

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

M. POIARES A MADURA,

predstavljeni 23. aprila 2009¹

1. Sektor telekomunikacij je urejen s pravnim okvirom Skupnosti zaradi zasledovanja več ciljev, zlasti cilja varstva konkurence. Vzpostavljena je bila posebna institucionalna ureditev, s katero so nacionalnim regulativnim organom (v nadaljevanju: NRO) naloženi ti cilji in z njo pa so tudi pooblaš čeni za posredovanje, kadar je to potrebno, z naložitvijo obveznosti telekomunikacijskim operaterjem, ki imajo pomembno tržno moč.

2. Obravnavana zadeva se nanaša na prosto presojo držav članic pri prenosu tega pravnega okvira Skupnosti: prvič, njihovo svobodo pri omejevanju uporabe predpisov, kadar gre za občutljive trge, zlasti nove trge, in drugič, njihovo svobodo pri usmerjanju posredovanja NRO v povezavi z določenimi regulativnimi cilji, kot je spodbujanje naložb in inovacij.

1 – Jezik izvirnika: angleščina.

I – Dejanski in pravni okvir

3. Znotraj pravnega okvira Skupnosti, ki ureja sektor telekomunikacij, so v obravnavani zadevi pomembne: Okvirna direktiva², Direktiva o dostopu³ in Direktiva o univerzalnih storitvah⁴.

4. Sporna nemška zakonodaja je zakon o telekomunikacijah (v nadaljevanju: TKG)⁵. Medtem ko TKG povečini prenaša pravni okvir Skupnosti, je bil v delu, ki ureja nove trge, predmet dveh sprememb, ki sta povod za obravnavano zadevo.⁶

2 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (okvirna direktiva) (UL 2002 L 108, str. 33).

3 – Direktiva 2002/19/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. marca 2002 o dostopu do elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajočih naprav ter o njihovem medomrežnem povezovanju (Direktiva o dostopu) (UL 2002 L 108, str. 7).

4 – Direktiva 2002/22/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. marca 2002 o univerzalni storitvi in pravicah uporabnikov v zvezi z elektronskimi komunikacijskimi omrežji in storitvami (Direktiva o univerzalnih storitvah) (UL 2002 L 108, str. 1).

5 – „Telekommunikationsgesetz“ z dne 22. junija 2004 (BGBl. I, str. 1190).

6 – „Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften“ z dne 18. februarja 2007 (BGBl. I, str. 106).

5. S spremembami TKG so novi trgi izvzeti iz regulacije, razen kadar je ta potrebna za dolgoročno konkurenco. Določajo tudi, da mora nemški NRO⁷ pri presoji potrebnosti regulacije zlasti upoštevati cilj spodbujanja naložb v infrastrukturo in inovacije.

nalog, ki jih določa pravni okvir Skupnosti, „dosledno upoštevajo“ cilje iz člena 8.

6. Pri razlagi ozadja obravnavane zadeve bom razdelil sklicevanje na upoštevne določbe pravnega okvira Skupnosti na njegove regulativne cilje (A) in postopkovne zadeve: režim preglednosti, sistem sodelovanja med NRO in Komisijo, opredelitev trga in tržno analizo (B). Nato bom natančneje opisal TKG (C). Na koncu se bom na kratko omenil nekaj dogodkov, povezanih s predhodnim postopkom (D).

8. Člen 8(1) Okvirne direktive določa, da države članice „zagotovijo“, da sprejmejo NRO vse primerne in sorazmerne ukrepe za doseg te ciljev.

9. Člen 8(2) Okvirne direktive opredeljuje prvi sklop ciljev, povezanih z varstvom konkurence:

„[NRO] podpirajo konkurenco pri zagotavljanju elektronskih komunikacijskih omrežij, elektronskih komunikacijskih storitev in pripadajočih naprav med drugim tako da:

A – Cilji pravnega okvira Skupnosti

7. Člen 7(1) Okvirne direktive določa, da nacionalni regulativni organi pri izvajanju

- (a) poskrbijo, da uporabniki, vključno z uporabniki invalidi, v celoti izkoristijo ugodnosti v smislu izbire, cene in kakovosti;

⁷ – „Bundesnetzagentur“.

