnte] direktiv, og i artikel 27, 28 og 30 i [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 2002/22/EF [af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester] (forsyningspligtdirektivet) [EFT L 108, s. 51, herefter »forsyningspligtdirektivet«] samt de relevante bestemmelser i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF af 15. december 1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren [EFT 1998 L 24, s. 1], der også indeholder forpligtelser for andre virksomheder end dem, for hvilke det er fastslået, at de har en stærk markedsposition, eller

— nødvendigheden af at overholde internationale forpligtelser

kan nationale tilsynsmyndigheder ikke pålægge udbydere, der ikke er blevet udpeget i henhold til stk. 2, de forpligtelser, der er nævnt i artikel 9-13.

[...]«

¹⁰ Adgangsdirektivets artikel 12, med overskriften »Forpligtelser vedrørende adgang til og anvendelse af specifikke netfaciliteter«, har følgende ordlyd:

»1. De nationale tilsynsmyndigheder kan i medfør af bestemmelserne i artikel 8 pålægge udbydere forpligtelser til at efterkomme rimelige anmodninger om adgang til og anvendelse af specifikke netelementer og tilhørende faciliteter, bl.a. i tilfælde hvor den nationale tilsynsmyndighed er af den opfattelse, at nægtelse af adgang eller urimelige vilkår og betingelser med tilsvarende virkning vil kunne hindre, at der skabes et holdbart konkurrencebaseret marked i detailledet, eller være i modstrid med slutbrugernes interesser.

Udbyderne kan bl.a. pålægges pligt til:

[...]

- b) at forhandle i god tro med virksomheder, der ansøger om adgang

[...]

2. Når de nationale myndigheder overvejer, om de skal pålægge forpligtelserne i stk. 1, og især når de vurderer, om sådanne forpligtelser er i overensstemmelse med de målsætninger, der er fastsat i artikel 8 i [rammedirektivet], skal de navnlig tage hensyn til nedenstående faktorer:

- a) om det i lyset af den igangværende markedsudvikling er teknisk og økonomisk levedygtigt at bruge eller installere konkurrerende faciliteter under hensyntagen til karakteren og typen af de involverede samtrafik- og adgangsordninger
- b) om det er praktisk muligt at tilbyde den foreslåede adgang i betragtning af den forhåndenværende kapacitet
- c) hvor store startinvesteringer ejeren af faciliteten skal foretage set i forhold til de risici, der er forbundet hermed
- d) behovet for at sikre den frie konkurrence på længere sigt

e) i givet fald relevante intellektuelle ejendomsrettigheder

f) udbuddet af paneuropæiske tjenester.«

- 11 Rammedirektivets artikel 8 fastsætter de politiske mål og tilsynsprincipper, som de nationale tilsynsmyndigheder skal sikre overholdelsen af.

De nationale bestemmelser

- 12 Artikel 1 i Prawo Telekomunikacyjne (lov om telekommunikation) af 16. juli 2004 (Dz. U. fra 2004, nr. 171, s. 1800, herefter »lov om telekommunikation«) fastlægger bestemmelserne for telekommunikationstjenesteydelser, levering af telekommunikationsnet eller dermed forbundet virksomhed (herefter »telekommunikationsaktiviteter«).

- 13 Artikel 1, stk. 2, har følgende ordlyd:

»Lovens formål er at fastsætte betingelserne for:

- 1) fremme af en loyal og effektiv konkurrence på området for telekommunikations-tjenester

- 2) udvikling og anvendelse af moderne telekommunikationsinfrastrukturer
- 3) sikring af ordenen ved udnyttelsen af telefonnumre, radiofrekvenser og satellitresourcer
- 4) sikring af flest mulige fordele for brugerne for så vidt angår variationen, prisen og kvaliteten af telekommunikationstjenesterne
- 5) sikring af teknologisk neutralitet.

[...]«

¹⁴ Artikel 26 i loven om telekommunikation har følgende ordlyd:

»1. Efter anmodning fra en telekommunikationsvirksomhed eller en af de i artikel 4, stk. 1, 2, 4, 5, 7 og 8, opregnede enheder er en udbyder af offentlige telekommunikationsnet forpligtet til at forhandle sig frem til en adgangsftale for at dække telekommunikationstjenesterne til offentligheden og styrke deres interoperabilitet.

