

Sag C-243/21**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

14. april 2021

Forelæggende ret:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Polen)

Afgørelse af:

6. april 2021

Sagsøgere:

»TOYA« sp. z o.o.

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji

Sagsøgt:

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Hovedsagens genstand

Sagen for den forelæggende ret vedrører at søgsmål anlagt af TOYA sp. z o.o. [(herefter »TOYA«)] til prøvelse af afgørelsen truffet af Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (præsidenten for kontoret for elektronisk kommunikation, herefter »PUKE«), hvori PUKE *ex ante* har specificeret betingelserne for adgang til TOYA's fysiske infrastruktur og dermed forpligtet virksomheden til at sikre, at denne er parat til at indgå rammeaftaler og specificke kontrakter samt acceptere anmodninger om adgang til fysisk infrastruktur i overensstemmelse med bestemmelserne om adgangsbetingelser i denne afgørelse.

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

På baggrund af artikel 267 TEUF ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i EU-retten vedrørende regulering af telekommunikationsmarkedet er til hinder for en fortolkning af artikel 18, stk. 3, i ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (lov om udvikling

af telekommunikationstjenester og –net), hvorefter denne bestemmelse giver PUKE ret til at pålægge en telekommunikationsvirksomhed, der har en fysisk infrastruktur, og som også er udbyder af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller -net, men som ikke har en betydelig position på markedet for kabelkanaler, en forpligtelse til at opfylde betingelserne, der er fastsat *ex ante* af PUKE om adgang til operatørens fysiske infrastruktur, herunder regler og procedurer for indgåelse af kontrakter og gældende adgangsgebyrer, uanset om der foreligger en tvist om adgang til denne operatørs fysiske infrastruktur og eksistensen af effektiv konkurrence på markedet.

Ved afgørelsen af sagen skal den forelæggende ret forholde sig til den retstilstand og de faktiske omstændigheder på datoen for den nævnte afgørelse, dvs. den 11. september 2018, hvor direktiv 2002/19/EF og 2002/21/EF var gældende, idet disse direktiver blev ophævet med virkning fra den 21. december 2020 i henhold til artikel 125 i direktivet om oprettelse af et europæisk kodeks for elektronisk kommunikation (herefter »EKEK-direktivet«), der erstattede bestemmelserne i disse direktiver. Desuden er EKEK-direktivet endnu ikke gennemført i polsk ret. Skulle Domstolen imidlertid konkludere, at genstanden for de foreslåede spørgsmål burde være bestemmelserne i EKEK-direktivet, anmoder den forelæggende ret om svar på spørgsmålet stillet som alternativ II.

De(t) præjudicielle spørgsmål

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

Alternativ II:

2. Skal artikel 67, stk. 1 og 2, sammenholdt med artikel 68, stk. 2 og 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1972 af 11. december 2018 om oprettelse af en europæisk kodeks for elektronisk kommunikation, sammenholdt med artikel 3, stk. 5, og artikel 1, stk. 3 og 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/61/EU af 15. maj 2014 om foranstaltninger til at reducere

omkostningerne ved etablering af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation, fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for, at en national tilsynsmyndighed pålægger en operatør af fysisk infrastruktur, som også er udbyder af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller -net, der ikke er udpeget som en operatør med en betydelig markedsstilling, forpligtelsen til at anvende forhåndsbetingelser, der er fastlagt *ex ante* af denne myndighed, for adgang til den fysiske infrastruktur hos denne operatør, samt regler og procedurer for indgåelse af kontrakter og gældende adgangsgebyr, uanset om der foreligger en tvist om adgang til operatørens fysiske infrastruktur og eksistensen af effektiv konkurrence på markedet?

Anførte EU-retlige bestemmelser

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/61/EU af 15. maj 2014 om foranstaltninger til at reducere omkostningerne ved etablering af højhastighedsnet til elektronisk kommunikation (EUT L 155, s. 1), som ændret (herefter »omkostningsdirektivet«) – artikel 1, stk. 4, og artikel 3, stk. 1, 2 og 5.

