

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE
DEN EUROPEISKE UNIONS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPAÏSCHEN UNION
EUROOPA LIIDU KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
CÚIRT BHRÉITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH
SUD EUROPSKE UNIJE
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



LUXEMBOURG

EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA
EUROPOS SAJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE
SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. CRUZ VILLALÓN
fremsat den 16. januar 2014 ¹

Sag C-556/12

**TDC A/S
mod
Teleklagenævnet**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Østre Landsret (Danmark))

»Direktiv 2002/19/EF – adgang til elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter – artikel 2, litra a) – definition af »adgang« – artikel 8 og 12 – national tilsynsmyndigheds mulighed for at pålægge telekommunikationsudbydere forpligtelser – forpligtelse for en virksomhed, der ejer et fibernet, til efter anmodning fra en anden telekommunikationsvirksomhed at etablere en stikledning med en længde på maksimalt 30 meter til fordel for slutbrugeren – foranstaltningens forholdsmæssighed – hensyntagen til forhold såsom startinvesteringerne eller forekomsten af et system for prisfastsættelse«

¹ – Originalsprog: spansk.

1. Med denne præjudicielle forelæggelse anmoder Østre Landsret (Danmark) Domstolen om en fortolkning af artikel 2, litra a), samt artikel 8 og 12 i direktiv 2002/19 om adgang til elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter². Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om den omstændighed, at den udbyder, der er indehaver af et fibernet, efter anmodning fra en anden konkurrerende udbyder pålægges en forpligtelse, som består i etablering af stikledninger, forudsat at stikledningerne ikke er længere end 30 meter, er i overensstemmelse med de nævnte bestemmelser.

2. Sagen rejser flere interessante spørgsmål, eftersom ikke alle bestemmelser i direktiv 2002/19 er klare, og idet direktivet bl.a. ikke specificerer, om etablering af en stikledning og konkret en *udvidelse* af det eksisterende net efter anmodning fra en konkurrent udgør et tilfælde af »adgang« i direktivets forstand.

I – Retsforskrifter

3. Direktiv 2002/19, som ændret ved direktiv 2009/140/EF, definerer begrebet »adgang« som følger:

»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, herunder når de anvendes til levering af informationssamfundstjenester eller radio- eller tv-indholdstjenester. Adgang 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 levering af tjenester via abonnentledninger), adgang til fysisk infrastruktur, herunder bygninger, kabelkanaler og master, adgang til relevante softwaresystemer, herunder driftsstøttesystemer, adgang til informationssystemer eller databaser til forhåndsbestilling, levering, bestilling, vedligeholdelses- og reparationsbestilling samt fakturering, adgang til nummerkonvertering eller systemer, der tilbyder tilsvarende funktioner, adgang til fastnet og mobilnet, navnlig med henblik på roaming, adgang til adgangsstyringssystemer til digitale tv-tjenester og adgang til virtuelle net-tjenester.«

² – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7.3.2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (EFT L 108, s. 7), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25.11.2009 om ændring af direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, direktiv 2002/19/EF om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og direktiv 2002/20/EF om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EUT L 337, s. 37).

4. Direktivet giver endvidere i artikel 8 ff. mulighed for, at de nationale myndigheder pålægger telekommunikationsudbydere forpligtelser. Det er med henblik på den foreliggende sag nødvendigt at henvise til følgende bestemmelser i de nævnte artikler:

»Artikel 8

Fastlæggelse, ændring eller tilbagetrækning af forpligtelser

1. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder har beføjelse til at pålægge de forpligtelser, der er beskrevet i artikel 9-13a.

2. Såfremt det som resultat af en markedsanalyse, der er foretaget ifølge artikel 16 i direktiv 2002/21/EF (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.

[...]

4. Forpligtelser, der pålægges i henhold til denne artikel, skal tage udgangspunkt i det konkrete problem, være forholdsmæssige og berettigede i lyset af de målsætninger, der er fastlagt i artikel 8 i direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet). Sådanne forpligtelser kan kun pålægges efter høring i overensstemmelse med artikel 6 og 7 i nævnte direktiv.

5. Med hensyn til stk. 3, første afsnit, tredje led, underretter de nationale tilsynsmyndigheder Kommissionen efter proceduren i artikel 7 i direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet) om deres afgørelser om at pålægge eller ændre forpligtelser for markedsaktører eller trække dem tilbage.

Artikel 12

Forpligtelser vedrørende adgang til og anvendelse af specifikke netfaciliteter

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.

