

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 14 maj 2009<sup>1</sup>

### I — Inledning

1. Högsta förvaltningsdomstolen har begärt att domstolen ska uttala sig om tolkningen av artiklarna 4.1, 5 och 8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (nedan kallat tillträdesdirektivet eller direktiv 2002/19).<sup>2</sup>

2. Den nationella domstolen är närmare bestämt intresserad av räckvidden av den samtrafiksskyldighet som föreskrivs i artikel 4.1 i direktiv 2002/19 för att få klarhet i om den motsvarar de generösa föreskrifterna i den finska lagstiftningen. Enligt denna lagstiftning omfattar skyldigheten alla telekommunikationsföretag, utan att åtskillnad görs vare sig mellan företag som driver allmänna nät och företag som tillhandahåller tjänster, eller ens utifrån deras betydande inflytande på marknaden.

3. Efter liberaliseringen av sektorn tillät domstolen de nationella regleringsmyndigheterna att i förväg ålägga de dominerande aktörerna vissa skyldigheter,<sup>3</sup> och att med stöd av tillträdesdirektivet och direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (nedan kallat ramdirektivet eller direktiv 2002/21)<sup>4</sup> låta dem koppla samman nät utan någon föregående marknadsanalys.<sup>5</sup> Dessutom förkastade domstolen automatiska ingrepp som från den lagstiftande maktens sida inskränker det nödvändiga manöverutrymmet för dessa myndigheter.<sup>6</sup>

1 — Originalspråk: spanska.

2 — EGT L 108, s. 7.

3 — På initiativ från spanska Tribunal Supremo (Högsta domstolen) undersöktes i dom av den 13 december 2001 i mål C-79/00, Telefónica de España (REG 2001, s. I-10075), dessa myndigheters befogenheter enligt 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 (EGT L 199, s. 32) (nedan kallat samtrafiksdirektivet eller direktiv 97/33), som föregick tillträdesdirektivet.

4 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 7 mars 2002 (EGT L 108, s. 33).

5 — Trots att det i tillträdesdirektivet och i ramdirektivet föreskrivs att det ska göras en sådan, krävdes detta inte i dom av den 14 juni 2007 i mål C-64/06, Telefónica 02 Czech Republic (REG 2007, s. I-4887), eftersom denna skyldighet inte fanns i direktiv 97/33, som var tillämpligt av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*).

6 — I mitt förslag till avgörande av den 10 juni 2008 i mål C-227/07, kommissionen mot Polen, i vilket mål domstolen meddelade dom den 13 november 2008 (REG 2008, s. I-8403), resonerade jag kring motsägelsen i att stimulera en öppning genom att i lag föreskriva en skyldighet att förhandla om tillträde till näten utan att i förväg utreda om konkurrensläget kräver det, eftersom det begränsar möjligheten att avtal ingås spontant.

4. Den dialog som inletts har emellertid inneburit att kampen mellan historiska aktörer och nya har fått ge vika för diskussionen om vilka gränser som ska gälla för myndigheterna när en hög liberaliseringsgrad har uppnåtts, i den meningen att inblandning från det allmänna i marknaden måste ske med urskiljning för att inte störa samspelet mellan utbud och efterfrågan.

5. Ingen av parterna i tvisten vid den nationella domstolen har erhållit ställning som "operatör med betydande inflytande", vilket i viss mån visar att gemenskapens kampanj mot monopol varit framgångsrik. Den har nämligen gjort det möjligt för ett kommunikationsföretag som behöver tekniskt stöd att utvidga sin verksamhet genom ett annat företag som inte är dominerande på en marknadssektor i syfte att få detta stöd.<sup>7</sup>

6. Om domstolen skulle medge att företag, oberoende av deras storlek, är skyldiga att ingå avtal, skulle domstolen i enlighet med den hänskjutande domstolens schema vara tvungen att fastställa vilken befogenhet den oberoende nationella myndigheten har för att kontrollera att denna samtrafiksskyldighet har iakttagits, och i förekommande fall vidta lämpliga åtgärder.

7 — Det har inte undgått mig att den teknik som diskuteras (nät för mobil telefoni som gör det möjligt att skicka meddelanden), är ung, vilken teknik, till skillnad från nätet för samtal från fasta telefoner, har uppstått i en era när vilken operatör som helst kan börja tillhandahålla sådana tjänster.

7. En annan fråga i detta mål är vilken befogenhet medlemsstaterna har att utvidga föreskrifterna i telekommunikationsdirektiven, vilken måste besvaras med den försiktighet som krävs för en lämplig användning av definitionerna<sup>8</sup> av viss teknik<sup>9</sup> och för den strikta avgränsningen av skyldigheten att förhandla om samtrafik.

## II — Tillämpliga bestämmelser

### A — Gemenskapsrätten

#### 1. "Principen om lojalt samarbete"

8. I artikel 10 EG föreskrivs att "[m]edlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner",

8 — Biondi, B., *Arte y Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1953, s. 88 och 112, betonar att jämförd med den gamla rätten vars utrensade terminologi gjorde den förstälilig för alla och därmed definitioner överflödiga, bringar den tekniska terminologin oredda och skapar komplexitet.

9 — Armstrong, M., och Vickers, J., i det kapitel som ägnas åt "Competition and Regulation in Telecommunications", i det kollektiva verket av Bishop, M., Kay, J., och Mayer, C., *The regulatory Challenge*, Oxford University Press, 1995, s. 284, uppmärksammar den svårighet som ibland finns "[...] to distinguish between (i) the public network and its operation; (ii) customers' apparatus attached to the network; and (iii) services provided over the network".

varvid de ”skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs”. Vidare gäller att ”[d]e skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att [unionens] mål uppnås”.

det traditionella systemet med statliga monopol var oförmöget att tillgodose användarnas behov, inte endast på grund av den omvälvning som industrin fått uppleva, utan även på grund av den höga grad av politisk impregnering som framskyntade i dess beslut.<sup>12</sup>

## 2. Direktiv 2002/19

### a) Direktivets föregångare

9. I och med grönboken om telekommunikationer<sup>10</sup> år 1987 inleddes arbetet med att inrätta en europeisk konkurrensutsatt och harmoniserad marknad grundad på valfrihet för operatörerna inom kommunikationsområdet.

10. Den administrativa avregleringen av sektorn förutsatte en genomgripande förändring av den rättsliga regleringen. Från att förvaltningen av sektorn förbehållits offentliga företag gick man, med iakttagande av reglerna i direktiv 90/388,<sup>11</sup> mot att avskaffa särskilda eller exklusiva rättigheter, eftersom

11. Ramdirektivet 90/387<sup>13</sup> bidrog till konvergens, främjade nya aktörers inträde på kommunikationsområdet och bidrog till att det uppnåddes en jämvikt som var svår att säkerställa, eftersom dess sköra grund vacklade under den faktiska överlägsenheten hos den tidigare offentliga operatören på grund av de rättigheter som denne hade åtnjutit under lång tid och på grund av dess djupa kännedom om marknaden.

12. Samordningen behövde emellertid även omfatta tillträde till infrastruktur och lokalisering av denna, för att garantera länken mellan de offentliga näten och dess distributörer.<sup>14</sup> I detta syfte antogs direktiv 97/33,<sup>15</sup> i vilket organisationer som fått tillstånd att tillhandahålla allmänna telenät och/eller tele-tjänster<sup>16</sup> tillerkändes rätten, med tillhörande skyldighet, att förhandla om samtrafik i syfte att säkerställa dessa tjänster och nät i hela

10 — ”Green paper on the development of the common market for telecommunications services and equipment”, Bryssel den 16 december 1987, KOM(87) 290, s. 6, sidan 16 och följande sidor, som kompletterats med vissa förslag för att säkerställa enhetligheten i de tillståndsmekanismer som föreskrivs i de nationella lagstiftningarna, som exempelvis i ”Green paper on the liberalisation of telecommunications infrastructure and cable television networks – part II”, Bryssel den 25 januari 1995, KOM(94) 682, sidan 61 och följande sidor.  
11 — Kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 192, s. 10; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 221).

12 — Denna situation uppmärksammades i skälen 2 och 7 i direktiv 90/38.

13 — Rådets direktiv 90/387/EEG av den 28 juni 1990 om upprättandet av den inre marknaden för teletjänster genom att tillhandahålla öppna nät (EGT L 192, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 212).