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. 33) som ændret – artikel 8, stk. 5.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet) (EUT 2002 L 108, s. 7), som ændret – artikel 8, stk. 1-5, og artikel 9, stk. 1 og 2.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1972 af 11. december 2018 om oprettelse af en europæisk kodeks for elektronisk kommunikation (EUT L 321, s. 36) - artikel 67, stk. 1 og 3, og artikel 68.

Relevante nationale retsfor skrifter

Ustawa af 7. maj 2010 o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (lov af 7.5.2010 om udvikling af telekommunikationstjenester og netværk) (konsolideret udgave: Dziennik Ustaw af 2017, punkt 2062) (herefter: »lov om udvikling af telekommunikationstjenester og -net«) – artikel 17, stk. 1 og 2, artikel 18, stk. 1-3 og stk. 6-8, og artikel 22, stk. 1-3.

Ustawa af 16. juli 2004 prawo telekomunikacyjne (lov af 16.7.2004 om telekommunikation (konsolideret udgave: Dziennik Ustaw af 2019, punkt 2460) (herefter »telekommunikationsloven«) – artikel 139.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 TOYA er i henhold til lov om udvikling af telekommunikationstjenester og -net en telekommunikationsvirksomhed og netværksoperatør.
- 2 PUKE indledte ex-officio en administrativ procedure og opfordrede TOYA til at fremlægge oplysninger om betingelserne for at sikre adgang til virksomhedens fysiske infrastruktur. Som svar videregav TOYA de ønskede oplysninger.
- 3 Den 11. september 2018 traf PUKE en afgørelse, der specificerede betingelserne for adgang til den fysiske infrastruktur hos TOYA med hensyn til kabelkanaler og telekommunikationskanaler ind i bygninger og forpligtede TOYA til at sikre, at de var parate til at indgå rammeaftaler og specifikke kontrakter samt acceptere anmodninger om adgang til fysisk infrastruktur i overensstemmelse med bestemmelserne i adgangsbetingelserne i beslutningen.
- 4 TOYA har anlagt sag til prøvelse af afgørelsen truffet af PUKE ved Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (den regionale domstol i Warszawa, retten for konkurrence og forbrugerbeskyttelse (den forelæggende ret)).

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 5 I begrundelsen for afgørelsen henviste PUKE til artikel 18, stk. 3, i lov om udvikling af telekommunikationstjenester og -net, hvorefter PUKE, efter at netværksoperatøren har fremlagt oplysninger om betingelserne for adgang til fysisk infrastruktur, på grundlag af kriterierne i artikel 22, stk. 1-3, ved afgørelse kan definere betingelserne for at sikre adgang til fysisk infrastruktur. I henhold til artikel 22, stk. 1, i lov om udvikling af telekommunikationstjenester og netværk, træffer PUKE afgørelse om adgang til fysisk infrastruktur, idet der især tages hensyn til behovet for at sikre ikke-diskriminerende og forholdsmæssige adgangsbetingelser.
- 6 PUKE understregede, at disse principper er forankret i EU-retten, herunder primært i EU-traktaten. Derfor bør de anvendes under hensyntagen til EU-retten og EU-retspraksis. Proportionalitetsprincippet betyder, at betingelserne for adgang til fysisk infrastruktur, der er fastlagt i den administrative afgørelse, skal være nødvendige og forholdsmæssige, og at de anvendte foranstaltninger samtidig skal være mindst muligt indgribende. Dette princip indebærer et forbud mod at anvende mere bebyrdende foranstaltninger, end hvad der er nødvendigt. Derfor skal det først, når medlemsstaterne vurderer nødvendigheden af en bestemt foranstaltning, vurderes, om der findes en mindre indgribende foranstaltning, der kan anvendes i den konkrete situation. Vurderingen af nødvendigheden og omfanget af foranstaltningen ligger inden for den myndigheds kompetence, der verificerer de lovfastede betingelser. Proportionalitetsprincippet er altid knyttet til specifikke og konkurrerende interesser. Vedrørende dette princip besluttede