- (b) zagotovijo, da v sektorju elektronskih komunikacij ni izkrivljanja ali omejevanja konkurence;

se sklicujeta na cilje, ki so opredeljeni v Okvirni direktivi. Ti cilji utemeljujejo obveznosti, ki so opredeljene v teh členih in jih je mogoče naložiti družbam s pomembno tržno močjo.⁸

- (c) spodbujajo učinkovito vlaganje v infrastrukturo in podpirajo inovacije; in

12. Člen 15(2) Okvirne direktive nalaga Komisiji, naj „v skladu z načeli konkurenčnega prava“ sprejme smernice za tržno analizo in oceno pomembne tržne moči (v nadaljevanju: Smernice Komisije)⁹.

- (d) spodbujajo učinkovito uporabo radijskih frekvenc in številskih virov ter zagotovijo njihovo učinkovito upravljanje.“

13. Uvodna izjava 27 Okvirne direktive določa, da se s Smernicami Komisije obravnava vprašanje uporabe regulativnih obveznosti za nove trge:

10. Člen 8(3) in (4) Okvirne direktive določa druga sklop ciljev, namenjena nadaljnjemu spodbujanju notranjega trga oziroma varstvu interesov državljanov Skupnosti.

„V [Smernicah Komisije] je treba obravnavati tudi vprašanje o trgih, ki na novo nastajajo in

11. Člen 8(4) Direktive o dostopu in člen 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah

8 – Za razumevanje ekonomskega vpliva, ki ga lahko imajo te obveznosti na tarčo, jih je smiselno nekaj naštet: člen 8(4) Direktive o dostopu navaja med drugim obveznosti glede odobritve dostopa do in uporabe določenih omrežnih naprav in cenovni nadzor ter stroškovno računovodstvo; člen 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah vključuje obveznosti, ki lahko povzročijo zamejevanje maloprodajnih cen, nadzor individualnih tarif ali približevanje tarif stroškom ali cenam na primerljivih trgih.

9 – Smernice Komisije o analizi trga in oceni tržne moči v skladu z ureditvenim okvirom Skupnosti za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (UL 2002, C 165, str. 6).

na katerih bi utegnil vodilni na trgu dejansko imeti znatni tržni delež, vendar naj se mu ne bi naložile neprimerne obveznosti.“

storitvah (v nadaljevanju: Priporočilo Komisije).¹⁰

14. Odstavek 32 Smernic Komisije obravnava vprašanje novih trgov s ponovitvijo uvodne izjave 27 Okvirne direktive in z dodano utemeljitvijo:

„Razlog za to je, da bi prezgodnja uvedba predhodnega urejanja lahko neupravičeno vplivala na konkurenčne pogoje, ki se oblikujejo na novem in nastajajočem trgu. Hkrati je treba preprečiti, da bi si vodilno podjetje prisvojilo take nastajajoče trge. Brez vpliva na upravičenost posredovanja organov, pristojnih za konkurenco, v posameznih primerih, morajo nacionalni regulativni organi zagotoviti, da lahko popolnoma upravičijo kakršno koli obliko zgodnjega predhodnega urejanja nastajajočega trga, predvsem ker imajo možnost posredovati kasneje, v okviru rednega ponovnega ocenjevanja upoštevanih trgov.“

15. Člen 15(1) Okvirne direktive prav tako nalaga Komisiji obveznost, da sprejme priporočilo, v katerem „v skladu s načeli konkurenčnega prava“ opredeli trge, na katerih je mogoče uvesti obveznosti na podlagi Direktive o dostopu in Direktive o univerzalnih

16. Uvodna izjava 15 Priporočila Komisije v zvezi z uporabo regulativnih obveznosti na novih trgih določa:

„Novi in nastajajoči trgi, na katerih je mogoče ugotoviti obstoj tržne moči zaradi prednosti, ki jih ima pionir na trgu, naj predvidoma ne bi bili predmet predhodnega urejanja.“

B – Režim preglednosti, sistem sodelovanja, opredelitev trga in tržna analiza

17. Člen 6 Okvirne direktive vzpostavlja režim preglednosti v razmerju do zainteresiranih strank. NRO morajo praviloma dati

¹⁰ – Priporočilo Komisije glede upoštevanih trgov blaga in storitev v sektorju elektronskih komunikacij, ki se jih lahko predhodno uredi v skladu z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (UL 2003, L 114, str. 45).

takim strankam možnost, da izrazijo svoje stališče o osnutku ukrepov, objaviti nacionalne posvetovalne postopke, ki jih organizira NRO, in objaviti rezultate posvetovalnega postopka.