2. Telekommunikationsvirksomhederne skal ved forhandlingen af adgangsaftalernes vilkår tage hensyn til de forpligtelser, der påhviler dem.

3. De oplysninger, der fremlægges under disse forhandlinger, kan alene anvendes i overensstemmelse med deres bestemmelse og er underlagt fortrolighed, medmindre andet er bestemt.

4. Medmindre andet er bestemt, finder bestemmelserne i dette kapitel vedrørende telekommunikationsvirksomheder tilsvarende anvendelse på de i artikel 4, stk. 1, 2, 4, 5, 7 og 8, opregnede enheder.

5. En operatør i en medlemsstat, der anmoder om adgang til et telekommunikationsnet, skal alene indskrives i det i artikel 10 omhandlede register, hvis den udøver telekommunikationsvirksomhed i Polen.«

15 Artikel 27 i loven om telekommunikation bestemmer følgende:

»1. Formanden for Urząd Komunikacji Elektronicznej (UKE) [kontoret for elektronisk kommunikation] kan — af egen drift eller efter skriftlig anmodning fra en af parterne i en forhandling om indgåelse af en adgangsaftale — angive en frist for afslutningen af forhandlingerne, som ikke må overstige 90 dage fra indgivelse af anmodningen om at indgå en adgangsaftale.

2. Hvis der ikke indledes forhandlinger, hvis adgangen til telekommunikationsnettet afvises af den institution, der tildeler adgang, eller hvis der ikke er indgået en aftale inden for den i stk. 1 omhandlede frist, kan hver part anmode formanden for UKE om at fastslå, at de udestående formaliteter er slået fejl, eller definere samarbejdsbetingelserne.

3. Den i stk. 2 omhandlede anmodning skal indeholde et udkast til adgangsftale og angive parternes forskellige holdninger i henhold til loven og skal angive de vilkår, som der hersker uenighed om mellem parterne.

4. Efter anmodning fra formanden for UKE indgiver parterne inden for en frist på 14 dage en redegørelse for deres holdninger til de omtvistede punkter og indsender de dokumenter, som er nødvendige for undersøgelsen.«

16 Artikel 28 i loven om telekommunikation har følgende ordlyd:

»1. Formanden for UKE træffer beslutning vedrørende tildeling af adgang inden for en frist på 90 dage regnet fra indgivelsen af den i artikel 27, stk. 2, omhandlede anmodning, idet han skal afveje følgende kriterier:

1) telekommunikationsnettets brugeres interesse

2) de forpligtelser, der er pålagt telekommunikationsvirksomhederne

- 3) fremme af de moderne telekommunikationstjenester
- 4) karakteren af de drøftede emner og den praktiske gennemførlighed af forslagene fra telekommunikationsvirksomhederne, parter i forhandlingerne eller mulige alternative løsninger med særlig opmærksomhed på de tekniske og økonomiske aspekter af adgangen
- 5) sikring af:
 - a) tjenesternes integritet og interoperabilitet
 - b) ikke-diskriminerende adgangsbetingelser
 - c) udviklingen af konkurrencen på markedet for telekommunikationstjenester
- 6) telekommunikationsvirksomheder med sammenkoblede nets styrke på markedet
- 7) den offentlige interesse, herunder miljøbeskyttelsen

8) forsyningspligttydelsernes kontinuitet.

2. Formanden for UKE træffer afgørelse om tildeling af adgang til de i artikel 4, stk. 1, 2, 4, 5, 7 og 8, opregnede enheder inden 60 dage regnet fra indgivelsen af den i artikel 27, stk. 2, omhandlede anmodning henset til de kriterier, der følger af [nærværende artikels] stk. 1, nr. 1-4, stk. 1, nr. 5, litra a) og c), og stk. 1, nr. 6-8, til forsvaret, til statens sikkerhed, til offentlighedens sikkerhed og til den offentlige orden samt til den særlige karakter af de opgaver, som disse enheder varetager.

3. Afgørelsen om adgang kan inden for rammerne af samtrafikken mellem nettene indeholde bestemmelser, [som er obligatoriske og forskellige alt efter typen af net, der er samtrafik med].