PUKE, at der ikke var andre muligheder for at definere betingelserne for adgang til fysisk infrastruktur hos TOYA end ved en administrativ afgørelse. Efter PUKES opfattelse var adgangsreglerne i afgørelsen, til trods for, at de påvirkede TOYAs ejendomsret, ikke overdrevent bebyrdende for virksomheden, og de tager behørigt hensyn til virksomhedens rettigheder og interesser. Navnlig fratages virksomheden ikke muligheden for fortsat at definere rammeaftalens indhold, således at dette indehold stemmer overens med de driftsregler, der er vedtaget i virksomheden, forudsat at bestemmelserne i en sådan rammeaftale ikke er i modstrid med adgangsbetingelserne specificeret i afgørelsen og ikke er mindre gunstige for virksomheder, der har en sådan adgang.

- 7 PUKEN henviste også til, at bestemmelserne i lov om udvikling af telekommunikationstjenester og -net med hensyn til de betingelser, der giver PUKEN ret til at træffe afgørelser, der specificerer betingelserne for at give adgang til fysisk infrastruktur, hverken henviser til omfanget af den infrastruktur, der ejes, eller antallet af tvister over adgang til infrastruktur. Derfor tog PUKEN ved udstedelsen af afgørelsen hensyn til, at TOYA ville være forpligtet til at sikre ligebehandling af erhvervsdrivende ved ansøgninger om adgang, som fremgår i artikel 17, i lov om udvikling af telekommunikationstjenester og -net. Under hensyntagen til behovet for at sikre forholdsmæssige adgangsbetingelser udarbejdede PUKEN adgangsbetingelserne ved at anvende tilstrækkelige og samtidig minimale foranstaltninger for at sikre formålet med denne adgang.
- 8 PUKEN forklarede, at afgørelsen er i overensstemmelse med målene i omkostningsdirektivet, hvis bestemmelser blev gennemført i polsk ret ved lov om udvikling af telekommunikationstjenester og -net. Navnlig henviste PUKEN til fjerde, femte, syvende, ottende og niende betragtning til dette direktiv, som påpeger fordelene ved deling af infrastruktur og behovet for at fjerne barrierer, der fører til ineffektiv udnyttelse af eksisterende ressourcer. Ifølge PUKEN er den i afgørelsens konklusion vedtagne universelle procedure, der specificerer betingelserne for adgang til fysisk infrastruktur, med til at bidrage til harmonisering af tidsfrister, procedurer og markedspriser i forbindelse med sikring af adgang til kabelkanaler. Som følge heraf vil afgørelsen sikre ligebehandling af alle operatører, bidrage til at reducere omkostningerne ved telekommunikationsvirksomheders erhvervelse af infrastruktur, der kræver adgang til fysisk infrastruktur, og det vil give bredere adgang til kabelkanaler.
- 9 PUKEN var af den opfattelse, at artikel 18, stk. 3, i lov om udvikling af telekommunikationstjenester og -net, giver PUKEN bemyndigelse til at definere betingelserne for at sikre adgang til fysisk infrastruktur i enhver situation, selv når der ikke er nogen tvist mellem parterne, og også når operatøren ikke har en betydelig stilling på det relevante marked.
- 10 Ifølge TOYA tilsidesætter en afgørelse, der *ex ante* pålægger virksomheden en forpligtelse til at anvende en rammeaftale, groft artikel 3, stk. 2 og 5, i omkostningsdirektivet samt 12. betragtning til og artikel 1, stk. 4, i omkostningsdirektivet, sammenholdt med artikel 8, stk. 2 og 3, i

adgangsdirektivet og artikel 8, stk. 5, litra f), i rammedirektivet, hvorefter en sådan forpligtelse kun kan pålægges en operatør med en stærk stilling på det relevante marked, der er udpeget og korrekt analyseret af den nationale tilsynsmyndighed.