14 — Jag diskuterade denna skyldighet i mitt förslag till avgörande av den 1 april 2008 i de förenade målen C-152/07–C-154/07, Arcor, i vilka mål domstolen meddelade dom den 17 juli 2008 (REG 2008, s. I-5959).

15 — Se fotnot 3.

16 — Min kursivering.

gemenskapen (artikel 4.1), varvid tillades att företag som har ett betydande inflytande på marknaden skulle uppfylla alla rimliga önskemål om samtrafik (artikel 4.2).

15. Enligt artikel 4.1 i direktiv 2002/19 gäller följande:

b) Direktivets innehåll

13. Tillträdesdirektivet ingår i det så kallade nya regelverket,<sup>17</sup> som antogs den 7 mars 2002 och som offentliggjordes den 24 april samma år.<sup>18</sup>

14. I överensstämmelse med ramdirektivet och med erfarenheten från direktiv 97/33 syftar tillträdesdirektivet till harmonisering av samtrafik med det dubbla målet att göra den förenlig med den inre marknads principer och vara till nytta för konsumenterna, samtidigt som det skyddar en hållbar konkurrens och samverkan mellan tjänsterna.

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

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

17 — Med detta uttryck åsyftade jag i mitt förslag till avgörande av den 28 juni 2007 i mål C-262/06, Deutsche Telekom, i vilket mål dom meddelades den 22 november 2007 (REG 2007, s. I-10057), samt i förslaget i det ovannämnda målet kommissionen mot Polen fyra direktiv från Europaparlamentet och rådet: det redan redovisade direktivet 2002/19, direktiv 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, det redan redovisade direktivet 2002/21, och direktiv 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

18 — EGT L 108, sidorna 7, 21, 33 respektive 51.

I synnerhet kan de nationella regleringsmyndigheterna, utan att det påverkar tillämpningen av åtgärder som kan vidtas i enlighet

med artikel 8 när det gäller företag med betydande inflytande på marknaden, föreskriva följande objektiva, öppna redovisade, proportionerliga och icke-diskriminerande skyldigheter (artikel 5.3):

a) För företag som kontrollerar tillträde till slutanvändarna: skyldigheter som är nödvändiga för att säkerställa att slutanvändarna kan nå varandra, bland annat, när detta är motiverat, skyldigheten att bedriva samtrafik mellan deras nät om detta inte redan sker.

b) För operatörerna: skyldigheter för operatörer att tillhandahålla tillträde till sådana andra faciliteter som avses i del II i bilaga I på rättvisa och rimliga villkor för att göra det möjligt för slutanvändarna att kunna använda digitala radio- och televisions-sändningstjänster som angetts av medlemsstaten.

17. I artikel 8 föreskrivs några punktvisa skyldigheter<sup>19</sup> för regleringsmyndigheterna, om än bara i förhållande till företag med ett betydande inflytande. Bedömningen av om ett

företag har ett betydande inflytande ska göras med hjälp av den analys av marknaden som föreskrivs i artikel 16 i ramdirektivet.

18. För att skingra allt tvivel förstärks denna begränsning av de berörda företagen i artikel 8.3,<sup>20</sup> genom att det uttrycks att de skyldigheter som anges i artiklarna 9–13 inte får införas för operatörer som inte har angetts i enlighet med punkt 2, med andra ord för företag som inte har ett betydande inflytande på marknaden.

19. Bland de åtgärder i tillträdesdirektivet som är aktuella endast för dominerande företag utmärker sig dem i artikel 12.1, eftersom de nationella regleringsmyndigheterna i enlighet med artikel 8 får införa skyldigheter för operatörer att uppfylla rimliga krav på tillträde till och användning av specifika nätdelar och tillhörande faciliteter, när dessa myndigheter anser att ett nekat tillträde eller orimliga villkor med liknande verkan hindrar uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt marknad på slutkundens nivå eller att det inte skulle ligga i slutanvändarnas intresse.

19 — Vilket utvecklas i artiklarna 9–13 i direktiv 2002/19, till vilka hänvisas i artikel 8.1.

20 — Oberoende av den flexibilitet som det innefattar i de redovisade fallen.

Operatörer kan... åläggas

- g) att erbjuda specificerade tjänster som krävs för att säkerställa samverkan mellan tjänster ända fram till slutanvändarna, t.ex. faciliteter för intelligenta nättjänster eller roaming på mobilnät,

”...

- a) att ge tredje part tillträde till specificerade nätdelar och/eller nätfaciliteter inklusive tillträde till accessnätet,

- h) att erbjuda tillträde till driftstödssystem eller liknande programsystem som krävs för att garantera sund konkurrens när det gäller tillhandahållande av tjänster,

- b) att förhandla med god vilja med företag som begär tillträde,

- i) att förbinda nät eller nätfaciliteter.

...

...”

- e) att bevilja öppet tillträde till tekniska gränssnitt, protokoll och annan nyckelteknik som är nödvändig för samverkan mellan tjänster eller virtuella nättjänster,

B — *Den nationella rätten*

...

20. I Finland har tillträdesdirektivet och ramedirektivet genomförts genom Vienstintä-

markkinalaki (lag om kommunikationsmarknaden).<sup>21</sup>

### III — Bakgrund

21. I 2 § 13 mom. i Vienstintämarkkinalaki definieras samtrafik som en materiell och funktionell sammankoppling av olika nät och tjänster i syfte att säkerställa tillträde för användarna även om de är kunder hos ett annat telekommunikationsföretag, som, enligt 2 § 21 mom. omfattar såväl nätföretag som tjänsteföretag.

22. I 39 § i denna lag regleras dessa företags skyldigheter i fråga om samtrafik. I 39 § första stycket finns regler om förhandlingar om samtrafik. Enligt 39 § andra stycket kan Vienstintävirasto (den finska regleringsmyndigheten) ålägga<sup>22</sup> ett företag med betydande inflytande på marknaden att koppla samman sitt nät eller sina tjänster med ett annat företags nät eller tjänster. Enligt paragrafens tredje stycke får myndigheten,<sup>23</sup> om det är nödvändigt för sammankopplingen, också ålägga samma skyldighet för företag som inte har ett betydande inflytande men som administrerar användarnas förbindelse.

23. Företaget iMEZ Ab tillhandahåller tjänster avseende textmeddelanden (SMS) och multimediameddelanden (MMS) genom en mjukvara med hjälp av vilken dess kunder kommunicerar med en mobiltelefonanvändare (slutanvändare), så att informationen cirkulerar såväl från mjukvaran till telefonen som i motsatt riktning, eftersom systemet gör det möjligt för mottagaren att ta emot det sända meddelandet och sända sina svar.

24. Detta företag har inte något eget radionät men dock meddelandecentra, "Short Message Service Center (SMSC)" och "Multimedia Messaging Service Center (MMSC)". För att kunna tillhandahålla sina tjänster har företaget ingått ett avtal i Finland med Elisa Oyj, som tillhandahåller mobiltelefonitjänster, och i Sverige med alla mobiltelefonoperatörer, där det har erhållit en Mobile Network Code från den svenska regleringsmyndigheten (kommunikationsmyndigheten PTS).

25. I det nät som företaget TeliaSonera Finland Oyj, som fusionerats med Sonera Mobile Networks Oy, har är det möjligt att överföra text och bild samt med databehandling.

21 — Lag nr 393/2003.

22 — Genom ett beslut som fattats med stöd av § 18.

23 — I detta fall med stöd av artikel 19.

26. TeliaSonera Finland Oyj betraktas inte uttryckligen i den aktuella tvisten som ett företag med betydande inflytande på marknaden, men dess mobiltelefoninät täcker hela Finland, vilket föranledde iMEZ Ab att begära samtrafik.

27. Sedan samtalen misslyckats begärde iMEZ Ab den 7 augusti 2006 att den finska regleringsmyndigheten skulle dels ålägga TeliaSonera Finland Oyj att förhandla med god vilja om samtrafik och därvid föreslå ett rimligt avtal, dels, om det inte skulle lyckas, föreskriva en lösning för överföringen av SMS- och MMS-meddelanden. I andra hand begärde företaget att Vienstintävirasto skulle klassificera TeliaSonera Finland Oyj som ett företag med betydande inflytande för att därigenom försäkra sig om samtrafik.