4. Afgørelsen om tildeling af adgang erstatter den del af adgangsftalen, som er dækket af afgørelsen.

5. Hvis de interesserede når frem til en adgangsftale, ophæves afgørelsen om adgang på alle de punkter, der er dækket af aftalen.

6. Formanden for UKE kan ændre afgørelsen om adgang på anmodning fra en part eller af egen drift, hvis det er nødvendigt af hensyn til forbrugerbeskyttelsen, en effektiv konkurrence eller tjenesternes interoperabilitet.

7. I tilfælde af finansielle krav som følge af en manglende eller fejlagtig gennemførelse af de forpligtelser, der følger af afgørelsen om adgang, skal sagen indbringes for retten.

8. Hvis en af parterne er et telekommunikationsselskab, som er blevet pålagt forpligtelser [bl.a.] efter artikel 45, træffer formanden for UKE afgørelse vedrørende adgang og fastsætter herved alle de nødvendige bestemmelser for at sikre adgangen.«

17 Lovens artikel 29 er affattet således:

»Formanden for UKE kan af egen drift ændre en adgangsftale eller pålægge parterne at ændre den, når dette er nødvendigt af hensyn til forbrugerbeskyttelsen, en effektiv konkurrence eller tjenesternes interoperabilitet.«

18 Artikel 30 i loven om telekommunikation bestemmer, at »artikel 26-28 [...] finder tilsvarende anvendelse på ændringer af adgangsftaler«.

19 Lovens artikel 45 har følgende ordlyd:

»Hvis en forpligtelse fremstår som hensigtsmæssig i forhold til det pågældende problem, proportionalitetsprincippet og de formål, der er nævnt i artikel 1, stk. 2, og henset til artikel 1, stk. 3, kan formanden for UKE pålægge en telekommunikationsvirksomhed, som har kontrol med adgangen til slutbrugere, de nødvendige

lovbestemte forpligtelser, som skal sikre virksomhedens slutbrugeres kommunikation med brugerne af en anden telekommunikationsvirksomhed, herunder pligten til samtrafik.«

20 Lovens artikel 136 bestemmer:

»1. For at sikre slutbrugernes adgang til radioudsendelser og digitale tv-udsendelser, kan formanden for UKE pålægge telekommunikationsvirksomhederne en forpligtelse til at give adgang til følgende tilhørende faciliteter:

1) programmelgrænseflade

2) elektronisk programguide.

2. Bestemmelserne vedrørende fremgangsmåden for brugen og konsolideringen finder anvendelse på de i stk. 1 omhandlede afgørelser.

3. Når han træffer de i stk. 1 omhandlede afgørelser, lægger formanden for UKE lighedsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling til grund.«

Den administrative procedure

- 21 Ved åbningsskrivelse af 21. marts 2005 udtrykte Kommissionen tvivl over for Republikken Polen om gennemførelsen i national ret af adgangsdirektivets artikel 4, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, første afsnit. Medlemsstaten svarede ved skrivelse af 20. maj 2005.
- 22 Den 4. juli 2006 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede den pågældende medlemsstat til at træffe de nødvendige foranstaltninger til at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder at regne fra dens meddelelse. De polske myndigheder besvarede udtalelsen den 4. september 2006. Da Kommissionen ikke var tilfreds med svaret, besluttede den at indlede dette søgsmål.

Om søgsmålet

Om det første anbringende vedrørende manglende forenelighed af artikel 26 i loven om telekommunikation med adgangsdirektivets artikel 4, stk. 1

Parternes argumenter

- 23 Kommissionen har inden for rammerne af sit første anbringende anført, at den forpligtelse til at forhandle, som følger af adgangsdirektivets artikel 4, stk. 1, påhviler alle udbydere af offentlige telekommunikationsnet og vedrører interoperabilitet mellem nettene. Denne interoperabilitet udgør en særlig type adgang, som gennem-

føres mellem de forskellige udbydere af offentlige net og omfatter ingen anden form for adgang. De nationale tilsynsmyndigheder griber alene ind under særlige omstændigheder.

- 24 Kommissionen er af den opfattelse, at det således følger af 6. og 14. betragtning samt af adgangsdirektivets artikel 8, stk. 3, artikel 5, stk. 1, og artikel 12, at der for det første skal foretages en vurdering af situationen med henblik på at fastslå, om det pågældende marked er underlagt en ex ante-regulering, og i hvilken udstrækning der findes konkurrence på markedet. De nationale tilsynsmyndigheder skal for det andet tage hensyn til en samlet mængde forhold og skal undersøge den langsigtede indflydelse, som forpligtelsen til at tildele adgang vil have på konkurrencen på det pågældende marked. Adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, giver for det tredje de nationale tilsynsmyndigheder en udtrykkelig beføjelse til at pålægge alle udbydere, herunder dem, som ikke har en særlig styrke på markedet, en forpligtelse til at forhandle om adgang til telekommunikationsnettene. Et af grundelementerne i den fællesskabsretlige ordning vedrørende elektronisk kommunikation er for det fjerde princippet om, at den nationale tilsynsmyndighed alene griber ind i tilfælde, hvor de frie markedsmekanismer ikke fungerer eller ikke fører til tilfredsstillende resultater.
- 25 Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at artikel 26, stk. 1, i loven om telekommunikation fører til, at der pålægges en generel forpligtelse til i god tro at forhandle om adgang til telekommunikationsnet.
- 26 Kommissionen har gjort gældende, at når en sådan forpligtelse pålægges ved lov, betyder det ikke alene, at den nationale tilsynsmyndighed ikke er forpligtet til at undersøge, om pålæggelsen af denne forpligtelse fremmer adgangen til telekommunikationsnettene, men ligeledes at den ikke afvejer interesserne hos udbyderen af det pågældende net og de virksomheder, der ønsker adgang til nettet, og ikke vurderer den indflydelse, som pålæggelsen af denne forpligtelse vil have på det konkrete marked. Den pågældende myndighed er heller ikke forpligtet til at angive, om de i adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, opregnede betingelser er opfyldt.

- 27 Kommissionen har videre anført, at Republikken Polens synspunkt bygger på to fejlagtige præmisser. Den første fejlagtige præmis er, at adgangsdirektivet bestemmer, at tilsynsmyndighederne kan pålægge enhver udbyder af telekommunikationsnet en forpligtelse til at forhandle om adgang til dette net uden at tage hensyn til den konkrete situation. Den anden fejlagtige præmis er, at forhandlingerne udgør en minimal byrde for udbyderne af telekommunikationsnet, som ikke har betydning for deres investeringsbeslutninger og således konkurrencevilkårene.
- 28 Kommissionen har endelig anført, dels at den løsning, der følger af den polske lov om telekommunikation, ikke giver mulighed for en bedre gennemførelse af retssikkerhedsprincippet end den, der følger af adgangsdirektivet, og dels at direktivet ikke fastsætter en ret til at kræve, at der indledes forhandlinger, men alene en beføjelse for den nationale tilsynsmyndighed til efter at have undersøgt markedet at pålægge udbydere af telekommunikationsnet, som har en væsentlig betydning på markedet, eller i visse tilfælde alle udbydere, en forpligtelse til at forhandle.
- 29 Republikken Polen har anfægtet det første anbringendes grundlag. Den har gjort gældende, at en formåls- og funktionsorienteret fortolkning af adgangsdirektivet fører til den konklusion, at bestemmelserne i artikel 26 i loven om telekommunikation ikke — ved at fastsætte en forpligtelse til at indlede forhandlinger ikke alene om samtrafik mellem telekommunikationsnet, men også om adgang til disse net — er i strid med direktivets artikel 4, stk. 1.
- 30 Medlemsstaten har i denne forbindelse for det første understreget, at det at pålægge en udbyder af telekommunikationsnet en forpligtelse til at indlede forhandlinger med en virksomhed, som anmoder om adgang til dette net, udgør en form for tilskyndelse til adgang til telekommunikationsnettene. Hermed opnås den maksimale udnyttelse af de eksisterende infrastrukturer for alle de berørte parter.