Udbydere kan bl.a. pålægges pligt til:

a) at give tredjemand adgang til specifikke netelementer og/eller faciliteter, herunder adgang til netelementer, som ikke er aktive, og/eller ubundet

adgang til abonnentledninger, for bl.a. at muliggøre operatørforvalg og/eller fast operatørvalg og/eller tilbud om videresalg af abonnentledninger

[...]

De nationale tilsynsmyndigheder kan i tilknytning til de nævnte forpligtelser stille krav om redelighed, rimelighed og rettidighed.

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 direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet), skal de navnlig tage hensyn til nedenstående faktorer:

- a) om det i lyset af den igangværende markedsudvikling er teknisk og økonomisk gennemførligt at bruge eller installere konkurrerende faciliteter under hensyntagen til karakteren og typen af de involverede samtrafik- og/eller adgangsordninger, herunder levedygtigheden af andre opstrøms accessprodukter såsom adgang til kabelkanaler
- 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 offentlige investeringer og de risici, der er forbundet hermed
- d) behovet for at sikre konkurrence på længere sigt, med særlig vægt på økonomisk effektiv infrastrukturbaseret konkurrence
- e) i givet fald relevante intellektuelle ejendomsrettigheder
- f) udbuddet af paneuropæiske tjenester.

[...]«

II – De faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

5. TDC A/S (herefter »TDC«) er den historiske danske udbyder i telekommunikationssektoren, hvilket bevirker, at selskabet nu udgør en udbyder med en stærk markedsposition, nærmere bestemt på markedet for bredbåndstilslutninger via kobber-, kabel tv- og fibernet.

6. I 2009 erhvervede TDC DONG Energys fibernet for et beløb på 425 mio. DKK. Dette køb gjorde TDC til en udbyder med en stærk markedsposition på markedet for fibernetforbindelser.

7. Som følge af TDC's position på nævnte marked pålagde IT- og Telestyrelsen selskabet forskellige forpligtelser inden for rammerne af artikel 8 og 12 i direktiv 2002/19, herunder den forpligtelse, som anfægtes under den foreliggende sag. IT- og Telestyrelsen pålagde således TDC, såfremt der foreligger en anmodning fra en konkurrerende udbyder, at etablere stikledninger fra selskabets fiberinfrastruktur til slutbrugeren, forudsat at det ikke kræver en graveindsats på over 30 meter.

8. TDC indbragte afgørelsen fra IT- og Telestyrelsen for Teleklagenævnet, der ikke gav TDC medhold og stadfæstede den anfægtede afgørelse i sin helhed. TDC indbragte sagen for domstolene, hvilket har resulteret i denne præjudicielle forelæggelse.

III – De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

9. Østre Landsrets præjudicielle spørgsmål blev indført i Domstolens register den 3. december 2012 og har følgende ordlyd:

- »1) Omfatter definitionen af »adgang« i adgangsdirektivets artikel 2, [litra] a), adgang i form af etablering af stikledninger mellem fordelingspunktet i et accessnet og det terminerende segment hos slutbrugeren? Gør det en forskel for besvarelsen, at strækningen for stikledninger højst er 30 meter?
- 2) Er etablering af stikledning på op til 30 meter mellem fordelingspunktet i et accessnet og det terminerende segment hos slutbrugeren omfattet af begrebet »adgang til og anvendelse af specifikke netelementer og tilhørende faciliteter« i adgangsdirektivets [artikel] 12, jf. [artikel] 2 og [artikel] 8?
- 3) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 1 og spørgsmål 2 om adgangsforsigtelse i form af pligt til etablering af f.eks. stikledninger mellem fordelingspunktet i et accessnet og det terminerende segment hos slutbrugeren, om ejeren af et elektronisk kommunikationsnet skal foretage investeringer, der væsentligt overstiger anskaffelsessummen for det elektroniske kommunikationsnet, der skal gives adgang til?
- 4) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 3, at ejeren får dækket omkostningerne til etablering af stikledningerne gennem en pålagt forpligtelse til priskontrol?«

10. TDC, regeringerne for Kongeriget Danmark, Kongeriget Belgien og Den Franske Republik samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

IV – Analyse

11. De fire spørgsmål fra Østre Landsret supplerer i det væsentlige hinanden. Med de to første spørgsmål rejses for det første det principielle spørgsmål, om en

forpligtelse til at etablere en »stikledning« kan anses for en »adgangs«-forpligtelse i direktivets forstand. For det andet rejses spørgsmålet om, hvilke omstændigheder der er relevante ved bedømmelsen af forholdsmæssigheden af den forpligtelse, som pålægges. Blandt disse omstændigheder har den forelæggende ret som det første kriterium henvist til den omstændighed, der vedrører den maksimale længde af denne ledning, idet denne omstændighed, som det fremgår af det følgende, gør det muligt at besvare det principielle spørgsmål.