28. I beslut av den 11 december 2006 slog den finska myndigheten fast att Finland Oyj hade åsidosatt sin skyldighet enligt artikel 39 i kommunikationsmarknadslagen att förhandla genom att den erbjudit iMEZ samtrafik på villkor som inte var ömsesidiga, eftersom det krävdes betalning för meddelanden som överförs i TeliaSonera Finland Oyj:s nät medan de som sändes till iMEZ Ab skulle vara gratis.

29. Vienstintävirasto beslutade att TeliaSonera Finland Oyj skulle ändra sitt beteende och förhandla med god vilja<sup>24</sup> om samtrafik för text- och multimediameddelanden och anförde att företagen måste se till att i konsumenternas intresse få dessa tjänster att fungera.

#### **IV — Tvisten i målet vid den nationella domstolen, parternas yrkanden och tolkningsfrågorna**

30. TeliaSonera Finland Oy överklagade beslutet av den 11 december 2006 till den nationella domstolen och gjorde gällande att detta beslut var ogiltigt så vitt avsåg förhandlingsskyldigheten, eftersom Vienstintävirasto inte var behörigt att ålägga skyldighet att inleda kontakter med iMEZ, till följd av några misslyckade försök till kommersiella relationer.

31. iMEZ Ab yrkade i sin tur att överklagandet skulle ogillas och stod fast vid att TeliaSonera Finland Oyj skulle åläggas att fortsätta diskussionerna, eftersom de resultat som uppnåts dittills inte säkerställde att dess tjänster fungerade. hallinto-oikeus vilande-

24 — För att bedöma relevansen av parternas yrkanden övervägde Vienstintävirasto om det i praktiken utgjorde ett hinder för samverkan för tjänsterna och om de följaktligen försvårade utvecklingen av en hållbar konkurrensutsatt marknad till nackdel för slutanvändarna.



förklarade målet och ställde i enlighet med artikel 234 EG följande frågor till domstolen:

”1) Ska artikel 4.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (tillträdesdirektivet), jämförd dels med skälen 5, 6 och 8, dels med artiklarna 8 och 5 i direktivet, tolkas på så sätt,

1a) att en nationell bestämmelse som 39§ 1 mom. i kommunikationsmarknadslagen får innehålla en skyldighet för samtliga teleföretag att förhandla med andra teleföretag om samtrafik, och, om fråga 1a ska besvaras jakande,

1b) att den nationella regleringsmyndigheten kan anse att förhandlingsskyldigheten inte är uppfylld när ett teleföretag som inte har ett betydande inflytande på marknaden har erbjudit ett annat företag samtrafik på villkor som enligt myndigheten är helt ensidiga och innebär hinder mot uppkomsten av en konkurrensutsatt marknad på slutkundens nivå,

eftersom detta andra företag genom dessa villkor faktiskt har förhindrats att erbjuda sina kunder möjligheten att skicka MMS-meddelanden till slutanvändare som är anslutna till teleföretagets nät, och, om också fråga 1b ska besvaras jakande,

1c) att den nationella regleringsmyndigheten genom sitt beslut kan ålägga nämnda teleföretag, som alltså inte har ett betydande inflytande på marknaden, att med god vilja förhandla om samtrafik av SMS-meddelanden och MMS-tjänster mellan företagets system på så sätt att målen för samtrafiken beaktas vid de kommersiella förhandlingarna, och förhandlingarna förs med den utgångspunkten, att samtrafiken av SMS-meddelanden och MMS-tjänster mellan företagets system ska genomföras på rimliga villkor, så att användare ges möjlighet att ta teleföretagets kommunikationstjänster i anspråk?

2) Har det betydelse för svaren på dessa frågor hur iMEZ Ab:s nät ska karaktäriseras och om iMEZ Ab ska betraktas som

en operatör av allmänna elektroniska kommunikationsnät?”

## VI — Prövning av tolkningsfrågorna

35. Genom Högsta förvaltningsdomstolens beslut uppkommer två frågeställningar som visserligen har samband, men som rättsligt ska behandlas självständigt.

## V — Förfarandet vid domstolen

32. Begäran om förhandsavgörande registrerades vid domstolens kansli den 8 maj 2008.

33. iMEZ Ab, den finska, den italienska, den litauiska, den nederländska, den polska och den rumänska regeringen samt kommissionen har inkommit med yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i domstolens stadga.

34. Ombuden för TeliaSonera, iMEZ Ab, Republiken Finland och kommissionen har yttrat sig muntligen under förhandlingen den 2 april 2009. Målet är därför klart för detta förslag till avgörande.

36. Genom frågorna 1a och 2 önskar den nationella domstolen få klarhet i vilket slags företag som enligt artikel 4.1 i tillträdesdirektivet ska förhandla om samtrafik, medan frågorna 1b och 1c avser de nationella myndigheternas befogenheter.

37. Av systematiska skäl ska de ställda frågorna behandlas i en ny ordning och i nya grupper. Inledningsvis ska frågorna 1a och 2 behandlas, eftersom svaren på dessa frågor är avgörande för räckvidden för regleringsmyndighetens befogenheter i det aktuella målet.

## A — Inledande anmärkningar kring fri konkurrens och regelverket i sektorn

38. Telekommunikationer, som historiskt sett åtnjutit regeringens skydd, har vuxit

ekonomiskt tack vare liberaliseringen av dem, för vilken Romfördragets bestämmelser i sig visat sig otillräckliga.

konstruerar och vidmakthåller infrastrukturen, utan att lagen om utbud och efterfrågan i detta fall leder till en riktig resursallokering.<sup>25</sup>

39. Enligt min uppfattning finns det i en situation med statligt monopol inget ledarskap utan snarare administratörer, inga kunder utan snarare administrerade och det handlar definitivt inte om en marknad utan om myndighetsförvaltning. Under sådana omständigheter visade sig därför artiklarna 81 EG och 82 EG vara otillräckliga för att ge potentiella operatörer verktyg för att ge sig in på marknaden, som fram till dess varit utlämnad åt det tidigare systemets nyckfullhet.

42. Kampen mot dessa strukturella brister har organiserats på två kompletterande fronter. Den ena, som utgörs av konkurrens-skyddet, minimerar inblandning, syftar till att upprätta en neutral reglering i vilken ingen lägger sig i företagets strategier samt skyddar själva konkurrensprocessen på marknaderna. Den andra, som utgörs av en ad hoc-reglering av kommunikationer, som innebär förvaltningens närvaro, understödjer införlivandet av fler sektorer genom att skydda de svaga och sammanfattningsvis eftersträvar att direktivets syften uppnås omedelbart.

40. För att rena sektorn krävdes därför vissa impulser utifrån, och i detta syfte bidrog gemenskapslagstiftaren, som är svag för särskilda åtgärder, med att införa några minimivillkor för att först komma till rätta med flaskhalsproblematiken för tillträdet och för att därefter främja konsumentens fria val.

43. De två regelverken skiljer sig åt beträffande sätten att uppnå målen.

41. Därigenom uppkom en partiell reglering, i vilken konkurrensen utmärker sig som det mest effektiva verktyget, med hänsyn till behovet att komma till rätta med vissa brister på marknaden, såsom att det inte är lönsamt att bygga dubletter av infrastrukturen och att det är omöjligt att de vinster som de ger åt samhället i stort tillfaller dem som

44. Den ”nya regleringen” glidflyger *ex ante* över bestämda marknader, men på ett asym-

25 — Calviño Santamaría, N., ”Regulación y competencia en telecomunicaciones; los retos derivados del nuevo marco normativo”, i *Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología*, september–oktober, 2006, nr 832, s. 60–63.

metriskt sätt, eftersom omfattningen på den förteckning över skyldigheter som den ger upphov till beror på företagets styrka och är tillfällig just på grund av att den påverkar de fria transaktionerna.

finns en tendens att mildra regelverket för ingripande.<sup>29</sup>

45. Dessa förutsättningar kastas om i konkurrensrätten, eftersom den i allmänhet ingriper *a posteriori* över icke-etablerade marknader<sup>26</sup> och inte gör åtskillnad mellan aktörer som åsidosätter reglerna samt är avsedda att vara permanenta.

46. När de inledande svårigheterna övervunnits och det råder konkurrens inom området för elektroniska kommunikationer, förlorar denna sektorsvisa ”chockbehandling” uppenbarligen kraft. Detta förklarar den klara minskningen av regleringsivern,<sup>27</sup> vilket följer av pågående reformer, eftersom det med undantag för vissa projekt på området<sup>28</sup>

B — Operatörer av allmänna elektroniska kommunikationsnät såsom mål för skyldigheten att förhandla om samtrafik

47. Domstolen kan inte avgöra om iMEZ Ab är en operatör av allmänna elektroniska kommunikationsnät, en prövning som det endast ankommer på den nationella domstolen att göra. Domstolen ska emellertid underlätta sistnämnda domstols arbete genom att tillhandahålla några hållpunkter som är till hjälp vid denna bedömning.