- 31 Medlemsstaten har gjort gældende, at den løsning, der består i at bemyndige de nationale organer til at pålægge en sådan udbyder en forpligtelse til at indlede forhandlinger på anmodning fra en virksomhed, som ønsker adgang til det pågældende net, og den løsning, som medlemsstaten har valgt, som består i at sikre denne virksomhed retten til at opnå indledningen af forhandlinger, fører til lignende resultater for udbyderen.
- 32 Republikken Polen har for det andet anført, at den valgte ordning er den, der er bedst egnet til at gennemføre retssikkerhedsprincippet, idet udbyderne har mulighed for nøjagtigt at kende rækkevidden af de forpligtelser, der påhviler dem i henhold til loven om telekommunikation.
- 33 Medlemsstaten har i øvrigt gjort gældende, at det følger af sjette betragtning til og artikel 5, stk. 1, første afsnit, i adgangsdirektivet, at enhver virksomhed reelt har ret til at anmode udbyderen af et offentligt telekommunikationsnet om at forhandle med henblik på adgang til dette net, og at virksomheden kan henvende sig til tilsynsmyndigheden, hvis forhandlingerne bryder sammen. Tilsynsmyndighedens afgørelse om at forpligte den pågældende udbyder til at indlede forhandlinger kan følgelig betragtes som en deklaratorisk afgørelse, der bekræfter, at der findes en sådan forpligtelse for udbyderen og således en tilsvarende ret for den virksomhed, som ønsker adgang. Denne ret og den symmetriske forpligtelse, som den indebærer for udbyderne, finder sin berettigelse i direktivets formål.
- 34 Medlemsstaten er endelig af den opfattelse, at selv om loven om telekommunikation har været i kraft i tre år, har hverken udbyderne eller konkurrenceudviklingen haft uønskede skadevirkninger heraf.

Domstolens bemærkninger

- 35 Det skal indledningsvis bemærkes, at Republikken Polen har erkendt, at artikel 26, stk. 1, i loven om telekommunikation udgør en generel retsregel, som pålægger alle udbydere af offentlige telekommunikationsnet en forpligtelse til i god tro at forhandle om indgåelse af en adgangsftale til dette net efter anmodning fra enhver virksomhed, der ønsker at opnå en sådan adgang, idet denne forhandling ikke alene vedrører aftaler om samtrafik, men også aftaler om adgang til nettet.
- 36 Det skal imidlertid bemærkes, at den forpligtelse til at forhandle, som i henhold til adgangsdirektivets artikel 4, stk. 1, påhviler alle udbydere af offentlige telekommunikationsnet i tilfælde af en anmodning fra en anden virksomhed, der har en tilladelse, vedrører samtrafik, som i overensstemmelse med definitionen i direktivets artikel 2, litra b), »er en særlig form for adgang, der etableres mellem offentlige netudbydere«. I modsætning til artikel 26 i loven om telekommunikation vedrører denne forpligtelse således ikke andre former for adgang til net, såsom dem, der defineres i samme direktivs artikel 2, litra a), og såsom dem, der er fastsat i loven om telekommunikation.
- 37 Det skal ligeledes bemærkes, at udbydere i henhold til adgangsdirektivets artikel 4, stk. 1, andet punktum, skal tilbyde andre virksomheder adgang og samtrafik på vilkår og betingelser, der er i overensstemmelse med de forpligtelser, som pålægges af de nationale tilsynsmyndigheder. Blandt disse er de forpligtelser, som denne myndighed i henhold til adgangsdirektivets artikel 8, stk. 2, efter en markedsanalyse kan pålægge en udbyder, der har en stærk markedsposition på et bestemt marked.