18. Člen 7(2) Okvirne direktive vzpostavlja sistem sodelovanja med NRO ter med njimi in Komisijo za zagotovitev „dosledne uporabe“ pravnega okvira.

19. Člen 7(3) in (5) Okvirne direktive opredeljuje oblike tega sodelovanja. Kadar name-rava NRO uveljaviti ukrep, ki spada na področje uporabe, med drugim, členov 15 ali 16 Okvirne direktive in bi vplival na trgovino med državami članicami, mora o tem obvestiti druge NRO in Komisijo. Osnutek ukrepa, skupaj z razlogi, na katerih temelji, morajo biti dostopni drugim NRO in Komisiji zaradi predložitve pripomb. Nacionalni regulativni organ mora preučiti te pripombe, in če sprejme osnutek ukrepa, mora o tem obvestiti Komisijo.

20. Člena 15 in 16 Okvirne direktive določata opredelitev trga na analizo trga, na katerega se nanaša sodelovanje.

21. Člen 15(3) Okvirne direktive določa opredelitev trga s strani NRO:

„[NRO] ob doslednem upoštevanju priporočila [Komisije] in smernic [Komisije] opredelijo upoštevne trge glede na razmere v državi, zlasti upoštevne geografske trge na svojem ozemlju, v skladu z načeli konkurenčnega prava. [...]“

22. Člen 16(1) in (2) Okvirne direktive določa, da NRO po opredelitvi upoštevni-h trgov te analizirajo, pri čemer upoštevajo smernice Komisije (in kadar je to primerno, pri tem sodelujejo z drugimi nacionalnimi organi za konkurenco). Kadar se od nacionalnega regulativnega organa zahteva, naj odloči o obveznosti po Direktivi o dostopu ali Direktivi o univerzalnih storitvah, mora ugotoviti, ali vlada na trgu dejanska konkurenca.

23. Člen 16(3) in (4) Okvirne direktive ureja položaje, v katerih nacionalni regulativni organi odloči, ali vlada na upoštevni-m trgu dejanska konkurenca. Če NRO ugotovi, da vlada na trgu dejanska konkurenca, ne sme uvesti ne ohraniti obveznosti iz člena 16(2) oziroma mora obstoječe obveznosti preklicati. Če ugotovi, da ni tako, mora NGO opredeliti podjetja s pomembno tržno močjo in naložiti, ohraniti ali spremeniti te obveznosti.

24. Člen 7(4) Okvirne direktive podeljuje Komisiji pravico do veta na določene ukrepe, ki jih sprejme NRO. S temi ukrepi se mora ali trg opredeliti drugače, kot je opredeljen v priporočilu Komisije, ali odločiti, ali je treba opredeliti, ali ima podjetje pomembno tržno moč po, med drugim, členu 16(3) in (4); poleg tega morajo takšni ukrepi vplivati na trgovino med državami članicami. Komisija mora navesti, da bi osnutek ukrepa ustvaril oviro za enotni trg ali da resno dvomi v združljivost osnutka ukrepa z zakonodajo Skupnosti, zlasti s cilji iz člena 8. V tem primeru bo osnutek ukrepa odložen, in če Komisija tako odloči, bo moral NRO osnutek ukrepa umakniti, če ne more biti sprejet skupaj s posebnimi predlogi za njegovo spremembo.

25. Člen 7(6) določa nujen postopek, ki se v izjemnih okoliščinah uporablja za zgoraj opisani sistem sodelovanja.

27. Člen 9(1) in (2) TKG določa, da se predpise uporablja za tiste trge, ki izpolnjujejo pogoje iz člena 10 in za katere tržna analiza, izvedena v skladu s členom 11, pokaže, da na njih ni dejanske konkurence. Podjetjem, ki imajo pomembno tržno moč na teh trgih, naloži nemški NRO regulativne obveznosti.

28. Člen 10(2) TKG opredeljuje pogoje na trgu, ki vodijo v uporabo predpisov (visoke ovire za vstop, strukturne ovire za dolgoročno dejansko konkurenco in nezadostna pravna sredstva v okviru konkurenčnega prava). Nemški NRO opredeli te trge, pri čemer upošteva priporočilo Komisije.

29. Člen 11(1) TKG ureja presojo dejanske konkurence (dejanske konkurence ni, če ima eno podjetje ali več teh pomembno tržno moč). Analizo opravi nemški NRO, pri čemer upošteva smernice Komisije.