48. I detta syfte måste det undersökas vem som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 4.1 i tillträdesdirektivet för att ta reda på om förhandlingsskyldigheten åligger varje företag med tillstånd på kommunikationsrådet eller endast operatörer. Såsom Högsta

26 — Saracci, F., *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications: exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Atelier national de reproduction de thèses, 2004, s. 101.

27 — I kommissionens meddelande till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén av den 19 mars 2008 (KOM(2008)0153), ”Lägesrapport om den europeiska inre marknaden för elektronisk kommunikation 2007 (13:e rapporten)”, anges att det slutliga målet är att fasa ut ekonomisk förhandsreglering, under förutsättning att konkurrensen utvecklas tillräckligt.

28 — Se förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om inrättande av en europeisk myndighet för marknaden för elektronisk kommunikation (SEK(2007)1472) och (SEK(2007)1473).

29 — Eller åtminstone flytta dess epicentrum för skydd från operatörerna till en normalisering av den samhällsomfattande tjänsten, till förmån för medborgaren, vilket är ett mål med förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av direktiv 2002/22/EG, direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (EGT L 201, s. 37) och förordning (EG) nr 2006/2004 om konsumentskydds-samarbete (EGT L 364, s. 1) (SEK(2007)1472) (SEK(2007)1473). I denna flexibileringslinje hänvisas i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av direktiv 2002/21/EG, direktiv 2002/19/EG och direktiv 2002/20/EG (SEK(2007)1472) (SEK(2007)1473), även till minskning av de administrativa resurser som behövs för att genomföra en ekonomisk reglering, såsom förfarandet för marknadsanalys, och förenkla och effektivisera tillgången till radiofrekvenser.

förvaltningsdomstolen helt riktigt har påpekat innebär detta att nätens karaktär måste utredas. När detta väl gjorts måste man intressera sig för frågan om särbehandling av företag med ett betydande inflytande på marknaden.

det vid sidan om dessa företag finns företag som bedriver annan verksamhet.

## 1. Den positiva avgränsningen

49. Enligt dess ordalydelse regleras i artikel 4.1 i direktiv 2002/19 förhandlingar om samtrafik för "operatörer av allmänna kommunikationsnät", varvid det skapas ett ömsesidigt band som medför fördelar för den ene och, ofta, nackdelar för den andre.<sup>30</sup>

50. I artikel 2.c i direktiv 2002/19 definieras operatörskategorin på ett tydligt sätt genom att den avgränsas till företag "som tillhandahåller eller som har auktorisation att tillhandahålla ett allmänt kommunikationsnät eller tillhörande facilitet". Av detta framgår att

30 — Den italienske ekonomiske historikern Carlo Cipolla redogör i *Allegro ma non troppo*, Crítica, Biblioteca de bolsillo, Barcelona, 2001, med utsökt ironi för "den mänskliga dumhetens lagar" och delar därvid in människor i fyra grupper med hjälp av en enkel ekvation över förluster och vinster: "den obetänksamme" agerar på ett sätt som leder till skada för honom själv med en fördel för medmänniskorna, "den intelligente" erhåller en fördel och ser till att den leder till en annan, "den ondskefulle" får vinning genom att skada andra, och slutligen finns inom gruppen "den dumme", som är en absurd varelse som skadar andra utan att vinna något på det, undergruppen "den överdumme" som genom att agera på ett osannolikt sätt skadar andra och sig själv.

51. Även om innebörden av orden, såsom domstolen har förklarat, inte alltid utgör en lämplig utgångspunkt för tolkningen, talar de olika språkversionerna i detta fall för en entydig lösning, eftersom språkversionerna endast ålägger operatörer som förvaltar de nämnda allmänna kommunikationsnäten denna skyldighet.

52. Det måste således klarläggas om operatörer av tillhörande faciliteter<sup>31</sup> är undantagna från förhandlingsskyldigheten enligt artikel 4<sup>32</sup> i nämnda direktiv.

53. Även om man kan urskilja en skillnad mellan operatörer av "allmänna kommunikationsnät" och operatörer av "tillhörande faciliteter", så berörs alla av förhandlingsskyldigheten, eftersom det i direktivet finns ett enda "operatörsbegrepp" för båda. Det får inte heller glömmas bort att dessa "tillhörande"

31 — I denna benämning anges att de har samband "med ett elektroniskt kommunikationsnät och/eller en elektronisk kommunikationstjänst som möjliggör och/eller stöder tillhandahållande av tjänster via det nätet och/eller den tjänsten. Den inbegriper system för villkorad tillgång och elektroniska programguider (EPG)" (artikel 2.e i ramdirektivet).

32 — Farr, S., och Oakley, V., *EU Communications Law*, 2:a utgåvan, Sweet & Maxwell, London, 2006, s. 234, befriar inte endast företag som tillhandahåller tjänster från denna skyldighet utan även operatörer av tillhörande faciliteter.

faciliteter på grund av sin karaktär, sina egenskaper och, sammanfattningsvis, på grund av den teknik som används bidrar till nätets funktionalitet på ett ovärderligt sätt.

i vilken skyldigheten att förhandla om samtrafik var utsträckt till "[o]rganisationer som fått tillstånd att tillhandahålla sådana allmänna telenät och/eller allmänt tillgängliga teletjänster"<sup>33</sup> och dess motsvarighet i direktiv 2002/19, i vilken skyldigheten avgränsas till "operatörer av allmänna kommunikationsnät".

## 2. Den negativa avgränsningen

54. Andra företag i sektorn hamnar utanför. Detta följer av en systematisk tolkning av tillträdesdirektivet, i vars artikel 2.b samtrafik definieras som "den fysiska och logiska sammankopplingen av allmänna kommunikationsnät som används av samma eller ett annat företag ...". Om denna sammankoppling, i den form som beskrivs i definitionen, avser endast dessa nät, ankommer sammankopplingen följaktligen enbart på operatörer som innehar dessa nät eller som tillhandahåller tillhörande faciliteter till dessa.

55. Eftersom företag som tillhandahåller telekommunikationstjänster inte tillhör gruppen "operatörer av allmänna kommunikationsnät" omfattas de inte av skyldigheten att förhandla om samtrafiksavtal.

56. Denna uppfattning förstärks av en historisk tolkning. Vid en sådan visar sig kontrasten mellan artikel 4.1 i direktiv 97/33,

57. Nederländerna har i sitt yttrande i detta mål jämfört 1997 års direktiv med 2002 års direktiv och gjort gällande en motsatt uppfattning eftersom det i tillträdesdirektivet uttryckligen hänvisas till föregångaren.<sup>34</sup>

58. Såsom detta lands regering har medgett upphävdes emellertid direktiv 97/33 genom tillträdesdirektivet. Fastän det i skäl 8 i tillträdesdirektivet hänvisas till att "... [d]e existerande rättigheterna och skyldigheterna att förhandla om samtrafik bör... bibehållas", måste detta uttalande knytas till direktivets syfte, nämligen att "... [a]ndra nätoperatörer ... måste kunna leverera trafik till dessa kunder och måste därför kunna bedriva direkt eller indirekt samtrafik med varandra ...", varvid det betonas att samtrafik rör nätoperatörer.

33 — Vilket i praktiken motsvarade att inte lämna någon utanför.

34 — Punkt 46 i dess skriftliga yttrande.

59. Det förhållandet att uttrycket ”organisationer som fått tillstånd att tillhandahålla allmänt tillgängliga teletjänster” inte finns med i direktiv 2002/19 bekräftar ett synsätt som är mer gynnsamt för konkurrensen än det som gällde när direktiv 97/33 antogs. Till skillnad från vad som gällde tidigare satte man i tillträdesdirektivet nämligen mer tillit till marknadens förmåga att komma till rätta med brister som upptäcks, vilket för övrigt är en logisk följd av *minskningen* i myndigheternas inblandning.