- 38 Det følger i denne forbindelse af adgangsdirektivets artikel 8, sammenholdt med artikel 12, stk. 1, litra b), at forpligtelsen til i god tro at forhandle om en aftale med virksomhederne af den nationale tilsynsmyndighed kan pålægges de udbydere, der har en betydelig styrke på markedet efter en analyse heraf.
- 39 Som generaladvokaten har anført i punkt 62 i forslaget til afgørelse, bygger artikel 26 i loven om telekommunikation ikke på en dobbelthed i ordningerne på grundlag af virksomhedernes styrke, men fører til en lige behandling af alle udbydere, uden at den nationale tilsynsmyndighed har mulighed for at tage hensyn til den konkrete situation, før den griber ind eller under behandlingen af en anmodning fra en virksomhed om adgang til et telekommunikationsnet.
- 40 Den forpligtelse til i god tro at forhandle om adgangsaftaler, som følger af loven om telekommunikation, fører til, at en sådan forpligtelse pålægges uden forudgående vurdering af graden af effektiv konkurrence på det pågældende marked. Loven giver heller ikke mulighed for at ophæve eller ændre forpligtelsen, hvis konkurrencen blev intensiveret på dette marked.
- 41 I henhold til 19. betragtning til adgangsdirektivet skal de nationale tilsynsmyndigheder ved deres indgriben i øvrigt — samtidig med at de styrker konkurrencen — afveje infrastrukturejernes ret til at udnytte deres infrastrukturer til egne formål mod andre tjenesteudbyderes ret til at få adgang til faciliteter, der er væsentlige for, at de kan udbyde konkurrerende tjenester.
- 42 I henhold til adgangsdirektivets artikel 12, stk. 2, er de nationale tilsynsmyndigheders indgriben i øvrigt underlagt et krav om, at der skal tages hensyn til de faktorer, der opregnes i bestemmelsen, herunder behovet for at sikre den frie konkurrence på længere sigt, og det skal vurderes, om de forpligtelser, som myndigheden ønsker at

pålægge, for så vidt angår adgang til specifikke netfaciliteter og deres anvendelse er i overensstemmelse med de målsætninger, der er fastsat i rammedirektivets artikel 8.

- 43 Ved ikke at bestemme, at de nationale tilsynsmyndigheder skal gribe ind, før der pålægges en forpligtelse til at forhandle om en adgangsftale, giver loven om telekommunikation ikke mulighed for at foretage nogen vurdering af situationen efter de faktorer, der er opregnet i nævnte artikel 12, stk. 2.
- 44 Det følger heraf, at ved at pålægge udbyderne af offentlige telekommunikationsnet en generel forpligtelse til at forhandle om aftaler om adgang til telekommunikationsnet har Republikken Polen ikke gennemført adgangsdirektivets artikel 4, stk. 1, korrekt.
- 45 Denne konklusion påvirkes ikke af medlemsstatens argument om, at en mere dynamisk og formålsorienteret fortolkning af direktivet ville muliggøre en hurtigere teknologi-udvikling.
- 46 Det skal således bemærkes, at de nationale tilsynsmyndigheders indgriben alene sker for at sikre, at markedet fungerer effektivt. Adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit, bestemmer i denne forbindelse, at myndigheden skal fremme den økonomiske effektivitet, fremme en holdbar konkurrence samt skabe flest mulige fordele for slutbrugerne.

- 47 Hvad angår medlemsstatens argument om, at loven om telekommunikation forstærker overholdelsen af retssikkerhedsprincippet, bemærkes blot, at dette princip under alle omstændigheder ikke i sig selv kan berettige en fravigelse af bestemmelserne i adgangsdirektivet.
- 48 Det følger af det foregående, at der må gives sagsøgeren medhold i det første klagepunkt.
- 49 Det må derfor fastslås, at Republiken Polen har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til adgangsdirektivets artikel 4, stk. 1, idet den ikke har gennemført denne bestemmelse korrekt.

Om det andet anbringende vedrørende manglende forenelighed af loven om telekommunikation med adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit

Parternes argumenter

- 50 Kommissionen har med det andet anbringende gjort gældende, at artikel 26-30 i loven om telekommunikation ikke sikrer en korrekt gennemførelse af adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit. Det fremgår af de nævnte bestemmelser i artikel 26-30 og samme lovs artikel 45 og 136, at alle udbydere af offentlige telekommunikationsnet er forpligtet til at forhandle om adgang til disse net, og at formanden for den nationale tilsynsmyndighed kan træffe afgørelse om fristen for afslutningen af denne form for forhandlinger, og at hvis parterne ikke kommer til enighed, kan formanden efter anmodning fra en af parterne træffe afgørelse om tildeling af adgang, som træder i

stedet for en adgangsaftale for så vidt angår de punkter, den vedrører, og således pålægge virksomhederne forpligtelser uafhængigt af deres markedsposition.

- 51 Kommissionen har i denne forbindelse for det første anført, at adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, ikke kan gennemføres ved en generel lovbestemmelse, idet den kræver, at de nationale tilsynsmyndigheder alene har beføjelse til at reagere i visse tilfælde. Denne beføjelse er begrænset af henvisningen til de formål, der følger af rammedirektivets artikel 8, og af de krav, der pålægges ved adgangsdirektivets artikel 5, stk. 3. Bestemmelsen i artikel 5, stk. 1, er ikke blot en programmerklæring, men en tekst, der indikerer, hvilke afgørelser de nationale tilsynsmyndigheder skal have beføjelse til at træffe. Den udgør en undtagelse til det generelle princip i adgangsdirektivets artikel 8, som skal fortolkes indskrænkende.
- 52 Kommissionen har for det andet anført, at adgangsdirektivets artikel 5, stk. 4, ikke i sig selv giver mulighed for at pålægge forskriftsmæssige forpligtelser for alle virksomheder, men alene for dem, der har en betydelig styrke på markedet eller uafhængigt af denne betingelse i de tilfælde, der er nævnt i direktivets artikel 8, stk. 3. De forpligtelser, der er omhandlet i direktivets artikel 9-13, kan ikke pålægges på grundlag af den i artikel 5, stk. 4, beskrevne fremgangsmåde.
- 53 Kommissionen har for det tredje understreget, at adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, ikke gør den nationale tilsynsmyndigheds beføjelse afhængig af, om der foreligger en tvist mellem virksomhederne.

54 Republikken Polen har anfægtet dette anbringende. Den har for det første gjort gældende, at de to bestemmelser, der følger af adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit — hvorefter de nationale tilsynsmyndigheder på den ene side er forpligtet til at fremme adgangen til nettene, samtrafikken og interoperabiliteten mellem tjenesterne og på den anden side skal sikre disse, hvis det er nødvendigt — er meget generelle og udgør programerklæringer. Sådanne bestemmelser binder alene medlemsstaterne for så vidt angår det formål, der forfølges, og som de er forpligtet til at sikre gennemførelsen af inden for rammerne af deres politik vedrørende adgang til telekommunikationsnet.

55 Denne fortolkning bekræftes af adgangsdirektivets generelle opbygning, idet artikel 5 står i kapitel II med overskriften »Generelle bestemmelser«.

56 Den sagsøgte medlemsstat har ligeledes gjort gældende, at de formål, der følger af rammedirektivets artikel 8, er fastsat på en generel måde, hvorfor der ved henvisning hertil overlades et vidt skøn til de nationale tilsynsmyndigheder. Selv en præcis definition af de formål, som disse myndigheders aktiviteter skal forfølge, ville i øvrigt ikke give de virksomheder, der opererer på markedet, sikkerhed for muligheden for at forudse, hvilke forpligtelser der ville påhvile dem. Retssikkerhedsprincippet kræver imidlertid, at retsreglerne skal være klare og præcise.

57 De generelle lovgivningskompetencer er heller ikke begrænset af de kriterier, der er fastsat i adgangsdirektivets artikel 5, stk. 3, som omfatter de forpligtelser og krav, som er pålagt i henhold til direktivets artikel 5, stk. 1 og 2.

- 58 Medlemsstaten har udledt heraf, at artikel 5 ikke kan gennemføres ordret ved at give de nationale tilsynsmyndigheder en generel beføjelse til at fremme og sikre adgangen til telekommunikationsnet.
- 59 Republikken Polen har for det andet understreget, at dette anbringende alene vedrører polsk rets manglende forenelighed med adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit, og ikke med artiklens stk. 1, andet afsnit.
- 60 Den har i øvrigt gjort gældende, at Kommissionen ikke har taget hensyn til, at artikel 5, stk. 1, første afsnit, indeholder to retsregler. Den første af disse regler, hvorved der indføres en generel forpligtelse til at fremme adgangen, samtrafikken og interoperabiliteten mellem tjenesterne i hvert enkelt tilfælde uafhængigt af omstændighederne, hvorfor de nationale tilsynsmyndigheder skal handle permanent, er gennemført ved kapitel 2 i loven om telekommunikation. Den anden regel vedrører forpligtelsen til at sikre adgangen til nettene, hvilket er fastsat i lovens artikel 28 og 29.