Kort fremstilling for begrundelsen for forelæggelsen

- 11 Det centrale spørgsmål, der er af afgørende betydning for den foreliggende sags afgørelse, er fortolkningen af 18 stk. 3, i lov om udvikling af telekommunikationstjenester og -net, i lyset af EU-reglerne om regulering af telekommunikationsmarkedet.
- 12 Artikel 18 blev indført i polsk ret med henblik på at gennemføre de hensigter og løsninger, der følger af omkostningsdirektivet, hvis formål er at reducere omkostningerne ved at give adgang til bredbåndsinternet.
- 13 Artikel 3, stk. 2, i omkostningsdirektivet foreskriver, at alle netoperatører har pligt til at imødekomme enhver rimelig anmodning om adgang til deres fysiske infrastruktur på retfærdige og rimelige vilkår. I tilfælde af afslag på at give adgang eller bilæggelse af en tvist vedrørende de detaljerede vilkår og principper for sådan adgang, skal den nationale tilsynsmyndighed i henhold til artikel 3, stk. 5, i omkostningsdirektivet, træffe en afgørelse, der løser tvisten. Derfor forudsætter omkostningsdirektivet kun indblanding fra den nationale tilsynsmyndighed i tilfælde af uenighed i en bestemt sag, og indeholder ikke regler, der tillader denne myndighed at pålægge en forpligtelse til at anvende rammetilbud i denne henseende eller blande sig i sådanne tilbud.
- 14 På baggrund af bestemmelserne i omkostningsdirektivet er PUKE's iværksættelse af en indgribende foranstaltning i form af en administrativ afgørelse, der specificerer betingelserne for adgang til fysisk infrastruktur og forpligter TOYA til at anvende dem på enhver operatør, der anmoder om adgang til infrastrukturen, tvivlsom. For at nå formålene i omkostningsdirektivet ville det være tilstrækkeligt kun at anvende administrative afgørelser, hvis der foreligger en tvist eller konkurrenceforvridning på et givet marked.
- 15 Desuden pålægger afgørelsen TOYA *ex ante* forpligtelser, mens det fremgår af bestemmelserne i adgangsdirektivet og rammedirektivet – og nu af EKEK-direktivet – at sådanne forpligtelser kun kan pålægges i mangel på effektiv og afbalanceret konkurrence på et givet marked, og på operatører med en stærk stilling på dette marked. Imidlertid havde PUKE, inden afgørelse blev truffet, ikke foretaget en analyse af, om der var effektiv konkurrence på markedet for kabelkanaler og TOYA har utvivlsomt ikke en stærk stilling på dette marked. Den forelæggende ret har, i henhold til artikel 1, stk. 4, i omkostningsdirektivet, også påpeget, at hvis en bestemmelse i dette direktiv er i modstrid med en bestemmelse i de deri anførte direktiver, især rammedirektivet og adgangsdirektivet, har de relevante bestemmelser i de sidstnævnte direktiver forrang.

- 16 Det skal bemærkes, at også i polsk ret afhænger muligheden for PUKE for at pålægge en telekommunikationsvirksomhed *ex ante* forpligtelser vedrørende adgang til telekommunikation af, om det er nødvendigt for at sikre effektiv konkurrence. Det følger af artikel 139, stk. 1b, sammenholdt med artikel 139, stk. 1, i telekommunikationsloven, at forpligtelsen til at give adgang til bygninger og telekommunikationsinfrastruktur hviler på alle telekommunikationsvirksomheder, uanset om de har en stærk markedsposition, mens udstedelse af en afgørelse, der *ex ante* pålægger forpligtelser, skal være begrundet i manglende effektiv konkurrence.
- 17 I tillæg til afgørelsen om TOYA, udstedte PUKE seks lignende afgørelser vedrørende seks andre operatører, som også har påklaget afgørelserne. Afsigelsen af en præjudiciel afgørelse vil også have betydning for afgørelsen af de øvrige søgsmål og vil således have en betydelig indvirkning på det indenlandske telekommunikationsmarkeds funktion.

ARBEJDSDOKUMENT