C – TKG

26. Člen 2 TKG določa zakonodajne cilje, ki v bistvenem vključujejo regulativne cilje iz člena 8 Okvirne direktive.

30. Člen 12 TKG vzpostavlja postopek, ki v bistvenem ponavlja režim preglednosti ter sistem sodelovanja iz členov 6 in 7 Okvirne

direktive. Člena 10(3) in 11(3) TKG določata, da nemški NRO v tem postopku Komisiji predstavi rezultate svoje opredelitve trga in tržne analize, kadar koli te vključujejo trgovino med državami članicami.

„Novi trg‘ je trg storitev ali blaga, ki se s stališča dobro obveščenega kupca pomembno razlikujejo od trenutno dostopnih storitev ali blaga glede svoje učinkovitosti, obsega, dostopnosti za večje število uporabnikov (zmožljivost za množični trg), cene ali kakovosti in ne zamenjujejo samo teh proizvodov.“

31. Kot je bilo že omenjeno, je bil TKG predmet dveh sprememb glede novih trgov. Zdi se, da je pred sprejetjem teh amandmajev uveljavljen nemški telekomunikacijski operater (Deutsche Telekom) potegoval, da bi bilo širokopasovno omrežje, ki ga je nameraval vzpostaviti, izvzeto iz regulativnih posredovanj (to je od obveznega dostopa po reguliranih cenah).

34. Druga sprememba TKG je dodajanje člena 9a, ki v prvem pododstavku opredeljuje pravilo o regulativnem izvzetju novih trgov in v drugem pododstavku izjemo od tega pravila:

32. Iz stališč strank, tako pisnih kot ustnih na obravnavi, je mogoče razbrati, da se je v nemški družbi precej govorilo o tako imenovanem „regulativnem oddihu“ za nove trge. V razpravi so sodelovali tudi tisti, ki so dvomili v združljivost popolnega izvzetja s pravom Skupnosti. Iz stališč strank ni mogoče razbrati, ali je določeno stališče prevladalo in imelo odločilen vpliv na spremembe TKG.

„1. Razen v primerih iz drugega pododstavka se novi trgi ne regulirajo v smislu dela 2.

33. Prva sprememba TKG je bilo sprejetje člena 3(12b), ki določa opredelitev novih trgov:

2. Kadar je glede na določena dejstva mogoče sklepati, da bo brez regulacije razvoj trajnostnega konkurenčnega trga na področju storitev ali telekomunikacijskih omrežij dolgoročno oviran, lahko [nemški NRO] odstopi od zgoraj navedenega pododstavka 1 in za novi trg določi regulacijo v smislu dela 2 v skladu s členi 9,

10, 11 in 12. Za oceno potrebe po regulaciji in pri uvedbi določenih obveznosti [nemški NRO] upošteva predvsem cilja spodbujanja učinkovitih naložb v infrastrukturo in podpiranja inovacij.“

Evropskih skupnosti, kolikor hitro bo to mogoče“.

35. Te spremembe so začele veljati 18. februarja 2007.

38. Ker Komisija ni bila zadovoljna z odgovori Nemčije na pisni opomin in kasnejše obrazloženo mnenje, je vložila obravnavano tožbo po členu 226 ES.

D – *Predhodni postopek*

36. Komisija je 20. decembra 2006 po večkratni izmenjavi stališč z Nemčijo glede dopolnitev TKG, vendar še pred začetkom veljavnosti teh dopolnitev, odločila, da bo začela obravnavani postopek zaradi neizpolnitve obveznosti.

37. Komisija je 26. februarja 2007 Nemčiji poslala pisni opomin, v katerem je izrazila dvom glede združljivosti dopolnitev TKG s pravnim okvirom Skupnosti. Istega dne je izdala tudi izjavo za javnost, v kateri je izrazila „namen, da začne postopek pred Sodiščem

II – **Dopustnost**

39. Zvezna republika Nemčija izpodbija dopustnost te tožbe. Njen prvi ugovor temelji na dejstvu, da se je Komisija odločila, da bo sprožila postopek zaradi kršitve, preden so začele veljati dopolnitve TKG.