12. Jeg vil først besvare de to første spørgsmål, som behandles samlet. Efter en besvarelse af det principielle spørgsmål og ved hjælp af besvarelsen af det tredje og det fjerde spørgsmål vil jeg behandle de omstændigheder, der – behørigt vurderet af den forelæggende ret – udelukkende i lyset af proportionalitetsprincippet kan begrunde den pålagte forpligtelse.

A – Det første og det andet præjudicielle spørgsmål

1. Indlæg for Domstolen

13. Østre Landsret ønsker med sit første og sit andet præjudicielle spørgsmål oplyst, om forpligtelsen til efter anmodning fra en konkurrerende udbyder at etablere en stikledning kan anses for en form for »adgang« som omhandlet i artikel 2, litra a), samt artikel 8 og artikel 12, stk. 1, i direktiv 2002/19, hvilke bestemmelser begge sikrer enhver udbyders ret til at anvende telekommunikationsinfrastrukturen, idet udbyderne med henblik herpå har en ret til adgang til samme infrastruktur.

14. TDC har i sine skriftlige indlæg givet udtryk for den opfattelse, at etablering af en stikledning under ingen omstændigheder kan udgøre en form for »adgang« til et infrastrukturnet som omhandlet i direktiv 2002/19. Ifølge TDC er den »adgang«, hvortil der henvises i nævnte direktivs artikel 2, litra a), som definerer begrebet, centreret omkring adgang til eksisterende infrastruktur og ikke omkring anlæggelse af ny infrastruktur. Denne fortolkning har ikke kun støtte i direktivets artikel 2, litra a), men også i direktivets artikel 12, stk. 1, der som et særligt tilfælde af adgang henviser til adgang til »specifikke net[...]faciliteter, herunder adgang til netelementer, som ikke er aktive, og/eller ubundet adgang til abonnentledninger, for bl.a. at muliggøre operatørforgøvel og/eller fast operatørforgøvel og/eller tilbud om videresalg af abonnentledninger«. Det er TDC's opfattelse, at hvis direktivet opregner særlige tilfælde af adgang, ville det også have forudsat det særlige tilfælde, der består i en udvidelse af nettet, nærmere bestemt ved etablering af en stikledning.

15. Regeringerne for Kongeriget Danmark, Kongeriget Belgien og Den Franske Republik samt Europa-Kommissionen er fortalere for den modsatte opfattelse. Det fremgår generelt af deres indlæg, at de foreslår en teleologisk fortolkning af direktiv 2002/19, hvilket indebærer, at begrebet »adgang« også omfatter oprettelse af en delvis ny infrastruktur, forudsat at dette er en nødvendig

betingelse for at sikre en reel adgang til nettet. Det er deres opfattelse, at når en udbyder har en stærk markedsposition, hvilket er tilfældet for TDC, er konkurrerende udbydere ikke ligestillede, hvis de kun kan udbyde deres tjenester, når TDC har besluttet at etablere stikledningen. Eftersom stikledningen typisk etableres på det tidspunkt, hvor forbrugeren efterspørger tjenesten, kan TDC betinge nævnte etablering af, at forbrugeren anmoder om en tjeneste, der udbydes af TDC og ikke af en konkurrerende udbyder. Det er denne risiko, der begrundet en bred fortolkning af udtrykket »adgang«, for så vidt som den på linje med direktivets mål er med til at sikre en reel konkurrence mellem telekommunikationsudbydere.

2. Ordlyden af artikel 2, litra a), samt artikel 8 og artikel 12, stk. 1, i direktiv 2002/19

16. Artikel 2, litra a), i direktiv 2002/19 indeholder en definition af »adgang«, som finder anvendelse på samtlige bestemmelser i direktivet. Denne definition tilsigter at være udtømmende og omfatter alle de mulige former for adgang til nettet, som telekommunikationsudbydere har ret til. Dette bekræftes af betragtningerne til direktivet, hvoraf fremgår, at »[b]egrebet »adgang« defineres vidt forskelligt, og der er derfor behov for en præcis definition af, hvordan begrebet bruges i dette direktiv [...]«³.