Domstolens bemærkninger

- 61 Med sit andet klagepunkt har Kommissionen nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit, som foreskriver, at de nationale tilsynsmyndigheder skal gives en beføjelse til at gribe ind præcist i forhold til de formål, som er anført i rammedirektivets artikel 8, ikke er blevet gennemført korrekt i loven om telekommunikation.

- ⁶² Det skal for det første bemærkes, at de nationale tilsynsmyndigheders lovgivningsopgaver er fastsat i rammedirektivets artikel 8-13. Direktivets artikel 8, stk. 1, bestemmer, at medlemsstaterne skal sikre, at de nationale tilsynsmyndigheder under udførelsen af disse opgaver træffer alle rimelige foranstaltninger med henblik på opfyldelse af målene i artikel 8, stk. 2-4.
- ⁶³ Domstolen har i øvrigt fortolket denne artikel 8 således, at den pålægger medlemsstaterne pligten til at sikre, at de nationale tilsynsmyndigheder træffer alle rimelige foranstaltninger med henblik på at fremme konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationstjenester ved at sikre, at der i den elektroniske telekommunikationssektor hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning, og ved at fjerne tilbageværende hindringer for udbud af disse tjenester på europæisk plan (dom af 31.1.2008, sag C-380/05, Centro Europa 7, præmis 81).
- ⁶⁴ Det skal for det andet bemærkes, at adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit, vedrører de nationale tilsynsmyndigheders beføjelser og ansvar i forbindelse med adgang og samtrafik. Det fremgår af bestemmelsen, at med henblik på at virkeliggøre målsætningerne i rammedirektivets artikel 8 skal disse myndigheder tilskynde til og, når det er hensigtsmæssigt, sørge for, at der etableres den fornødne adgang og samtrafik og sikres interoperabilitet mellem tjenesterne, samtidig med at de skal fremme den økonomiske effektivitet, fremme en holdbar konkurrence samt skabe flest mulige fordele for slutbrugerne.
- ⁶⁵ Det følger heraf, at adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit, er begrænset til at fastsætte en generel beføjelse for de nationale tilsynsmyndigheder med henblik på at opnå de formål, der er fastsat i rammedirektivets artikel 8, i forbindelse særligt med adgang og samtrafik.

- ⁶⁶ Som generaladvokaten har anført i punkt 83 i forslaget til afgørelse, skal det for det tredje bemærkes, at artikel 26-30 i den pågældende lov giver de nationale tilsynsmyndigheder omfattende interventionsmuligheder.
- ⁶⁷ Det skal for det fjerde bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at det under en traktatbrudssag påhviler Kommissionen at godtgøre, at det påståede traktatbrud foreligger. Det er Kommissionen, som skal fremføre de omstændigheder, som er nødvendige for, at Domstolen kan efterprøve, om der foreligger et traktatbrud (dom af 10.1.2008, sag C-387/06, Kommissionen mod Finland, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).
- ⁶⁸ Det skal imidlertid fastslås, at ved blot at gøre gældende, at adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit, kan gennemføres ikke ved en generel retsregel, men alene ved en tekst, der angiver, hvilke afgørelser de nationale tilsynsmyndigheder skal have beføjelse til at træffe, uden at godtgøre, at de pågældende bestemmelser i loven om telekommunikation ikke virkeliggør formålene med rammedirektivet, har Kommissionen ikke ført tilstrækkeligt bevis for, at de pågældende bestemmelser ikke sikrer en korrekt gennemførelse af adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, første afsnit.
- ⁶⁹ Det følger heraf, at det andet klagepunkt skal forkastes.

Sagens omkostninger

70 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til samme bestemmelses stk. 3, første afsnit, kan Domstolen dog fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde. Kommissionen og Republikken Polen har begge delvist tabt sagen, og de bør derfor pålægges at bære deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Anden Afdeling):

- 1) Republikken Polen har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet), idet den ikke har gennemført direktivets artikel 4, stk. 1, korrekt.**
- 2) I øvrigt frifindes Republikken Polen.**
- 3) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Republikken Polen bærer hver især deres egne omkostninger.**

Underskrifter