40. Vendar tega dejstva ni treba upoštevati. Nemčija je prejela pisni opomin Komisije, potem ko so že začele veljati dopolnitve TKG. Tako je v skladu s členom 226 Nemčija dobila priložnost za predložitev

pripomb glede kršitve, ko je do nje domnevno že prišlo.¹¹

41. Drugič, Nemčija zatrjuje, da Komisija zaradi namena, da bo vložila to tožbo pri Sodišču, kolikor hitro bo to mogoče, ki ga je izrazila v izjavi za javnost isti dan, ko je podala pisni opomin, ni spoštovala njenih pravic do obrambe.

42. Vihravost Komisije je vredna obžalovanja, zlasti ob upoštevanju njene dolžnosti lojalnega sodelovanja z državami članicami.¹² Vendar to ne zadošča za ugotovitev, da Komisija nadaljnjih pripomb Nemčije v odgovoru na pisni opomin in obrazloženo mnenje ni preučila z dolžno skrbnostjo. Kot taka je ta tožba dopustna.

III – Presoja

43. Nemčija je s spremembami TKG omejila regulacijo novih trgov. Člen 3(12b) TKG

opredeljuje, kaj je novi trg. Nato so v skladu s členom 9a(1) TKG ti trgi načeloma izvzeti od regulacije. V skladu s členom 9a(2) TKG se predpisi uporabljajo le, če bi bila v nasprotnem primeru ovirana dolgoročna konkurenca; pri oceni potrebe po regulaciji mora nemški NRO posebej upoštevati spodbude za naložbe in inovacijo – zlasti pri uvedbi obveznosti za podjetja s pomembno tržno močjo.

44. Nemčija je po mnenju Komisije s členoma 3(12b) in 9a TKG kršila svoje obveznosti iz več določb pravnega okvira Skupnosti, to je členov 6, 7, 8(1) in (2), 15(3) in 16 Okvirne direktive, člen 8(4) Direktive o dostopu in člen 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah.

45. Te zatrjevane kršitve je mogoče razvrstiti v dva sklopa vprašanj, pri čemer se prvi nanaša na vsebinski učinek omejevanja regulacije in drugi na njegove postopkovne posledice.

46. Vsebinska vprašanja se nanašajo na prosto presojo, ki ga ima Nemčija pri prenosu pravnega okvira Skupnosti:

¹¹ – Glej sodbo z dne 15. septembra 2001 v zadevi Komisija proti Franciji (C-230/99, Recueil, str. I-1169, točka 32).

¹² – Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Mischoja v zadevi Komisija proti Irski (C-120/01, ZOdl., str. I-6739, točka 50).

- Ali sme Nemčija uvesti pravilo o izvzetju novih trgov iz regulacije?
49. Tako bom presojo začel z vsebinskimi vprašanji.

- Ali sme Nemčija z določitvijo prednosti določenemu regulativnemu cilju pri posredovanju na novih trgih omejiti prosto presojo nemškega NRO?

A – Zatrjevana kršitev zaradi določitve pravila o izvzetju novih trgov iz regulacije

47. Postopkovna vprašanja se nanašajo na vprašanje, v kolikšni meri spremembe TKG ovirajo postopkovne dejavnosti, ki vodijo do odločitve nemškega NRO o tem, ali naj ukrepa, kot je to opredeljeno v pravnem okviru Skupnosti; gre za režim preglednosti, sistem sodelovanja med NRO in Komisijo, opredelitev trga in tržno analizo.

50. Člen 9a(1) TKG uvaja pravilo o izvzetju novih trgov iz regulacije, razen če so izpolnjeni pogoji iz člena 9a(2) TKG. Po mnenju Komisije je namen tega pravila v dajanju prednosti naložbam uveljavljenega nemškega telekomunikacijskega operaterja v širokopsosovno omrežje z odpravo grožnje po regulativnemu poseganju.

48. Vendar bo postopkovna vprašanja treba obravnavati le, če Sodišče v odgovoru na vsebinska vprašanja najprej ugotovi, da je Nemčija zakonito ravnala v okviru svoje proste presoje pri prenosu pravnega okvira Skupnosti. V nasprotnem primeru postopkovna vprašanja ne bodo več pomembna.