60. Jag delar inte heller uppfattningen att det av artikel 7 i direktiv 2002/19 följer att samtrafiksskyldigheten enligt direktiv 97/33 skulle kvarstå oförändrad, eftersom denna artikel har den illustrativa rubriken ”Översyn av tidigare skyldigheter avseende tillträde och samtrafik”. Denna rubrik får varje försök att hävda att skyldigheterna gäller för evigt att falla platt till marken, framför allt när de redan gällande skyldigheterna står kvar endast till dess att de setts över och ”avgjorts i enlighet med punkt 3 i den här artikeln”.

### 3. Avfärdande av en extensiv tolkning

61. Nederländerna har anfört att det, trots att det i artikel 4 i tillträdesdirektivet hänvisas endast till ”operatörer av allmänna nät”, inte finns något som hindrar att samtrafiksskyldigheten utsträcks till ”leverantörer av telekommunikationstjänster” enligt artikel 6 i direktiv 2002/20/EG (auktorisationsdirektivet) och

punkt 3 i del A i bilagan till direktivet, i vilka bestämmelser medlemsstaterna medges ett stort utrymme för skönsässig bedömning när de reglerar telekommunikationer.

62. Det är nödvändigt att fundera över om tillträdesdirektivet ger medlemsstaterna behörighet att utöka de skyldigheter som föreskrivs i direktivet, men man måste vara försiktig så att denna bedömning inte förvränger ordalydelsen i Högsta förvaltningsdomstolens<sup>35</sup> begäran om hjälp från domstolen, som avser skyldigheten enligt direktiv 2002/19 att förhandla om samtrafik. Denna bestämmelse kan enligt min uppfattning inte tolkas så elastiskt utan att dess juridisk-tekniska innebörd eller behörigheten blir fel.

63. För det första ska villkor för allmän auktorisation för nät eller för elektroniska kommunikationstjänster som föreskrivs i direktiv 2002/19/EG, särskilt skyldigheterna som enligt artiklarna 5.1, 5.2, 6 och 8 i direktiv 2002/19/EG kan krävas av leverantörerna, ”i rättsligt avseende vara åtskilda från de rättigheter och skyldigheter som följer av den allmänna auktorisationen” (artikel 6.2 i direktiv 2002/20).

35 — Som redovisar sitt tvivel över några artiklar och skäl i tillträdesdirektivet.

64. För det andra utmärker sig bland de villkor som enligt punkt 3 i del A i bilagan till direktiv 2002/20 kan knytas till denna allmänna auktorisation, villkoret beträffande samverkan mellan tjänster och samtrafik mellan nät, vilka uttryck visar att gemenskapslagstiftaren använder språket med precision. Det är nämligen fråga om samverkan mellan tjänster medan det däremot rör sig om samtrafik mellan nät.<sup>36</sup> Samverkan och samtrafiken ska dessutom ske ”i enlighet med tillträdesdirektivet”,<sup>37</sup> till vilket det även hänvisas i artikel 4.2 a i auktorisationsdirektivet.

65. Om det föreslogs att den nationella lagstiftaren inte var bunden av artiklarna 5–8 i direktiv 2002/19<sup>38</sup> – om dessa förstås så, att de är riktade endast till regleringsmyndigheterna – skulle detta för det tredje bygga på en skev uppfattning av detta direktiv. Förutom att man skulle förbigå att det krävs statlig inblandning för att ge de nationella regleringsmyndigheterna konkreta befogenheter, skulle man nämligen bortse från det grundläggande förhållandet att dialogen för att nå fram till eventuella avtal om sammankoppling betraktas som en allmän åtgärd i artikel 4 i direktivet, men inte i dessa andra bestämmelser.<sup>39</sup>

36 — Av detta följer att det tekniskt sett inte finns samtrafik för tjänster, bara mellan nät.

37 — Punkt 3 i del A i bilagan *in fine*.

38 — Såsom Nederländerna på nytt har hävdad, i en argumentationslinje till stöd för en expansiv tolkning.

39 — Längre fram kommer jag att hänvisa till den dubbla karaktären hos skyldigheten att förhandla om samtrafik, eftersom den å ena sidan är en allmän åtgärd i tillträdesdirektivet som följer av artikel 4 och den å andra sidan kan föreskrivas av regleringsmyndigheterna som en åtgärd med stöd av artiklarna 8–12, i den omfattning som nationella lagar och föreskrifter tillåter.

66. För det fjärde är tillträdesdirektivet i detta avseende inte en minimireglering utan, såsom anges i skäl 14, ”... för att undvika överreglering bör det också fastställas att [denna uppsättning av möjliga skyldigheter utgör] de mest omfattande skyldigheter som kan tillämpas för företag ...”.

67. Fastän direktiv 2002/19 syftar till en harmonisering och motverkar hinder för förhandlingar, på en öppen och konkurrensutsatt marknad, särskilt när avtalen har ett gränsöverskridande inslag,<sup>40</sup> kan medlemsstaterna inte efter eget tycke utvidga gruppen av företag som ska ingå avtal om samtrafik. I så fall skulle risken för ett eventuellt ingrepp i den fria konkurrensen nämligen öka.

68. I artikel 39 i Vienstintämarkkinalaki passeras den tröskel som föreskrivs i direktiv 2002/19 beträffande företagens skyldigheter genom att skyldigheten att förhandla om samtrafik utsträcks till företag som tillhandahåller tjänster, en nyansskillnad som Finlands regerings ombud uttryckligen medgav vid förhandlingen.<sup>41</sup>

40 — Skäl 5 i direktiv 2002/19.

41 — Som svar på min fråga bekräftade Republiken Finlands ombud den stora generositeten i telekommunikationslagen, eftersom tillträdesdirektivet begränsar förhandlingsskyldigheten till operatörer av allmänna nät utan att ålägga företag som tillhandahåller tjänster denna skyldighet.



69. Marknadsekonomi ska inte begränsas utan anledning, eftersom ett frångående av denna godtas endast utifrån de mål som eftersträvas med gemenskapsrätten, och alltid med iakttagande av ändamålsenlighetsprincipen och proportionalitetsprincipen.<sup>42</sup>

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

71. I detta sammanhang talar principen om minsta möjliga ingripande – vilken princip är en återspeglning av proportionalitetsprincipen, för vilken gränserna fastställdes tidigt i denna domstols rättspraxis<sup>43</sup> utifrån lämplighet, nödvändighet och förhållandet mellan kostnader och intäkter – för att förhandlingskyldigheten, vilken skyldighet ska förstås

som en åtgärd *ex lege*,<sup>44</sup> inte ska åläggas andra företag än operatörer av allmänna nät.

72. I tillträdesdirektivet eftersträvas inte allmän förhandlingsskyldighet om samtrafik mellan samtliga företag,<sup>45</sup> utan endast mellan företag med allmänna nät. Detta är för övrigt en logisk förutsättning när man ska skapa villkor för konkurrens utan hinder, för vilken det är nödvändigt att förstå den grundläggande tanken, som återfinns i artikel 4 i direktiv 2002/19, att dessa regler är irrelevanta för telekommunikationstjänster.<sup>46</sup>

73. För att garantera sammankoppling av nät och tillhörande faciliteter har i gemenskapsystemet arbetats fram en grogrund för att uppnå fritt tillhandahållande av tjänsterna,<sup>47</sup> vars reglering stämmer bättre överens med konkurrensreglerna än med sektorsreglerna.

42 — Jag redovisade denna uppfattning i mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet C-227/07, kommissionen mot Polen.

43 — Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft (REG 1970, s. 1125; svensk specialutgåva, volym 1, s. 503), av den 24 oktober 1973 i mål 5/73, Balkan (REG 1973, s. 1091), av den 28 oktober 1975 i mål 36/75, Rutili (REG 1975, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s. 485), av den 7 juli 1976 i mål 118/75, Watson och Belmann (REG 1976, s. 1185; svensk specialutgåva, volym 31, s. 145), av den 5 juli 1977 i mål 114/76, Bela Mühle (REG 1977, s. 1211), av den 20 februari 1979 i mål 122/78, Buitoni (REG 1979, s. 677; svensk specialutgåva, volym 4, s. 385), av den 21 juni 1979 i mål 240/78, Atalanta (REG 1979, s. 2137), och av den 13 december 1979 i mål 44/79, Hauer (REG 1979, s. 3727; svensk specialutgåva, volym 4, s. 621).

44 — Jag insisterar på att denna följer direkt av artikel 4 i direktiv 2002/19.

45 — Detta kan man sluta sig till av skäl 14.

46 — I bestämmelsen föreskrivs en skyldighet till samtrafik (i näten) "i syfte att" tillhandahålla kommunikationstjänster.

47 — Genom dessa nät, när de väl sammankopplats.

C — Betydande inflytande på marknaden och förhandling om samtrafik

2. De enskilda administrativa åtgärderna

74. I tillträdesdirektivet föreskrivs en skyldighet att förhandla om samtrafik i två avseenden: den första såsom en allmän skyldighet och den andra såsom en särskild åtgärd. Dessutom beaktas, när skyldigheten åläggs genom en åtgärd från regleringsmyndighetens sida, om företaget som åläggandet är riktat till har en särskild betydelse på marknaden.

1. En allmän föreskrift

75. Artikel 4 innehåller ”rättigheter och skyldigheter för företag” och i artikeln föreskrivs en skyldighet att förhandla om samtrafik för alla operatörer av allmänna nät, oberoende av deras kommersiella betydelse.

76. Dessa rättigheter och skyldigheter följer således direkt av gemenskapsrätten, i vilken inte föreskrivs någon administrativ inblandning.

77. I artikel 5 definieras ”nationella regleringsmyndigheters befogenheter och ansvarsområden när det gäller tillträde och samtrafik”, varvid det i vissa fall föreskrivs en skyldighet att sammankoppla nät.

78. Räckvidden för dessa föreskrifter varierar, för medan artikel 4, som är direkt tillämplig, endast avser försök till avtal till förmån för ”operatörer av allmänna nät”, uppmanas de nationella regleringsmyndigheterna i artikel 5 att säkerställa att marknaden fungerar väl genom konkreta beslut och inte *in abstracto*.

3. Betydande inflytande på marknaden

79. Såsom framgår *e contrario* av artikel 5.1 är artikel 5 i direktivet inte begränsad till företag med betydande inflytande. Enligt vad jag har anfört finns en sådan föreskrift i artikel 8 i direktivet, som tillsammans med artikel 12.1 b ger de nationella myndigheterna en samling verktyg för att underlätta tillträdet till specifika nätfaciliteter.

80. Företagets inflytande avgränsar således tillämpningsområdet för å ena sidan artikel 5 utan att göra åtskillnad mellan adressater utifrån deras betydelse, och å andra sidan artiklarna 8 och 12, som utformats för företag med betydande inflytande.

81. Styrkan på marknaden<sup>48</sup> är således styrande i ett system med asymmetriska regler för samtrafik, som är beroende av hur de definieras och hur de erkänns av den behöriga myndigheten,<sup>49</sup> till vilket tillkommer begreppets dynamiska karaktär och dess uppdelning i marknader som eventuellt leder till att en operatör kan ha en överlägsen ställning beroende på verksamhetssegment.

82. Enligt direktiv 97/33 hade företag med en större andel än 25 procent av marknaden ett betydande inflytande, såvida de inte, utan att ha uppnått en sådan andel, skulle anses ha ett sådant inflytande, eller, trots att de uppnått en sådan andel inte skulle anses ha ett sådant inflytande. Därvid skulle hänsyn tas till företagets förmåga att påverka marknaden, dess omsättning, dess styrning av slutanvändarnas möjlighet att få tillträde, dess finansieringsresurser och dess erfarenhet (artikel 4.3).

48 — Denna beteckning härrör från det engelska uttrycket "significant market power".

49 — Ett förfarande som föreskrivs i artiklarna 15 och 16 i ramdirektivet som är mycket komplicerat, som jag, med hänsyn till att TeliaSonera Finland inte deltagit i diskussionen *ad casum*, låter bli att kommentera.

83. I tillträdesdirektivet hänvisas till ramdirektivet när det gäller frågan om vilka företag som har betydande inflytande. Enligt ramdirektivet ska ett företag anses ha ett sådant inflytande om det, antingen enskilt eller tillsammans med andra, har en ställning som är likvärdig med dominans, det vill säga en ställning av sådan ekonomisk styrka att det kan uppträda oberoende av sina konkurrenter, av sina kunder och i sista hand av konsumenterna (artikel 14.2 första stycket i ramdirektivet).

D — *En systematisk tolkning av tillträdesdirektivet och dess förhållande till nationell lag*

a) Artikel 4 i direktiv 2002/19

84. För företag som tillhandahåller allmänna nät och som, såsom TeliaSonera, genom en administrativ åtgärd har ansetts sakna sådan marknadsstyrka, upphör samtrafiksskyldigheten efter endast en förhandling, utan någon skyldighet att nå en överenskommelse.

85. I direktiv 97/33 krävdes dock av dem som hade en sådan styrka att de skulle uppfylla alla rimliga önskemål om tillträde (artikel 4.2),

vilken skyldighet upprepas i tillträdesdirektivet (artiklarna 4.1, 5.1 och 5.4), i vilket, såsom jag har påpekat, även införs konkreta skyldigheter för dominerande organisationer (artikel 8, jämförd med artikel 12).

86. Det har inte undgått mig att skäl 1 i direktiv 2002/19 ger stöd för en vid tolkning av dessa skyldigheter, genom att de gäller för nät och för "system för tillträde till och samtrafik mellan tjänsteleverantörer". I linje med detta hänvisas i skälen 5 och 6 till att "företag som erhåller begäran om tillträde eller samtrafik i princip [bör] ingå sådana avtal ..." och till "förhandlingsstyrka mellan olika företag", således utan någon begränsning till "operatörer av allmänna nät".

87. En stunds eftertanke avslöjar emellertid att detta första intryck är felaktigt, vilket intryck passar dåligt ihop med de rättsliga principerna i direktivet, vilka principer bygger på frihandel.

88. Dessutom har det i rättspraxis slagits fast att ingressen till en gemenskapsrättsakt inte är juridiskt bindande och inte kan åberopas för att motivera undantag från bestämmelserna i rättsakten eller för att tolka dem på ett sätt

som uttryckligen strider mot bestämmelsernas ordalydelse.<sup>50</sup>

89. Fastän många kommunikationsföretag i praktiken "tillhandahåller nät" samtidigt som de "tillhandahåller tjänster", visar sig denna dubbelhet i skäl 1 i tillträdesdirektivet, där avtal erkänns, men mellan likar. Det görs alltså åtskillnad mellan "operatörer av nät" och "företag som tillhandahåller tjänster".

90. Även om Telia Sonera överför meddelanden enligt samma villkor som iMEZ Ab (såsom tjänsteföretag), skulle endast förstnämnda företag kunna åläggas skyldigheten enligt artikel 4 i direktiv 2002/19, för det fall iMEZ Ab hade ett allmänt kommunikationsnät. I motsatt fall skulle detta företag endast vara användare<sup>51</sup> av TeliaSoneras nät, utan rätt att begära denna sammankoppling.

91. Om TeliaSonera agerar i egenskap av operatör av allmänna telekommunika-

50 — Domstolens dom av den 19 november 1998 i mål C-162/97, Nilsson m.fl. (REG 1998, s. I-7477), punkt 54, och av den 25 november 1998 i mål C-308/97, Manfredi (REG 1998, s. I-7685), punkt 30.

51 — En användare definieras i artikel 2 h i direktiv 2002/21 som "en fysisk eller juridisk person som använder eller efterfrågar en allmänt tillgänglig elektronisk kommunikationstjänst", i motsats till slutanvändare som utmärker sig genom att inte tillhandahålla "allmänna... nät eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster" (artikel 2 n i direktiv 2002/21).

tionsnät, krävs således för att företaget ska vara skyldigt att med god vilja diskutera samtrafik med iMEZ Ab att detta företag också är ett sådant företag.

92. 39 § i Vienstintämärkkinalaki följer inte denna inriktning, för enligt denna bestämmelse åläggs alla telekommunikationsföretag en förhandlingsskyldighet. I propositionen till denna lag, som regeringen presenterade för parlamentet, förklaras i författningskommentaren avseende 39 § första stycket att skyldigheten att förhandla gäller alla företag och motsvarar den i artikel 12.1 d i tillträdesdirektivet.

93. Härigenom visar sig förvirringen i det aktuella målet, vilken iMEZ Ab har redogjort för i sitt skriftliga yttrande, när bolaget har anfört att hänvisningen i 39 § första stycket i den nationella lagen till artikel 12 i tillträdesdirektivet, såsom redan har betonats, är begränsad till endast dominerande företag, i stället för att hänvisa till dess artikel 4, som är tillämplig på operatörer av allmänna nät oberoende av deras styrka.

94. Det ankommer på Högsta förvaltningsdomstolen att klarlägga om iMEZ Ab:s ”nät”<sup>52</sup> omfattas av ramdirektivets definition av ”allmänna kommunikationsnät”. Den ska därvid bedöma nätens funktionalitet och särskilt huruvida de är ägnade att tillhandahålla allmänna kommunikationstjänster<sup>53</sup> eller, såsom tillhörande faciliteter, främja eller hjälpa deras utveckling.

95. Ett annat pålitligt kriterium är begreppet företag som tillhandahåller nätet (artikel 2 m i ramdirektivet), som utöver företag som etablerar näten eller tillgängliggör dem omfattar företag som driver näten eller kontrollerar dem.

96. Den finska domstolen måste även utreda karaktären hos iMEZ Ab:s nät och därvid använda sig uteslutande av begreppet ”elektroniska kommunikationstjänster”<sup>54</sup> för att avgöra om dess infrastruktur enbart bär upp förvaltningen av dessa applikationer eller om den har en potential som är jämförbar med den som näten har.

52 — I begäran om förhandsavgörande betecknas det korsvirke (jag utgår från att det rör sig om SMSC- och MMSC-meddelandecentren) som iMEZ Ab använder för att bedriva sin verksamhet som nät, fastän den nationella domstolens tvivel rör just dessa centers karaktär eftersom Högsta förvaltningsdomstolen, till skillnad från vissa av dem som har yttrat sig i detta förfarande, såsom den finska och den tyska regeringen, har den utgångspunkten, som förespråkats i detta förslag till avgörande, att endast operatörer av allmänna kommunikationsnät är skyldiga att förhandla och inte andra företag.

53 — Artikel 2 d i direktiv 2002/21.

54 — Artikel 2 c i direktiv 2002/21.

97. Slutligen måste den nationella domstolen utreda om "Short Message Service Center (SMSC)" och "Multimedia Messaging Service Center (MMSC)" är att anse som allmänna telekommunikationsnät<sup>55</sup> eller delar som genom ett gränssnitt kan ingå i ett sådant nät,<sup>56</sup> för att betrakta företaget som en operatör.<sup>57</sup>

98. Företaget iMEZ har hävdad att den svenska regleringsmyndigheten (kommunikationsmyndigheten PTS) har erkänt företaget som ett nätföretag genom att tilldela företaget en egen Mobile Network Code.<sup>58</sup>

99. Detta faktiska förhållande, som inträffat i Sverige, ska emellertid inte ha verkningar över gränserna och på ett avgörande sätt påverka den finska telekommunikationsmarknaden,<sup>59</sup> eftersom tilldelning av Mobile Network Code sker utifrån tekniska parametrar som gemenskapsrätten inte har

monopol på<sup>60</sup> och eftersom det ankommer på varje nationell myndighet att i enlighet med, bland flera rättsregler,<sup>61</sup> Internationella teleunionens rekommendationer bedöma om sådan tilldelning ska ske.<sup>62</sup>

100. För att svara på frågorna 2 och 1a, ska artikel 4 i tillträdesdirektivet tolkas så, att skyldigheten att förhandla om samtrafik beror på vilket slags nät som iMEZ Ab har, eftersom förhandlingsskyldigheten gäller endast mellan företag som betecknas som "operatörer av allmänna elektroniska kommunikationsnät", oberoende av om de har ett betydande inflytande på marknaden.

b) Artikel 5 i direktiv 2002/19

55 — Det är inte möjligt att bortse från detta alternativ. Den snabba tekniska utvecklingen kräver att man fjärrar sig från en tolkning som bygger på "traditionella nät", för såsom Ariño, G., Aguilera, L., och De la Cuétara, J. M., betonar i *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996, s. 31, omfattar det, förutom allmänna och privata nät, en stor mångfald, utifrån graden av specialisering och de delar som det innefattar, utan att variationen och framstegen minskar dess karaktär av nyckeldel i telekommunikationssystemet.

56 — En uppfattning som iMEZ hävdad i sitt skriftliga yttrande.

57 — Såsom förvaltaren av tillhörande faciliteter, vilket den litauiska regeringen hävdad.

58 — MCC- och MNC-nummerkoder, engelska förkortningar för Mobile Country Code och Mobile Network Code, används tillsammans för att identifiera landet och mobiltelefonoperatörerna som använder kommunikationsnät.

59 — Såvida det inte föreligger några likartade tekniska och rättsliga omständigheter mellan de mekanismer som iMEZ använder sig av i Finland och i Sverige, eftersom båda lagstiftningar härrör från samma gemenskapskälla (det "nya regelverket").

101. Det återstår att utreda om regleringsmyndigheterna kan anse att förhandlingsskyldigheten inte är uppfylld när ett företag utan

60 — Kommissionens ombud gjorde vid förhandlingen gällande att de inte omfattas av gemenskapsharmoniseringen och att kriterierna för att bevilja dem fastställs enbart av staterna.

61 — På den svenska regleringsmyndighetens hemsida ([www.pts.se](http://www.pts.se)) är det möjligt att på engelska ta del av dess vägledning av den 23 december 2008, "Plan of Mobile Networks Codes (MNC) according to ITU-T Recommendation E.212".

62 — E.212 i ITU (Internationella Teleunionen) kallas "The international identification plan for mobile terminals and mobile user".

betydande inflytande på marknaden erbjuder ett annat företag samtrafik på villkor som är ensidiga och ägnade att hindra utvecklingen av slutkundsmarknaden, eftersom de förhindrar det sistnämnda företagens kunder från att utnyttja det företags tjänster (punkt [1].b i tolkningsfrågorna).

villkor för att komma till rätta med situationen.<sup>64</sup> Genom artikel 5.4 i tillträdesdirektivet<sup>65</sup> ges regleringsmyndigheten emellertid rätt att göra detta, mot bakgrund av den behörighet att ingripa som den ges i artikel 20.1 i ramdirektivet.<sup>66</sup>

102. Ett jakande svar följer av att den ändamålsenliga verkan av artikel 4 i direktiv 2002/19 bibehålls, sedan det gjorts en bedömning av om operatören agerat med god vilja<sup>63</sup> för att utvärdera dess verkliga vilja att nå fram till ett avtal utifrån indikationer såsom rimligheten och allvaret i dess förslag.

104. Artikel 4 i direktiv 2002/19 hindrar inte att de nationella myndigheterna med stöd av artikel 5 i direktivet ålägger företag som kontrollerar tillträdet till slutanvändarna vissa skyldigheter för att säkerställa att slutanvändarna kan nå varandra, "... bland annat när detta är motiverat [av] skyldigheten att bedriva samtrafik mellan deras nät om detta inte redan sker"<sup>67</sup>.

103. Om den nationella regleringsmyndigheten konstaterar att denna skyldighet inte har uppfyllts, kan den emellertid inte med stöd av enbart artikel 4 lägga till ytterligare

64 — Genom ett renodlat resonemang har den rumänska regeringen uppmärksammat denna olägenhet i punkterna 71–73 i sitt yttrande.

65 — "När det gäller tillträde och samtrafik skall medlemsstaterna säkerställa att den nationella regleringsmyndigheten har befogenhet att ingripa på eget initiativ när detta är motiverat eller, om det saknas avtal mellan företag, på begäran av någon av de berörda parterna för att säkerställa de politiska mål som anges i artikel 8 i direktiv 2002/21/EG (ramdirektiv), i enlighet med bestämmelserna i det här direktivet och förfarandena i artiklarna 6, 7, 20 och 21 i direktiv 2002/21/EG (ramdirektiv)."

66 — "Om en tvist i samband med de skyldigheter som uppstår genom detta direktiv eller särdirektiven uppkommer mellan företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät eller kommunikationstjänster i en medlemsstat, skall den berörda nationella regleringsmyndigheten på begäran av någon av parterna, och utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i punkt 2, så snart som möjligt, dock senast inom fyra månader, utom i undantagsfall, fatta ett bindande beslut för att lösa tvisten. Medlemsstaten ifråga skall kräva att alla parter samarbetar fullt ut med den nationella regleringsmyndigheten."

67 — I propositionen till Vienstintämärkinalaki anges att genom 39 § tredje stycket genomförs artikel 5.1 a i tillträdesdirektivet och förespråkas samtrafik med liknande ordalag.

63 — Vid förhandlingen, vilket krävs uttryckligen i skäl 5 i direktiv 2002/19.