17. Det første aspekt, som bør behandles, fremgår af bestemmelsens første led, der generelt henviser til, at »adgang« består i »tilrådighedsstilling af *faciliteter og/eller tjenester* for en anden virksomhed på nærmere fastsatte vilkår [...] med henblik på udbud af elektroniske kommunikationstjenester«⁴. Det kan heraf generelt og med henblik på at systematisere bestemmelsens indhold udledes, at tilrådighedsstilling af nettet indeholder, hvad der kan kvalificeres som en »passiv« dimension og en »aktiv« dimension, hvilke dimensioner indehaveren af nettet er underlagt. Indehaveren har, henset til sin strategiske position som ejer af det net, over hvilket de data, som kommunikationen er baseret på, nødvendigvis sendes, således en »passiv« forpligtelse med hensyn til adgang til nettet, dvs. en *undladelsespligt*, idet indehaveren ikke må forhindre de andre udbydere i at få adgang til sit net, men også en »aktiv« handlepligt, som består i at udbyde tjenester, der udelukkende er rettet imod at tilvejebringe denne adgang.

18. Den såvel »aktive« som »passive« dimension af »adgang« fremgår på ny af bestemmelsens andet led, som giver forskellige eksempler på »adgang«. Bestemmelsen henviser navnlig til 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 levering af tjenester via*

³ – Tredje betragtning.

⁴ – Min fremhævelse.

abonntledninger)«⁵. Indehaveren af nettet stiller således sit net til rådighed og pålægges endvidere at præstere bestemte nødvendige tjenester, dvs. tjenester, der er nødvendige for, at adgangen er reel og effektiv.

19. Den »aktive« dimension af »adgang« findes i de øvrige bestemmelser i direktiv 2002/19, som er relevante for denne sag. Artikel 8, som indeholder en generel opregning af de forpligtelser, som de nationale tilsynsmyndigheder kan pålægge, specificerer på ingen måde typerne af forpligtelser, det være sig en undladelsespligt eller en handlepligt, idet bestemmelsen begrænser sig til at angive, at såfremt en udbyder har en stærk markedsposition på et bestemt marked, »pålægges de nationale tilsynsmyndigheder forpligtelserne i artikel 9-13 i nærværende direktiv i fornødent omfang«. Artikel 8 henviser derefter til »forpligtelser« uden at specificere, hvilken type adfærd den udbyder, der er indehaver af nettet, kan udvise.

20. Artikel 9-13, og navnlig artikel 12, konkretiserer indholdet af den »adgangs«-forpligtelse, som de nationale tilsynsmyndigheder kan pålægge. Artikel 12 er af særlig relevans i den foreliggende sag, eftersom den vedrører forpligtelserne vedrørende adgang til og anvendelse af specifikke netfaciliteter. Som allerede anført er den etablering af stikledninger, som den nationale myndighed kræver i den foreliggende sag, i princippet en del af sådanne »specifikke faciliteter«.

21. Artikel 12, stk. 1, giver de nationale tilsynsmyndigheder mulighed for at pålægge de udbydere, der er indehavere af nettet, »forpligtelser til at efterkomme rimelige anmodninger om adgang til og anvendelse af specifikke netelementer og tilhørende faciliteter«. Bestemmelsen opregner endvidere en række forpligtelser, med hensyn til hvilke den nationale tilsynsmyndighed kan træffe afgørelse. Denne opregning er udtryk for eksempler, hvilket fremgår af selve bestemmelsen, som inden den opregner forpligtelserne angiver »bl.a.«, og indeholder såvel undladelsespligter som handlepligter. Blandt de førstnævnte er således forpligtelsen til at give adgang til netelementer, som ikke er aktive, og/eller ubundet adgang til abonnentledninger⁶. Hvad angår de sidstnævnte henviser bestemmelsen til forpligtelsen til at forhandle i god tro med virksomheder, der ansøger om adgang⁷, til at tilbyde bestemte tjenester på engrosbasis til tredjeparters videresalg⁸ eller til at udbyde bestemte tjenester, der er nødvendige for at sikre interoperabilitet mellem end-to-end-tjenester til slutbrugere⁹.

⁵ – Min fremhævelse.

⁶ – Artikel 12, stk. 1, litra a).

⁷ – Artikel 12, stk. 1, litra b).

⁸ – Artikel 12, stk. 1, litra d).

⁹ – Artikel 12, stk. 1, litra g).

22. De begrænsninger, som direktiv 2002/19 stiller for de nationale tilsynsmyndigheder hvad angår forpligtelserne vedrørende adgang til specifikke faciliteter, fremgår af artikel 12, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 12, stk. 2 og 3. De nationale tilsynsmyndigheder skal ved pålæggelsen af forpligtelserne sikre sig, at de er i overensstemmelse med krav om redelighed, rimelighed og rettidighed¹⁰, og bedømme en række faktorer såsom spørgsmålet om, hvorvidt forpligtelsen er teknisk og økonomisk gennemførlig¹¹, ejerens startinvesteringer¹² eller behovet for at sikre den frie konkurrence¹³.

23. Hvis man ser på opregningen af de forpligtelser, der er angivet i artikel 12, er det, som TDC har gjort gældende under denne sag, klart, at etablering af en stikledning, dvs. en udvidelse af nettet frem til bestemmelsesstedet hos slutbrugeren, og efter anmodning fra en konkurrerende udbyder, ikke fremgår heraf. Ikke desto mindre indebærer den omstændighed, at forpligtelsen ikke fremgår, som allerede anført på ingen måde, at der er tale om en forpligtelse, som er uforenelig med de beføjelser, som direktiv 2002/19 giver de nationale tilsynsmyndigheder. I det omfang adgangsforpligtelsen, uanset om der er tale om en unkladelsespligt eller en handlepligt, vedrører »udbud af elektroniske kommunikationstjenester«, som det kræves i artikel 2, litra a), må det tværtimod konkluderes, at forpligtelsen er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 8, og navnlig for artikel 12.

24. Uafhængigt af argumenterne vedrørende konkurrenceret, som vil blive behandlet i forbindelse med gennemgangen af målene med direktiv 2002/19, er det på nuværende tidspunkt tilstrækkeligt at tilføje, at henset til ordlyden af artikel 2, litra a), samt artikel 8 og 12 i direktiv 2002/19 er forpligtelsen til at præstere en tjeneste i form af etablering af en stikledning en del af de adgangsforpligtelser, som en national tilsynsmyndighed kan træffe afgørelse om.

25. Endelig bør der tages hensyn til den omstændighed, at den pågældende udvidelse af nettet på ingen måde indebærer en udvidelse af omfanget af det eksisterende net, men alene tilvejebringer en forbindelse til slutbrugeren *dér, hvor der allerede findes et net*. Der er således tale om en udvidelse i meget snæver forstand. Endvidere bekræfter den omstændighed, at den anfægtede forpligtelse kun vedrører stikledninger på under 30 meter, at formålet med foranstaltningen ikke er at pålægge TDC at udvide selskabets net, men alene at tilvejebringe en endelig forbindelse *dér, hvor der allerede findes et sådant net*.

¹⁰ – Artikel 12, stk. 1, tredje afsnit.

¹¹ – Artikel 12, stk. 2, litra a).

¹² – Artikel 12, stk. 2, litra c).

¹³ – Artikel 12, stk. 2, litra d).

26. I lyset af ordlyden af artikel 2, litra a), samt artikel 8 og 12 er det således min opfattelse, at den forpligtelse, som anfægtes i den foreliggende sag, vedrører et foranstaltning til »adgang« til nettet.

3. De mål, som forfølges med direktiv 2002/19

27. Den foregående konklusion underbygges af målene med direktiv 2002/19, hvilke ikke blot er begrænset til at sikre samtrafik og interoperabilitet, men derimod også at opretholde konkurrencemæssige vilkår mellem alle udbydere på markedet. Betragtningerne til direktivet fremhæver nødvendigheden af, at der på telekommunikationsmarkedet ikke findes begrænsninger, der hindrer virksomhederne i at konkurrere indbyrdes på åben og rimelig vis. Som det fremgår af betragtningerne, skal udbyderne i sektoren, hvilket logisk omfatter indehaveren af nettet, handle på en sådan måde, at der intet er til hinder for, at der indgås aftaler, hvis mål er »skabelsen af et mere effektivt, virkelig paneuropæisk marked med reel konkurrence, flere valgmuligheder og konkurrencedygtige tjenester for forbrugere«¹⁴.

28. Netop de forpligtelser, som generelt er angivet i artikel 8 i direktiv 2002/19, er, selv om de pålægges af de nationale tilsynsmyndigheder, rettet imod, hvad der i bestemmelsen benævnes »udbydere med en stærk markedspostition«. Der er således tale om forpligtelser, som har til formål at pålægge en dominerende udbyder byrder med det formål, at udbyderens position ikke ændrer de betingelser, som er nødvendige for, at markedet kan fungere.

29. Dette hensyn synes klart afspejlet i artikel 12 i direktiv 2002/19, der er særligt relevant for denne sag, eftersom den vedrører forpligtelserne til adgang til specifikke faciliteter, som netop er omhandlet i denne sag. Bestemmelsens sidste led angiver, efter at have givet de nationale tilsynsmyndigheder beføjelse til at pålægge indehaverne af nettene forpligtelser, at nævnte forpligtelser pålægges »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«. De undladelsespligter og handlepligter, som artikel 12 i direktiv 2002/19 henviser til, har således som endeligt mål at sikre konkurrencevilkår mellem alle udbydere. Den »adgang«, hvis garanti reguleres ved nævnte direktiv, er ikke et mål i sig selv, men et middel til skabelsen af et konkurrencebaseret telekommunikationsmarked.

30. I den foreliggende sag består den forpligtelse, som TDC anfægter, i, at nævnte selskab pålægges en forpligtelse til efter anmodning fra en konkurrerende udbyder at etablere nævnte stikledning, som muliggør en forbindelse mellem fordelingspunktet og det terminerende segment i slutbrugerens lokaler. Etableringen er ifølge sagens akter forbundet med væsentlige omkostninger.

¹⁴ – Femte betragtning.

Ifølge TDC koster stikledningsetablering i gennemsnit ca. 12 000 DKK pr. potentiel slutbruger. Årsagen til, at den danske myndighed har pålagt nævnte forpligtelse, er, at der i Danmark, efter hvad den danske regering har oplyst i sine skriftlige indlæg, findes mange tusinde husstande, hvor der ikke er etableret en stikledning fra selve fibernet og ind til ejendommene. Stikledningen etableres typisk først, når slutkunden formelt efterspørger et bredbåndsprodukt via fibernet. Ifølge de nationale tilsynsmyndigheder giver den omstændighed, at TDC frit kan bestemme, hvornår husstandene skal forbindes til fibernet, og hvilke husstande der skal forbindes, TDC en konkurrencefordel i forhold til de andre udbydere. Det er derfor, at forpligtelsen til at etablere stikledningen kun opstår efter anmodning fra en konkurrerende udbyder. Henset til de høje omkostninger, som er forbundet med opfyldelsen af denne forpligtelse, har den danske myndighed begrænset denne opfyldelse til de tilfælde, hvor der kun skal graves op til 30 meter mellem fordelingspunktet og det terminerende segment.

31. Jeg er enig med Europa-Kommissionen samt regeringerne for Kongeriget Danmark, Kongeriget Belgien og den Franske Republik, og det er min opfattelse, at der er overensstemmelse mellem den forpligtelse, som Teleklagenævnet har pålagt, og opretholdelsen af passende konkurrencevilkår på telekommunikationsmarkedet, nærmere bestemt markedet for tjenester leveret via fibernet. Der er overensstemmelse, idet forpligtelsen gør det muligt for konkurrerende udbydere at få adgang til et net, således at de fra dette tidspunkt er ligestillede, når de udbyder tjenester på nævnte net. Uanset de høje omkostninger, som opfyldelsen af denne forpligtelse indebærer, hvilket er et spørgsmål, som jeg vil behandle i forbindelse med analysen af det tredje og det fjerde spørgsmål, er anlæggelsen af de installationer, som er nødvendige for, at fibernet når ud til et større antal husstande, navnlig i tilfælde af et net som det i denne sag omhandlede, der er under anlæggelse, et egnet middel, der gør retten til adgang til infrastrukturen reel. Der er således ikke tale om, at TDC anlægger en ny infrastruktur, således som nævnte selskab har anført i sine skriftlige indlæg. Der er tværtimod tale om, at TDC foretager installationsarbejder, altid på bestemte steder, der muliggør retten til adgang med det mål, at vilkårene for konkurrence mellem alle udbydere er reelle.

4. Sammenfatning

32. I lyset af de foregående argumenter er det min opfattelse, at forpligtelsen til at etablere en stikledning efter anmodning fra en konkurrerende udbyder og med en maksimal længde på 30 meter kan anses for en handlepligt, der er omfattet af de forpligtelser, som direktiv 2002/19 i artikel 8 og 12 giver de nationale tilsynsmyndigheder mulighed for at pålægge en udbyder med en stærk markedsposition. Denne forpligtelse er ikke blot i overensstemmelse med målet om at tilvejebringe »adgang« til det pågældende fibernet, men er også i overensstemmelse med målet om at sikre passende konkurrencevilkår mellem alle udbydere på markedet.

33. Min første foreløbige konklusion er, at artikel 2, litra a), og navnlig artikel 8 og 12 i direktiv 2002/19 skal fortolkes således, at en »forpligtelse« til at sikre »adgang« til telekommunikationsnet i princippet og under den forudsætning, at proportionalitetsprincippet er overholdt, også kan omfatte en forpligtelse til at etablere en stikledning efter anmodning fra en konkurrerende udbyder og med en maksimal længde på 30 meter. Jeg vil herefter analysere de forhold, som kan bevirke, at denne foranstaltning er forholdsmæssig i forbindelse med besvarelsen af det tredje og det fjerde spørgsmål.

B – Det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål

34. Med forelæggelsesafgørelsens tredje og fjerde spørgsmål har Østre Landsret givet udtryk for sin tvivl med hensyn til betydningen for lovligheden af den forpligtelse, som TDC er blevet pålagt, af for det første den omstændighed, at de omkostninger, der er forbundet med forpligtelsen, overstiger den investering, som er foretaget, og for det andet forekomsten af en priskontrolordning, som gør det muligt for TDC at få dækket sine omkostninger til etablering.

35. Selv om den forelæggende ret har opdelt de nævnte omstændigheder i to selvstændige spørgsmål, vedrører de begge foranstaltningens lovlighed. Udtrykt på en anden måde: Begge omstændigheder danner rammen for analysen af forholdsmæssigheden af den forpligtelse, som TDC er blevet pålagt.

36. Det fremgår af artikel 8, stk. 4, i direktiv 2002/19, der henviser til de forpligtelser, som de nationale tilsynsmyndigheder kan pålægge, at sådanne foranstaltninger »skal tage udgangspunkt i det konkrete problem, være forholdsmæssige og berettigede i lyset af de målsætninger, der er fastlagt i artikel 8 i direktiv 2002/21/EF«. Målene med denne bestemmelse omfatter bl.a. forbrugerbeskyttelse, sikring af forsyningspligten eller sikring af nettets integritet¹⁵.

37. Når spørgsmålene fra den forelæggende ret anskues fra denne vinkel, kan det udledes, at de nationale tilsynsmyndigheder i henhold til den allerede nævnte artikel 12 kun må pålægge udbyderne »rimelige« forpligtelser, og at de under alle omstændigheder skal tage hensyn til forskellige faktorer, herunder de startinvesteringer, som ejeren af faciliteterne har foretaget. Endvidere omhandler nævnte direktivs artikel 13 de forpligtelser vedrørende priskontrol, som de nationale tilsynsmyndigheder kan pålægge udbyderne. Artikel 13, stk. 1, angiver

¹⁵ – Bestemmelsen angiver endvidere blandt andre mål også beskyttelse af handicappede og ældre brugere [stk. 2, litra a)], at undgå, at der i den elektroniske kommunikationssektor hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning [stk. 2, litra b)], at tilskynde til en effektiv udnyttelse og sikre en effektiv forvaltning af radiofrekvenser og nummerressourcer [stk. 2, litra d)], at fjerne tilbageværende hindringer for udbud af elektroniske kommunikationsnet, dertil hørende faciliteter og tjenester samt elektroniske kommunikationstjenester på europæisk plan [stk. 3, litra a)], og at anspore til etablering og udvikling af transeuropæiske net og paneuropæiske tjenester interoperabilitet samt end-to-end-forbindelse [stk. 3, litra b)].

klart, at »for at tilskynde udbyderen til investeringer, herunder i næste generations net, skal de nationale tilsynsmyndigheder tage hensyn til udbyderens investeringer og lade udbyderen få en rimelig forrentning af den relevante investerede kapital«. Det fremgår imidlertid videre af artikel 13, stk. 2, at mekanismer til omkostningsdækning eller mekanismer, der kan anvendes til fastlæggelse af priser, bør sigte mod »at fremme effektiviteten og skabe holdbar konkurrence og [øge] fordele for forbrugerne«.

38. Det kan af det ovenstående udledes, at forholdsmæssigheden af den forpligtelse, som udbyderen pålægges, blandt andre faktorer afhænger af de startinvesteringer, som ejeren af faciliteten har foretaget, og af forekomsten af et system for prisfastsættelse. Dette indebærer på ingen måde, at sådanne omstændigheder automatisk betinger bedømmelsen af forholdsmæssigheden. Direktiv 2002/19 kræver, at de nationale tilsynsmyndigheder foretager en bedømmelse, hvori indgår disse og andre faktorer. Startinvesteringerne og systemet for prisfastsættelse er følgelig vigtige elementer ved bedømmelsen af foranstaltningens forholdsmæssighed, men fraværet heraf kan opvejes af forekomsten af andre foranstaltninger, der i sidste ende indebærer, at forpligtelsen udgør en forholdsmæssig foranstaltning.

39. Det tilkommer under alle omstændigheder ikke Domstolen, men derimod den nationale ret at foretage denne bedømmelse. Der er klart tale om en bedømmelse, hvor det er nødvendigt at analysere faktiske omstændigheder, som ikke ligger inden for rammerne af en præjudiciel procedure som den foreliggende. Domstolen skal højst udstyre den forelæggende ret med de fortolkningslementer, som er nødvendige for, at den kan foretage en bedømmelse af forholdsmæssigheden.

40. Selv om Domstolen ved fortolkningen af direktiv 2002/19 allerede har haft lejlighed til at fremhæve vigtigheden af, at de forpligtelser, som udbyderne pålægges, er forholdsmæssige¹⁶, har den også fremhævet »de omfattende interventionsmuligheder«, som de nationale tilsynsmyndigheder råder over¹⁷. Fortolkningen af artikel 8 og 12 i direktiv 2002/19, og nærmere bestemt den efterprøvelse af forholdsmæssigheden, som disse bestemmelser giver hjemmel til, skal således udgå fra den forudsætning, at de nationale tilsynsmyndigheder har et vidt skøn, når de pålægger udbyderne på markedet, og navnlig de vigtigste udbydere, de forpligtelser, som de anser for nødvendige.

41. Den forelæggende ret skal endvidere analysere, om de mål, som forfølges med den af den nationale tilsynsmyndighed gennemførte foranstaltning, er i overensstemmelse med de mål, som er angivet såvel i artikel 8 i direktiv 2002/21 som i direktiv 2002/19, herunder at udbyderne sikres adgang til

¹⁶ – Jf. dom af 13.11.2008, sag C-227/07, Kommissionen mod Polen, Sml. I, s. 8403, præmis 63, der henviser til dom af 31.1.2008, sag C-380/05, Centro Europa 7, Sml. I, s. 349, præmis 81.

¹⁷ – Dommen i sagen Kommissionen mod Polen, præmis 66.

telekommunikationsnettene, at der opretholdes en effektiv konkurrence mellem udbyderne, og at kvaliteten af den tjeneste, som tilbydes slutbrugeren, sikres.

42. Hvis målene med foranstaltningen er i overensstemmelse med de mål, som er fastlagt i EU-bestemmelserne, består det næste skridt i at efterprøve, om foranstaltningen er egnet, nødvendig og forholdsmæssig i streng forstand. Det skal først vurderes, om den pålagte foranstaltning objektivt er egnet til at nå de forfulgte mål. Det skal for det andet vurderes, om der findes mindre indgribende midler til at nå de nævnte mål. Endelig indebærer forholdsmæssigheden i snæver forstand, at der skal foretages en afvejning mellem de berørte goder og interesser.

43. Det er netop med hensyn til sidstnævnte punkt, det tredje skridt med hensyn til efterprøvelse af forholdsmæssigheden, at den forelæggende ret skal vurdere, om den nationale tilsynsmyndighed har foretaget en passende afvejning af de byrder, som er forbundet med foranstaltningen, og de fordele, som opnås med denne. I den forbindelse er en vurdering af de omkostninger, der er forbundet med den af TDC foretagne investering, og forekomsten af et system for prisfastsættelse, som gør det muligt for udbyderen at få dækket den foretagne investering til trods for den pålagte forpligtelse, af særlig betydning.

44. Denne vurdering skal naturligvis foretages af den forelæggende ret under hensyntagen til de fortolkningskriterier, som er angivet ovenfor.

45. Min anden foreløbige konklusion er, at den nationale tilsynsmyndighed ved pålæggelsen af en forpligtelse som omhandlet i artikel 8 og 12 i direktiv 2002/19 skal tage hensyn til såvel de startinvesteringer, som den virksomhed, der pålægges forpligtelsen, har foretaget, som forekomsten af et system for prisfastsættelse, der gør det muligt for udbyderen at få dækket de foretagne investeringer. Det bør imidlertid fremhæves, at disse faktorer skal vurderes inden for rammerne af en efterprøvelse af forholdsmæssigheden, der, under hensyntagen til andre faktorer, bør gøre det muligt for den nationale tilsynsmyndighed at træffe en forholdsmæssig afgørelse.

V – Forslag til afgørelse

46. Af de ovenfor anførte grunde foreslår jeg Domstolen at besvare de af Østre Landsret forelagte spørgsmål som følger:

»Artikel 2, litra a), samt artikel 8 og 12, sammenholdt med artikel 13 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (EFT L 108, s. 7), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25. november 2009, skal fortolkes således, at forpligtelser vedrørende adgang til specifikke netfaciliteter i henhold til disse bestemmelser omfatter en forpligtelse, der pålægges indehaveren af et fibernet, som udgør en udbyder med en stærk markedsposition, bestående i etablering af en stikledning efter

anmodning fra en konkurrerende udbyder, når stikledningen har en maksimal længde på 30 meter.

De nationale tilsynsmyndigheder skal i denne forbindelse tage hensyn til såvel de startinvesteringer, som den virksomhed, der pålægges forpligtelsen, har foretaget, som forekomsten af et system for prisfastsættelse, der gør det muligt for udbyderen at få dækket de foretagne investeringer. Den forelæggende ret skal i forbindelse med efterprøvelsen af forholdsmæssigheden vurdere, om den nationale tilsynsmyndighed har lagt nævnte kriterier til grund.«