51. Sodišče je že ugotovilo, da posredovanje na področje naprav, ki so v zasebni lasti, zmanjšuje tudi spodbude za razvoj teh naprav. Zato bo v skladu s členom 82 ES obvezen dostop do naprave (kot sredstvo zoper zlorabo

pri odklonitvi opravljanja storitev) primeren le, če so izpolnjene najstrožje zahteve.¹³ Zaradi tega mora biti v skladu s pravom Skupnosti na področju telekomunikacijskega sektorja obveznost začetka pogajanj za dodelitev dostopa sorazmerna in resnično potrebna glede na konkurenčni položaj.¹⁴

saj na področju telekomunikacijskega sektorja obstajajo predpisi Skupnosti. V tem primeru je izbiro opravil že zakonodajalec Skupnosti z regulacijo tega sektorja, vključno z vsemi možnostmi za posredovanje, ki jih prinaša.¹⁶

52. Tako je mogoče ugotoviti, da bodo možnosti posredovanj, ki jih določa zakonodaja, zmanjšale spodbude za naložbe v infrastrukturo in inovacije.¹⁵ Tako je naravna posledica, da uveljavljen telekomunikacijski operater ni naklonjen regulaciji; in če želi Nemčija spodbujati naložbe v telekomunikacijsko infrastrukturo, bi bilo dobro, da upošteva te pomisleke. Na koncu bi bila izbira politična: omejiti regulacijo in trpeti s tem povezane učinke pomembne tržne moči, da bi dali prednost naložbam v infrastrukturo.

54. Telekomunikacijski sektor gotovo vključuje nove trge, ki so opredeljeni v členu 3(12b) TKG. Tako Nemčija ne more spremeniti odločitve zakonodajalca Skupnosti in načelno izvzeti novih trgov iz regulacije.

55. Vendar Zvezna republika Nemčija oporeka, da pravilo, naj novi trgi ne bodo regulirani, dejansko že obstaja v pravnem okviru Skupnosti.

53. V običajnih okoliščinah bi lahko Nemčija opravila to politično izbiro; vendar je ne more,

56. To ne drži. V uvodni izjavi 27 Okvirne direktive se opozarja le, naj se ne naložijo

13 – Namreč izločitev vsakršne konkurence, glej sodbo z dne 26. novembra 1998 v zadevi Bronner proti Mediaprint (C-7/97, ZOdl., str. I-7791, točka 41), glede vpliva na spodbude pa sklepne predloge generalnega pravobranilca Jacobsa v tej zadevi, točka 57.

14 – Glej sodbo z dne 13. novembra 2008 v zadevi Komisija proti Poljski (C-227/07, ZOdl., str. I-8403, točke od 40 do 44) in sklepne predloge generalnega pravobranilca Ruiz-Jaraboja v tej zadevi, točki 38 in 39, ki navaja, da „se brez razloga ne sme omejevati tržnega gospodarstva“.

15 – Zlasti v primerjavi z možnostmi posredovanja v okviru splošne ureditve konkurenčnega prava.

16 – To ne pomeni, da se regulacija ne odzove za spodbude za investicije in inovacije; nasprotno, ti vidiki prek člena 8(2)(c) Okvirne direktive vplivajo na pravni okvir Skupnosti, kot je obravnavano spodaj.

„neprimerne obveznosti“ za nove trge.¹⁷ Podrobneje se je glede tega – najprej v smernicah in nato v priporočilu – opredelila le Komisija. To priporočilo sicer res določa, naj novi trgi ne bodo regulirani; vendar menim, da smernice Komisije bolje in celoviteje opisujejo obravnavana vprašanja.

59. Posledično Nemčija ne more uvesti pravila o izvzetju novih trgov iz regulacije, kot je to naredila v členu 9a(1) TKG.

B – Zatrjevana kršitev zaradi omejitve proste presoje nemškega NRO z določitvijo prednosti določenemu regulativnemu cilju

57. V smernicah Komisije je navedeno, da bi lahko regulacija ovirala pogoje, ki se oblikujejo na novih trgih; vendar hkrati ne sme priti do tega, da bi podjetja s pomembno tržno močjo že od začetka izključila konkurenco na teh trgih. To nalaga NRO posebno dolžnost skrbnega ravnanja pri posredovanju na teh trgih, zlasti ob upoštevanju možnosti odložitve posega na čas, v katerem se pogoji konkurence ustalijo. Priporočilo Komisije in v njem vsebovano sklicevanje na tržno moč, pridobljeno zaradi prednosti, ki jih ima pionir na trgu, je prav tako treba razlagati ob upoštevanju tega.