105. I föreskriften framskyntar doktrinen avseende begreppet "essential facilities",<sup>68</sup> eftersom den ger nya operatörer, med samma privilegier, tillträde till existerande infrastruktur, och trots att dialogen för att nå samtrafik inte nämns, godtas genom de nämnda åtgärdernas öppna karaktär, bland de åtgärder som är möjliga, förhandling om samtrafik, vilket är en måttligare skyldighet än en direkt skyldighet till samtrafik.<sup>69</sup>

106. Förstainstansrätten medgav i ett annat sammanhang än telekommunikationer<sup>70</sup> att om en anläggning är "oumbärlig", måste ägaren ingå avtal med andra företag om dess användning, under förutsättning att de behöver den för sin verksamhet. Denna uppfattning mildrades emellertid genom en rad stränga rekvisit för att undvika missbruk av en dominerande ställning (artikel 82 EG).

68 — Till denna har den litauiska regeringen hänfört sig i punkt 38 i sitt förslag till avgörande.

69 — *A maiori ad minus*.

70 — I mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet kommissionen mot Polen hänvisade jag till dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791), i vilken dom tidigare rättspraxis analyserades (dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, Commercial Solvents mot kommissionen (REG 1974, s. 223; svensk specialutgåva, volym 2, s. 229), av den 3 oktober 1985 i mål 311/84, CBEM (REG 1985, s. 3261), och av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen (REG 1995, s. I-743), och förklarades att ägaren av det enda riktäckande systemet som fanns i den staten för utbärning av dagstidningar inte gjorde sig skyldig till missbruk av en dominerande ställning när den nekade en annan tidningsutgivare distribution, när sistnämnda tidningsutgivare hade alternativa sätt att distribuera tidningar, exempelvis per post eller försäljning i affärer eller kiosker och det inte förelåg tekniska, lagliga eller ekonomiska hinder som gjorde det omöjligt eller försvarade för konkurrenterna att inrätta ett eget distributionssystem.

107. I fallet med artikel 5 förutsätter förhandling att TeliaSonera kontrollerar tillträdet till slutanvändarna. Dess nät anses som "oumbärliga" och bestämmelsen tillämplig endast när iMEZ Ab inte kan klara sig utan dem, eftersom företaget inte rimligen kan bygga upp ett eget nät, varför detta företag hindras från tillträde och underkastas begränsningar som är oacceptabla. Högsta förvaltningsdomstolen får inte glömma bort det kommersiella förhållandet mellan iMEZ Ab och Elisa Oyj. Om iMEZ Ab använde sig av Elisa Oyj:s strukturer i Finland skulle det nämligen kunna uppfylla sina kunders förväntningar.

108. Eftersom det görs åtskillnad mellan "tillträde"<sup>71</sup> och "samtrafik",<sup>72</sup> åläggs inte samtrafik med tjänster, utan endast samtrafik med nät eller med tillhörande faciliteter. Därvid förblir artikel 4 konsekvent, vilken bestämmelse den nationella domstolen har grundat sig på och som kompletteras av artikel 5 i direktiv 2002/19.

109. Samtrafik aktualiseras mellan enskilda, kan jämföras med ett privaträttsligt institut<sup>73</sup> och förutsätter en teknik för samspel mellan nät av andra slag.

71 — Detta definieras i artikel 2 a i direktiv 2002/19.

72 — I artikel 2 b i direktiv 2002/19 nyanseras dess innehåll.

73 — Saracci, F., a.a., s. 106, och Strubel, X., "Brèves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécommunications", *Lex Electronica*, nr 4/1998, Internet: www.lex-electronica.org.



110. Vid sidan om detta orsakar tillträdet vidare rättsliga verkningar än enbart sammankoppling av infrastruktur, eftersom det innefattar att ställa en rad resurser och tjänster till förfogande och omfattar "samtrafik", som utgör ett särskilt slags tillträde mellan operatörer av allmänna nät (artikel 2 b i direktiv 2002/19).

111. Genom dessa preciseringar följer att fråga 1 c ska besvaras så, att när de nationella regleringsmyndigheterna väl slagit fast att artikel 4 i direktiv 2002/19 åsidosatts kan de inte ålägga ett telekommunikationsföretag en skyldighet att förhandla med god vilja om samtrafik av dess system för text- och multimediameddelandetjänster med ett annat företags system som också ägnar sig åt sådana överföringar.

112. De har emellertid enligt artikel 5.4 i direktiv 2002/19 befogenhet att kräva av varje operatör som kontrollerar tillträdet till slutkunderna att de ska förhandla med god vilja om samtrafik mellan dess nät och en annan operatörs nät (i förevarande fall nät för text- och multimediameddelanden), för att dessa tjänster ska samverka på ett rimligt sätt

för att gagna slutanvändarna, under förutsättning att övriga rekvisit i denna artikel är uppfyllda.

113. Det erinras dock om att enligt artikel 7.3 i ramdirektivet ska den nationella regleringsmyndigheten göra "förslaget till åtgärd" liksom dess motivering tillgängligt för kommissionen och regleringsmyndigheterna i de andra medlemsstaterna, så att de, om de anser det lämpligt, kan yttra sig i frågan.

c) Artiklarna 8 och 12 i direktiv 2002/19

114. Fastän det i 39 § första stycket Vientintämarkkinalaki hänvisas till artikel 12 i direktiv 2002/19 måste det, till följd av att TeliaSoneras ställning på marknaden inte har fastställts,<sup>74</sup> uteslutas att artiklarna 8 och 12 i direktiv 2002/19 är tillämpliga, eftersom de endast avser samtrafik och tillträde för företag med betydande inflytande i sektorn, vilket det inte är fråga om i förevarande fall.

<sup>74</sup> — Enligt uppgifter i det finska beslutet av den 11 december 2006 som detta lands högsta förvaltningsdomstol har tillhandahållit.

**VII — Förslag till avgörande**

115. Av ovan anförda skäl föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Högsta förvaltningsdomstolen har ställt enligt följande:

- 1) Artikel 4.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter, jämförd med dels skälen 5, 6 och 8, dels artiklarna 8 och 5, ska tolkas på följande sätt:
  - a) I en nationell bestämmelse kan vilka företag som helst, oberoende av om de har ett betydande inflytande på marknaden, åläggas en skyldighet att förhandla om samtrafik, under förutsättning att de är operatörer av allmänna telekommunikationsnät.
  - b) De nationella regleringsmyndigheterna kan anse att skyldigheten att förhandla med god vilja inte har uppfyllts när en operatör av allmänna telekommunikationsnät, som inte har ett betydande inflytande på marknaden, erbjuder en annan operatör samtrafik på villkor som enligt myndigheternas uppfattning är ensidiga och kan hindra utvecklingen av konkurrensutsatt slutkundsmarknad genom att faktiskt hindra att en annan operatör av allmänna telekommunikationer tillhandahåller sina kunder en möjlighet att skicka multimediameddelanden till slutkunder som är anslutna till operatörens nät.

- c) De nationella regleringsmyndigheterna får inte ålägga en skyldighet att förhandla om samtrafik mellan företagens system av text- och multimedia-meddelandetjänster, trots att de genom artikel 5.4 i direktiv 2002/19 har befogenhet att kräva av en operatör av allmänna nät, som inte har något betydande inflytande på marknaden men som kontrollerar tillträdet till slutanvändarna, att förhandla med god vilja om samtrafik mellan dess nät och den andra operatörens nät för att uppnå samverkan mellan meddelandetjänsterna på rimliga villkor och till nytta för slutanvändarna, under förutsättning att övriga villkor i artikel 5 i tillträdesdirektivet och i artikel 7.3 i ramdirektivet är uppfyllda.
- 2) En tolkning i överensstämmelse med artikel 4 i tillträdesdirektivet innebär att skyldigheten att förhandla om samtrafik är avhängig karaktären på iMEZ Ab:s nät, eftersom artikeln gör det möjligt att införa en sådan skyldighet för företag som betecknas som "operatörer av allmänna elektroniska kommunikationsnät", oberoende av om de har ett betydande inflytande på marknaden. Det ankommer på den nationella domstolen att utreda om iMEZ Ab:s nät omfattas av ramdirektivets definition av "allmänna kommunikationsnät", varvid den ska överväga nätens funktionalitet och särskilt huruvida de är ägnade att tillhandahålla elektroniska kommunikationstjänster till allmänheten eller, såsom tillhörande faciliteter, underlätta att de fungerar.