60. Nemčija kljub vsemu zatrjuje, da ni uvedla splošne regulativne izjeme. Zatrjuje, da je treba člen 9a TKG razlagati ob upoštevanju njegovega drugega pododstavka, ki določa pogoje, pod katerimi se regulacija uporabi, pri čemer je prvi pododstavek le posledica neizpolnjevanja teh pogojev. V tem pogledu Nemčija zatrjuje, da le usmerja, oziroma kot sama navaja, „predstrukturira“ posredovanje nemškega NRO na novih trgih.

58. Tako je glede izvzetja novih trgov iz ureditve jasno, da do koraka zakonodajalca Skupnosti od samo svarilnega priporočila do zavezujočega pravnega pravila ni prišlo nehotе.

61. Najpomembneje pri tem „predstrukturiranju“ je, da je v členu 9a(2) TKG izpostavljen cilj spodbujanja naložb in inovacij.¹⁸ Ta cilj je v skladu s členom 8(2)(c) Okvirne direktive, vendar pa se ostali cilji iz člena 8 Okvirne direktive še vedno uporabljajo na podlagi člena 2 TKG. Za Nemčijo je mogoče cilje pravnega okvira Skupnosti uravnotežiti na

17 – O razlagalni vrednosti uvodnih izjav glej moje sklepne predloge, predstavljene 17. decembra 2008 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-250/07, še nerešena zadeva pred Sodiščem, točka 15).

18 – Dodaten pogoj, določen v členu 9a(2) TKG, ki je vzbudil pozornost Komisije, je ovira za razvoj trajnostnega konkurenčnega trga, kadar ni regulacije. Vendar člen 10(2) TKG ta pogoj zahteva za vsako regulacijo (strukturne ovire za dolgoročno učinkovito konkurenco), pri čemer večinoma povzema uvodno izjavo 9 priporočila Komisije in se zdi združljiv s sorazmerno in pravilno uporabo predpisov (glej sklicevanja zgoraj v opombi 14).

različne načine in to, kar je storil njen zakonodajalec, je bilo, da je „dal navodila“ nemškemu NRO o tem, kako opraviti tehtanje, pri čemer je dal prednost enemu določenemu cilju.¹⁹

bodo ločeni od določenih interesov in da bodo sprejemali odločitve le na podlagi meril, ki so opredeljeni v tem okviru.

62. Nemčija zatrjuje, da so takšna navodila znotraj proste presoje, ki je dovoljena pri prenosu pravnega okvira Skupnosti.²⁰ Vprašanje je torej, komu pravni okvir Skupnosti nalaga, naj uravnoteži njegove različne cilje: nacionalnemu zakonodajalcu pri prenosu tega okvira ali NRO pri posameznih presojah?

64. Tako menim, da je uravnoteženje ciljev pravnega okvira v rokah NRO. Člen 8 Okvirne direktive izrecno nalaga sledenje tem ciljem, s tem pa uravnoteženje teh ciljev NRO in ne nacionalnemu zakonodajalcu.

63. Poudariti moram, da odgovor ni odvisen od določenega želenega cilja. Lahko se izkaže, da ima Nemčija prav in da je treba na novih trgih posebno pozornost posvetiti spodbudam za infrastrukturo in inovacije. Vendar ima dodelitev takšnega uravnoteženja nacionalnemu zakonodajalcu drugačne posledice od dodelitve NRO. Pravni okvir Skupnosti je uvedel NRO in jim podelil določene pristojnosti z razlogom: od njih se pričakuje je, da

65. To ustvarja institucionalno ureditev, v okviru katere je naloga nacionalnega zakonodajalca omejena na zagotavljanje, da NRO sprejmejo vse ukrepe, nujne za sledenje tem ciljem, kar je Sodišče že večkrat poudarilo.²¹ Celo avtonomija držav članic pri organizaciji in ustroju NRO je podrejena temu zasledovanju.²²

19 – Na obravnavi je Nemčija natančneje predstavila svoj argument odločanja: člen 9a(2) TKG bi bil potreben za zagotovitev sodnega nadzora diskrecijske pravice nemškega NRO. Vendar je sodni nadzor, ki je omejen na en cilj, enakovreden navodilu za določitev prednosti tega cilja v razmerju do ostalih.

20 – To se nanaša na zavezujoča navodila. Treba je navesti, da se člena 10(2) in 11(1) TKG že sklicujeta na priporočilo Komisije in smernice Komisije, kar omogoča, da se v njih vsebovana nezavezujoča priporočila uporabljajo za nove trge.

21 – Glej sodbo z dne 31. januarja 2008 v zadevi Centro Europa 7 (C-380/05, ZOdl., str. I-349, točka 81) in v opombi 14 navedeno sodbo Komisija proti Poljski z dne 13. novembra 2008, točka 63. V sodbi z dne 10. januarja 2008 v zadevi Komisija proti Finski (C-387/06, točka 23) je Sodišče ugotovilo, da mora Komisija za dokaz, da je sledenje regulativnim ciljem iz člena 8 Okvirne direktive ovirano, podrobno opredeliti vse pristojnosti NRO. Podobno je bilo Sodišče v zgoraj navedeni sodbi Komisija proti Poljski z dne 13. novembra 2008, točka 66, zadovoljno z dejstvom, da je bilo NRO dano „široko pooblastilo za posredovanje“ pri sledenju ciljem, ki so določeni v členu 8 Okvirne direktive.

22 – Glej sodbo z dne 6. marca 2008 v zadevi Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, ZOdl., str. I-1265, točka 24).

66. To prav tako predvideva, da so NRO, ki se soočajo s posebnimi nalogami, tisti, ki so v boljšem položaju za sprejetje odločitve, kako uravnotežiti različne cilje, da bo njihov učinek najboljši. Z drugimi besedami, odločitev nacionalnega zakonodajalca, da podeli prednost določenemu cilju, bi dejansko vplivala na način, na katerega je zakonodajalec Skupnosti predvidel, naj se opravi posamična ocena trga: s strani NRO, ki upoštevajo različne cilje v vsakem posameznem primeru. Neobstoj sistema, ki določa prednost ciljem, opredeljenim v pravnem okviru Skupnosti, in posledična prosta presoja NRO sta bila torej v celoti nameravana s strani zakonodajalca Skupnosti.

Okvirne direktive, člen 8(4) Direktive o dostupu in člen 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah.²⁴

C – Zatrjevanje kršitve glede režima preglednosti, sistema sodelovanja, opredelitve trga in tržne analize

67. Tako Nemčija z določitvijo pogojev, kakršni so v členu 9a(2) TKG, ki dajejo prednost enemu določenemu regulativnemu cilju, ne more omejiti proste presoje nemškega NRO glede posredovanja na novih trgih.²³

69. Ostale določbe, na katere se sklicuje Komisija, se nanašajo na postopkovna dejanja, ki vodijo do odločitve nemškega NRO, ali naj posreduje, kot je določeno v pravnem okviru Skupnosti: režim preglednosti, sistem sodelovanja med NRO in Komisijo, opredelitev trga in tržno analizo.

68. Nemčija je torej kršila svojo obveznost na podlagi določb, ki urejajo ali se sklicujejo na cilje pravnega okvira Skupnosti: člena 7(1) in 8

70. Ker je bilo glede posredovanja nemškega NRO že ugotovljeno, da spremembe TKG

²³ – V opombi 14 navedena sodba Komisija proti Poljski z dne 13. novembra 2008, točke od 42 do 44, prav tako potrjuje to ugotovitev. Na tem mestu je Sodišče ugotovilo, da odločitev Poljske, da da prednost dostopu do omrežne infrastrukture, ne da bi upoštevala konkretne konkurenčne pogoje, ne pomeni ustreznega prenosa Direktive o dostupu in zlasti obveznosti slediti ciljem iz člena 8 Okvirne direktive.

²⁴ – Tudi v Direktivi o dostupu in Direktivi o univerzalnih storitvah so določbe, ki se ujemajo s členom 8(1) Okvirne direktive, namreč člen 8(1) oziroma 17(1). Vendar Komisija pred Sodiščem glede tega ni ničesar navedla.

presejajo okvir proste presoje, ki jo ima Nemčija pri prenosu pravnega okvira Skupnosti, ni pomembno, ali te spremembe pomenijo tudi kršitev obveznosti, ki jih ima glede navedenih postopkovnih zadev Nemčija.

IV – Predlog

Glede na navedeno predlagam Sodišču, naj ugotovi, da Zvezna republika Nemčija s sprejetjem členov 3(12b) in 9a, s katerima je spremenila zakon o telekomunikacijah, ni izpolnila obveznosti iz členov 7(1) in 8 Okvirne direktive, člena 8(4) Direktive o dostopu in člena 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah.