

SODBA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 3. decembra 2009 *

V zadevi C-424/07,

zaradi tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi člena 226 ES, vložene 13. septembra 2007,

Komisija Evropskih skupnosti, ki jo zastopata G. Braun in A. Nijenhuis, zastopnika,

tožeča stranka,

proti

Zvezni republiki Nemčiji, ki jo zastopa M. Lumma, zastopnik, ob sodelovanju C. Koeniga, profesorja, in S. Loetza, odvetnik,

tožena stranka,

* Jezik postopka: nemščina.

SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi K. Lenaerts, predsednik tretjega senata v funkciji predsednika četrtega senata, R. Silva de Lapuerta, sodnica, E. Juhász, G. Arestis (poročevalec) in T. von Danwitz, sodniki,

generalni pravobranilec: M. Poiares Maduro,
sodna tajnica: K. Sztranc-Sławiczek, administratorica,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 5. februarja 2009,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 23. aprila 2009

izreka naslednjo

Sodbo

- ¹ Komisija Evropskih skupnosti s tožbo Sodišču predlaga, naj ugotovi, da Zvezna republika Nemčija s tem, da je sprejela člena 3, točka 12b, in 9a zakona o telekomunikacijah (Telekommunikationsgesetz) z dne 22. junija 2004 (BGBl. 2004 I, str. 1190, v nadaljevanju: TKG), ki sta bila uvedena z zakonom o spremembi telekomunikacijskih predpisov (Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften) z dne 18. februarja 2007 (BGBl. 2007 I, str. 106), ni izpolnila obveznosti iz člena 8(4) Direktive 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 L 108, str. 7), iz členov od 6 do 8(1) in (2), 15(3) in 16 Direktive 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 L 108, str. 33) in iz člena 17(2) Direktive 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 L 108, str. 51).

Pravni okvir

Skupnostna ureditev

2 Člen 8(4) Direktive o dostopu določa:

„Obveznosti, naložene v skladu s tem členom, morajo temeljiti na naravi ugotovljenega problema, biti sorazmerne in utemeljene glede na cilje, ki so določeni v členu 8 [Okvirne direktive]. Take obveznosti se naložijo samo po posvetovanju v skladu s členoma 6 in 7 prej omenjene direktive.“

3 V skladu z uvodno izjavo 27 Okvirne direktive je bistveno, „da se *ex ante* regulativne obveznosti naložijo samo, če ni učinkovite konkurence, to pomeni na trgih, kjer je eno ali več podjetij s pomembno tržno močjo, pravna sredstva nacionalne zakonodaje in zakonodaje Skupnosti na področju konkurence pa ne zadostujejo za reševanje težave. Zato je nujno, da Komisija pripravi smernice na ravni Skupnosti v skladu z načeli

konkurenčnega prava, ki jih bodo morali upoštevati nacionalni regulativni organi [v nadaljevanju: NRO] pri ocenjevanju učinkovitosti konkurence na danem trgu in pri ocenjevanju pomembne tržne moči. [NRO] naj analizirajo, ali na posameznem trgu proizvodov ali storitev na nekem geografskem območju vlada učinkovita konkurenca, pri čemer lahko to območje zajema celotno ozemlje zadevne države članice ali del njenega ozemlja ali dele sosednjih ozemelj držav članic, ki se obravnavajo kot celota. Analiza učinkovite konkurence naj vključuje to, ali je trg potencialno konkurenčen, in s tem tudi, ali je pomanjkanje učinkovite konkurence trajno. V teh smernicah je treba obravnavati tudi vprašanje o trgih, ki na novo nastajajo in na katerih bi utegnil vodilni na trgu dejansko imeti znatni tržni delež, vendar naj se mu ne bi naložile neprimerne obveznosti. Komisija naj smernice redno pregleduje, s čimer zagotovi njihovo dolgoročno ustreznost hitro razvijajočemu se trgu. [NRO] bodo morali med seboj sodelovati, kadar se zadevni trg obravnava kot nadnacionalni trg.“

- 4 V skladu z uvodno izjavo 11 Okvirne direktive naj države članice „[v] skladu z načelom ločevanja regulativnih in obratovalnih funkcij [...] zagamčijo neodvisnost [NRO] ali organov, da bi zagotovile nepristranskost njihovih sklepov [...]“

- 5 Člen 1(1) Okvirne direktive natančno določa:

„S to direktivo se vzpostavlja usklajeni okvir za zakonsko urejanje elektronskih komunikacijskih storitev, elektronskih komunikacijskih omrežij, pripadajočih naprav in storitev. V direktivi so določene naloge [NRO] in tudi vrsta postopkov za zagotovitev usklajene uporabe regulativnega okvira v celotni Skupnosti.“

6 Člen 3(2) in (3) te direktive določa:

„2. Države članice zjamčijo neodvisnost [NRO] tako, da zagotovijo njihovo pravno ločenost in funkcijsko neodvisnost od vseh organizacij, ki zagotavljajo elektronska komunikacijska omrežja, opremo ali storitve. Države članice, ki ohranijo lastništvo ali nadzor nad podjetji, ki zagotavljajo elektronska komunikacijska omrežja in/ali storitve, zagotovijo dejansko strukturno ločitev regulativne funkcije od dejavnosti, povezanih z lastništvom ali nadzorom.

3. Države članice zagotovijo, da [NRO] izvajajo svoja pooblastila nepristransko in pregledno.“

7 Člen 6 Okvirne direktive določa:

„Razen v primerih iz členov 7(6), 20 ali 21 države članice zagotovijo, da [NRO], kadar nameravajo sprejeti ukrepe v skladu s to direktivo ali posebnimi direktivami, ki bodo imeli znaten vpliv na zadevni trg, dajo zainteresiranim strankam možnost, da v primernem roku izrazijo svoje stališče o osnutku ukrepov. [NRO] objavijo svoje nacionalne posvetovalne postopke. Države članice poskrbijo za ureditev skupnega informativnega mesta, na katerem so dostopne vse tekoče razprave. [NRO] omogoči, da so rezultati posvetovalnega postopka dostopni javnosti, razen kadar veljajo informacije za zaupne v skladu z zakonodajo Skupnosti in nacionalno zakonodajo o poslovni tajnosti.“

8 Člen 7 te direktive določa:

„1. [NRO] pri izvajanju svojih nalog po tej direktivi in posebnih direktivah dosledno upoštevajo cilje iz člena 8, tudi kolikor zadevajo delovanje notranjega trga.

2. [NRO] prispevajo k razvoju notranjega trga tako, da sodelujejo med seboj in s Komisijo na pregleden način, s čimer v vseh državah članicah zagotovijo dosledno uporabo določb te direktive in posebnih direktiv. Zato poskušajo doseči zlasti soglasje o vrstah instrumentov in sredstev, ki bi bili najprimernejši za reševanje posebnih razmer na trgu.

3. Poleg posvetovanja iz člena 6 [NRO], kadar namerava uveljaviti ukrep, ki:

a) sodi v področje uporabe člena 15 ali 16 te direktive, člena 5 ali 8 [Direktive o dostopu] ali člena 16 [Direktive o univerzalni storitvi] in

b) bi vplival na trgovino med državami članicami,

hkrati predloži Komisiji in [NRO] v drugih državah članicah osnutek ukrepa skupaj z razlogi, na katerih ukrep temelji, v skladu s členom 5(3) ter o tem obvesti Komisijo in

druge [NRO]. [NRO] in Komisija lahko zadevnemu [NRO] predložijo pripombe samo v enem mesecu ali v roku iz člena 6, če je ta rok daljši. Enomesečnega roka ni mogoče podaljšati.

4. Če je predvideni ukrep iz odstavka 3 namenjen:

- a) opredelitvi upoštevne trga, ki se razlikuje od trgov, opredeljenih v priporočilu v skladu s členom 15(1), ali
- b) odločitvi, ali naj se določi podjetje, ki bi imelo bodisi samo ali skupaj z drugimi pomembno tržno moč po členu 16(3), (4) ali (5),

in bi negativno vplival na trgovino med državami članicami ter Komisija pojasni [NRO], da meni, da bi osnutek ukrepa ustvaril oviro za enotni trg, ali če resno dvomi o njegovi združljivosti z zakonodajo Skupnosti in zlasti s cilji iz člena 8, se osnutek ukrepa v naslednjih štirih mesecih še ne sprejme. Tega roka ni mogoče podaljšati. V tem roku lahko Komisija v skladu s postopkom iz člena 22(2) sprejme sklep, s katerim od zadevnega [NRO] zahteva, da osnutek ukrepa umakne. Temu sklepu mora biti priložena podrobna in objektivna analiza o tem, zakaj Komisija meni, naj osnutek ukrepa ne bo sprejet, skupaj s posebnimi predlogi za njegovo spremembo.

5. Zadevni [NRO] dosledno upošteva pripombe drugih [NRO] in Komisije ter lahko, razen v primerih iz odstavka 4, sprejme na podlagi pripomb nastali osnutek ukrepa in ga, če ga sprejme, predloži Komisiji.

[...]“

- 9 Pod naslovom „Politični cilji in regulativna načela“ člen 8(1) in (2) Okvirne direktive določa:

„1. Države članice zagotovijo, da [NRO] pri opravljanju regulativnih nalog, opredeljenih v tej direktivi in v posebnih direktivah, sprejmejo vse primerne ukrepe za doseg ciljev iz odstavkov 2, 3 in 4. Taki ukrepi naj bodo sorazmerni s temi cilji.

Države članice zagotovijo, da [NRO] pri opravljanju regulativnih nalog iz te direktive in posebnih direktiv, zlasti tistih, ki so namenjene zagotovitvi učinkovite konkurence, dosledno upoštevajo zahtevo po tehnološko nevtralni zakonski ureditvi.

[...]

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

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

- b) zagotovijo, da v sektorju elektronskih komunikacij ni izkrivljanja ali omejevanja konkurence;
- c) spodbujajo učinkovito vlaganje v infrastrukturo in podpirajo inovacije; in
- d) spodbujajo učinkovito uporabo radijskih frekvenc in številskih virov ter zagotovijo njihovo učinkovito upravljanje.“

10 Člen 15 Okvirne direktive se nanaša na postopek opredelitve trga. Njegov odstavek 3 določa:

„[NRO] ob doslednem upoštevanju priporočila in smernic opredelijo upoštevne trge glede na razmere v državi, zlasti upoštevne geografske trge na svojem ozemlju, v skladu z načeli konkurenčnega prava. Nacionalni regulativni organi pred opredelitvijo trgov, ki se razlikujejo od opredeljenih v priporočilu, upoštevajo postopke iz členov 6 in 7.“

11 Člen 16 te direktive, ki obravnava postopek analize trga, določa:

„1. [NRO] čimprej po sprejetju priporočila ali njegove morebitne dopolnitve izvedejo analizo upoštevni trgov, pri čemer dosledno upoštevajo smernice. Države članice

zagotovijo, da se analiza, kjer je to primerno, izvede v sodelovanju z nacionalnimi organi za konkurenco.

2. Kadar se od [NRO] po členu 16, 17, 18 ali 19 [Direktive o univerzalni storitvi] ali po členu 7 ali 8 [Direktive o dostopu] zahteva, da odloči, ali je treba za podjetja uvesti, ohraniti, spremeniti ali preklicati obveznosti, organ na podlagi svoje analize trga iz odstavka 1 tega člena odloči, ali na upoštevnem trgu vlada dejanska konkurenca.

3. Če [NRO] ugotovi, da na trgu vlada dejanska konkurenca, niti ne uvede niti ne ohrani nobene od posebnih regulativnih obveznosti iz odstavka 2 tega člena. Kadar že obstajajo regulativne obveznosti, ki so značilne za sektor, jih za podjetja na upoštevnem trgu prekliče. Stranke, ki jih zadeva preklic obveznosti, je treba o tem prej obvestiti v primernem roku.

4. Če [NRO] ugotovi, da na upoštevnem trgu ni dejanske konkurence, opredeli podjetja s pomembno tržno močjo na tem trgu v skladu s členom 14 in tem podjetjem naloži ustrezne posebne regulativne obveznosti iz odstavka 2 tega člena ali ohrani ali spremeni take obveznosti, kjer že obstajajo.

5. Pri nadnacionalnih trgih, opredeljenih v odločbi iz člena 15(4), zadevni [NRO] skupaj izvedejo analizo trga, pri čemer dosledno upoštevajo smernice, in se sporazumno odločijo o naložitvi, ohranitvi, spremembi ali preklicu regulativnih obveznosti iz odstavka 2 tega člena.

6. Za ukrepe, sprejete v skladu z določbami odstavkov 3, 4 in 5 tega člena, se uporabljajo postopki iz členov 6 in 7.“

12 Člen 17(2) Direktive o univerzalni storitvi določa:

„Obveznosti, naložene po odstavku 1, morajo temeljiti na naravi ugotovljenega problema, biti sorazmerne in utemeljene glede na cilje, ki so določeni v členu 8 [Okvirne direktive]. Naložene obveznosti lahko vključujejo zahteve, naj opredeljena podjetja ne zaračunavajo previsokih cen, ne ovirajo dostopa na trg ali ne omejujejo konkurence z določitvijo oderuških cen, prednostno ne obravnavajo določenih končnih uporabnikov ali neutemeljeno ne združujejo storitev. [NRO] lahko pri teh podjetjih uporabijo ustrezne ukrepe zamejevanja maloprodajnih cen, ukrepe za nadzor individualnih tarif ali ukrepe za približevanje tarif stroškom ali cenam na primerljivih trgih, da bi zavarovali interese končnih uporabnikov in hkrati pospeševali učinkovito konkurenco.“

13 V skladu z uvodno izjavo 15 Priporočila Komisije z dne 11. februarja 2003 o upoštevni trgih proizvodov in storitev v sektorju elektronskih komunikacij, ki bi lahko bili predmet *ex ante* regulacije skladno z Direktivo 2002/21 (UL L 114, str. 45, v nadaljevanju: Priporočilo Komisije) naj trgi, ki nastajajo na novo in na katerih je mogoče ugotoviti obstoj tržne moči zaradi „prednosti, ki jih ima pionir na trgu“, predvidoma ne bi bili predmet *ex ante* regulacije.

14 Točka 1 Priporočila Komisije določa:

„[NRO] pred opredelitvijo upoštevni trgov v skladu s členom 15(3) [Okvirne direktive] analizirajo trge proizvodov in storitev, opredeljene v prilogi k temu priporočilu.“

15 V točki 1 Smernic 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, v nadaljevanju: Smernice) je določeno:

„Te smernice določajo načela, ki naj jih [NRO] v državah Efte uporabljajo pri analizi trgov in učinkovitosti konkurence v skladu z novim regulativnim okvirom za elektronska komunikacijska omrežja in storitve.“

16 Točka 6 Smernic določa:

„Te smernice naj [NRO] vodijo pri uresničevanju njihovih novih pristojnosti v zvezi z opredelitvijo trgov in oceno pomembne tržne moči [...]“

17 Točka 32 Smernic določa:

„Glede trgov, ki na novo nastajajo in na katerih bi utegnil vodilni na trgu dejansko imeti znatni tržni delež, uvodna izjava [27] Okvirne direktive določa, da ti ne smejo biti predmet neprilagojene *ex ante* regulacije. Prezgodnja uvedba *ex ante* regulacije lahko namreč spremeni konkurenčne pogoje, ki se oblikujejo na trgu, ki na novo nastaja [...]“

Nacionalna ureditev

18 Člen 2(2) TKG z naslovom „Regulacija in cilji“ določa:

„Cilji regulacije so:

1. varovanje uporabnikovega in zlasti potrošnikovega interesa na področju telekomunikacij ter tajnosti komunikacijskih sporočil,
2. zagotavljanje enakih konkurenčnih možnosti in spodbujanje trajnostnih konkurenčnih telekomunikacijskih trgov na področju telekomunikacijskih služb in omrežij ter podobnih organov in služb, tudi na manj obljudenih območjih,

3. spodbujanje učinkovitih infrastrukturnih naložb in podpiranje inovacij,
4. spodbujanje razvoja notranjega trga Evropske unije,
5. zagotavljanje osnovnih telekomunikacijskih služb (univerzalnih storitev) po dostopnih cenah,
6. spodbujanje telekomunikacijskih služb pri javnih ustanovah,
7. zagotavljanje učinkovite in nemotene uporabe frekvenc, tudi ob upoštevanju interesov radia,
8. zagotavljanje učinkovite uporabe številskih virov,
9. varovanje interesov javne varnosti.“

19 Člen 3, točka 12b, TKG z naslovom „Razlaga pojmov“ določa:

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

20 Člen 9a TKG z naslovom „Novi trgi“ določa:

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

2. Kadar je glede na nekatera dejstva mogoče sklepati, da bo brez regulacije razvoj trajnostnega konkurenčnega trga na področju telekomunikacijskih storitev ali omrežij dolgoročno oviran, lahko ‚Bundesnetzagentur‘ [nemška agencija za regulacijo telekomunikacijskega sektorja] 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 presojo potrebe po regulaciji in pri uvedbi nekaterih obveznosti ‚Bundesnetzagentur‘ upošteva predvsem cilja spodbujanja učinkovitih infrastrukturnih naložb in podpiranja inovacij.“

Predhodni postopek

- 21 Komisija je po stikih med njo samo in Zvezno republiko Nemčijo zaradi svojih zadržkov glede združljivosti novih določb TKG s skupnim regulativnim okvirom za elektronske komunikacije z dopisom z dne 26. februarja 2007 začela postopek zaradi neizpolnitve obveznosti v skladu s členom 226 ES in Zvezno republiko Nemčijo pozvala, naj v petnajstih dneh poda svoja stališča. Na zahtevo te države članice je bil rok podaljšan za dodatnih petnajst dni.
- 22 Zvezna republika Nemčija je v dopisu z dne 28. marca 2007 trdila, da so nove določbe TKG popolnoma združljive s pravom Skupnosti.
- 23 Komisija je 3. maja 2007 izdala obrazloženo mnenje, s katerim je to državo članico pozvala k sprejetju ukrepov, potrebnih za uskladitev s pravom Skupnosti, v enem mesecu od prejema tega mnenja. Zvezna republika Nemčija je z dopisom z dne 4. junija 2007 branila svoje stališče in 5. junija 2007 Komisiji predložila upravno določbo Bundesnetzagentur z naslovom „Načela razlage Bundesnetzagentur glede člena 9a TKG“.
- 24 Zato se je Komisija odločila, da vloži to tožbo.

Tožba

Dopustnost

Trditve strank

- ²⁵ Zvezna republika Nemčija meni, da je ta tožba nedopustna, ker Komisija niti ni pravilno začela in vodila predhodnega postopka niti ni spoštovala njene pravice do obrambe.
- ²⁶ Komisija naj bi se, na eni strani, odločila, da bo postopek zaradi neizpolnitve obveznosti začela 20. decembra 2006, torej ko nacionalni zakon, ki bi upravičil domnevno neizpolnitev obveznosti, še ni obstajal, saj je bil ta v *Bundesgesetzblatt* objavljen 23. februarja 2007. Na drugi strani naj bi bilo s stališča te institucije in zlasti iz njenih sporočil za javnost razvidno, da se je odločila, da bo brez kakršnega koli preizkusa zavrnila navedbe Zvezne republike Nemčije in zadevo čimprej predložila Sodišču. Tako stališče naj bi tej državi članici preprečilo, da se v predhodnem postopku učinkovito brani.
- ²⁷ Ta država članica predlaga tudi nedopustnost tožbe v delu, v katerem naj bi Komisija, da bi ugotovila neizpolnitev določb zadevnih direktiv, morala uporabiti postopek iz člena 7 Okvirne direktive, ki določa konsolidacijo odločitev NRO nasproti Komisiji. Ta določba naj bi določala avtonomen postopek – z istim predmetom kot postopek zaradi neizpolnitve obveznosti – namenjen zagotavljanju usklajene in dosledne uporabe skupnega regulativnega okvira v vseh državah članicah, da bi bila omogočena vzpostavitev notranjega trga omrežij in komunikacijskih storitev.

- 28 Komisija najprej ugovarja, da je pisni opomin Zvezni republiki Nemčiji poslala po objavi spornega zakona v *Bundesgesetzblatt*. Poudarja tudi, da ji za odločitev, da bo začela postopek zaradi neizpolnitve obveznosti, ni treba čakati na vse formalnosti, določene v nacionalnem pravu.
- 29 Nato je menila, da je v predhodnem postopku preučila trditve Zvezne republike Nemčije, vendar jim ni mogla pritrditi. Ta država članica naj nikakor ne bi sprožila vprašanja o dopustnosti, ampak naj bi izpodbijala utemeljenost tožbe.
- 30 Komisija nazadnje poudarja, da je Sodišče že odločilo, da splošne pristojnosti Komisije na podlagi člena 226 ES ne more razveljaviti s posebnim postopkom, določenim z direktivo.

Presoja Sodišča

- 31 Prvič, poudariti je treba, da so bile nove določbe TKG v *Bundesgesetzblatt* objavljene 23. februarja 2007, veljati pa so začele dan po objavi. Komisija je 20. decembra 2006 odgovornemu komisarju sicer naložila, naj začne postopek zaradi neizpolnitve obveznosti proti Zvezni republiki Nemčiji, vendar je bil ta uveden šele s pisnim opominom z dne 26. februarja 2007, po objavi in začetku veljave zadevnih določb. Do navedenih neizpolnitev obveznosti je torej vsekakor prišlo pred izdajo pisnega opomina.

32 Drugič, Zvezna republika Nemčija poudarja, da je iz stališča Komisije razvidno, da se je ta odločila, da bo brez kakršnega koli preizkusa zavrnila njene navedbe.

33 V zvezi s tem je treba najprej poudariti, da Komisijino sporočilo za javnost z dne 26. februarja 2007, na katerega se sklicuje Zvezna republika Nemčija, ne daje vtisa, da bi Komisija kršila pravico do obrambe zadevne države članice. To, da je Komisija v tem sporočilu objavila začetek pospešenega postopka proti tej državi članici, namreč še ne pomeni, da njenih navedb v predhodnem postopku ni nameravala upoštevati.

34 Nato je treba ugotoviti, na eni strani, da je Zvezna republika Nemčija v predhodnem postopku lahko koristno uveljavljala svoje stališče, in, na drugi strani, da je Komisija dejansko upoštevala njeno stališče. Glede tega je treba poudariti, da je bila Zvezna republika Nemčija s pisnim opominom z dne 26. februarja 2007 pozvana, naj v petnajstih dneh poda svoja stališča, pozneje pa je bil rok na zahtevo te države članice podaljšan na en mesec. Svoj odgovor na pisni opomin je sporočila 28. marca 2007. Iz obrazloženega mnenja in zlasti iz točke 4 z naslovom „Trditve Nemčije in odgovor Komisije“ je razvidno, da je Komisija pravilno upoštevala navedbe, ki jih je ta država članica podala v odgovoru na pisni opomin.

35 Ugovor glede kršitve pravice do obrambe je treba v teh okoliščinah zavrnil. Čeprav bi Komisija napačno analizirala odgovor Zvezne republike Nemčije na pisni opomin, je treba poudariti, da ta trditev, tudi če bi bila utemeljena, ni razlog za nedopustnost, ampak element, ki ga mora Sodišče v tem primeru upoštevati pri presoji utemeljenosti tožbe (sodba z dne 14. junija 2007 v zadevi Komisija proti Irski, C-148/05, točka 39).

36 Tretjič, glede trditve, da bi Komisija morala uporabiti postopek iz člena 7 Okvirne direktive, da bi ugotovila neizpolnitev določb zadevnih direktiv, navedenih v tej tožbi, je treba poudariti, da posebni postopki iz direktive ne morejo razveljaviti niti nadomestiti pristojnosti, ki jih ima Komisija na podlagi člena 226 ES (glej zlasti sodbo z dne 24. januarja 1995 v zadevi Komisija proti Nizozemski, C-359/93, Recueil, str. I-157, točka 13).

37 Iz navedenega je razvidno, da je treba tožbo razglasiti za dopustno.

Utemeljenost

38 Komisija v utemeljitev tožbe v bistvu navaja dva ugovora. V prvem trdi, da je Zvezna republika Nemčija s kršitvijo členov 8(1) in (2), 15 in 16 Okvirne direktive, člena 8(4) Direktive o dostopu in člena 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah omejila diskrecijsko pravico NRO, ko je v novih določbah TKG opredelila pojem „novi trgi“ s tem, da je določila načelo neregulacije teh trgov in strožje pogoje od tistih, določenih v skupnem regulativnem okviru, ko so ti trgi izjemoma lahko regulirani, in s tem, da je pri analizi teh trgov določenemu cilju urejanja dana prednost. Drugi ugovor se nanaša na neupoštevanje posvetovalnega postopka in postopka konsolidacije iz členov 6 in 7 Okvirne direktive.

39 Zvezna republika Nemčija ugovarja očitani neizpolnitvi obveznosti.

Ugovor v zvezi z omejevanjem diskrecijske pravice NRO

Trditve strank

- 40 Komisija trdi, da nova pravila, uvedena s členoma 3, točka 12b, in 9a TKG zmanjšujejo diskrecijsko pravico NRO. Te določbe naj bi obšle postopke opredelitve in analize trga ter nalaganja regulativnih popravnih ukrepov, ki so bili uvedeni s skupnim regulativnim okvirom za elektronske komunikacije.
- 41 S sprejetjem členov 3, točka 12b, in 9a TKG naj bi nemški zakonodajalec opredelil pojem „novi trgi“, določil načelo neregulacije teh trgov, vnaprej določil omejevalne pogoje, pod katerimi je NRO izjemoma dovoljeno regulirati te trge, in določil, da mora biti ta posebej pozoren na določen cilj reguliranja. Te določbe TKG naj bi nasprotovale določbam skupnega regulativnega okvira, ki določajo obseg pooblastil NRO, kot so člen 8 Direktive o dostopu, členi 8, 15 in 16 Okvirne direktive in člen 17 Direktive o univerzalnih storitvah.
- 42 Komisija najprej meni, da člen 3, točka 12b, TKG s tem, da opredeljuje „nove trge“, omejuje diskrecijsko pravico nemškega NRO, določeno v členu 15(3) Okvirne direktive. NRO naj bi namreč na podlagi te določbe opredelili upoštevne trge glede na razmere v državi, zlasti upoštevne geografske trge na svojem ozemlju, v skladu z načeli konkurenčnega prava.
- 43 Komisija nato poudarja, da člen 9a(1) TKG v nasprotju s postopki opredelitve in analize trga, določenimi v skupnem regulativnem okviru, določa, da se novi trgi načeloma ne regulirajo v smislu dela 2 TKG.

- 44 Komisija poleg tega poudarja, da so pogoji za regulacijo trga, kot jo člen 9a(2) TKG izjemoma določa, strožji od tistih iz člena 16 Okvirne direktive. Ta člen naj bi namreč zahteval le neobstoje učinkovite konkurence na upoštevnem trgu, in ne, kot to zahteva zgoraj navedena določba TKG, obstoja dolgoročne ovire razvoja trajnostnega konkurenčnega trga.
- 45 Nazadnje, člen 9a(2) TKG po mnenju Komisije krši člen 8(1) in (2) Okvirne direktive. S to določbo naj bi se vztrajalo zlasti pri enem od ciljev regulacije, in sicer pri spodbujanju učinkovitih infrastrukturnih naložb in podpiranju inovacij. Vendar naj člen 8(2) Okvirne direktive ne bi vzpostavljal hierarhije teh ciljev, člen 8(4) Direktive o dostopu in člen 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah pa naj bi jasno določala, da NRO nalagajo sorazmerne in utemeljene popravne ukrepe glede na cilje člena 8 Okvirne direktive, ne da bi kateri od teh ciljev imel posebno prednost.
- 46 Zvezna republika Nemčija meni, da sta člena 3, točka 12b, in 9a TKG združljiva s skupnim regulativnim okvirom za elektronske komunikacije.
- 47 Ta država članica trdi, da so direktive regulativnega okvira namenjene uskladitvi prava držav članic in jim zato puščajo dovolj maneverskega prostora za natančno določitev abstraktnih pojmov, uporabljenih v direktivah, in zagotovitev polnega učinka njihovih ciljev. Ugovori Komisije naj bi temeljili na široki razlagi regulativnega okvira za telekomunikacije in na napačni presoji učinkov določb TKG.
- 48 Zvezna republika Nemčija poudarja, da člena 3, točka 12b, in 9a TKG predstrukturirata diskrecijsko pravico NRO, kar naj bi zagotavljalo višjo stopnjo pravne varnosti v skladu s cilji člena 4 Okvirne direktive. Komisija naj v zvezi s tem ne bi navedla niti, katera

določba iz direktiv skupnega regulativnega okvira za elektronske komunikacije dopušča sklepanje na obstoj take diskrecijske pravice, niti, katera določba TKG naj bi to pravico omejevala. Uporaba besede „lahko“ v členu 9a(2) TKG naj bi nakazovala, da mora NRO uporabiti diskrecijsko pravico za preučitev potrebe po regulaciji novega trga. Komisija naj bi torej zahtevala dobesečen prenos določb teh direktiv, kot pri uredbah, in tako stremela bolj k poenotenju kot k uskladitvi prava držav članic.

49 Po mnenju Zvezne republike Nemčije je iz uvodne izjave 27 Okvirne direktive, točke 32 Smernic in uvodne izjave 15 Priporočila Komisije razvidno, da se novih trgov na splošno ne sme regulirati *ex ante*. V zvezi s tem naj učinek člena 9a TKG ne bi bil uvedba novega izoliranega postopka preverjanja, ampak naj bi za nove trge natančneje opredelil določbe, ki se nanašajo na splošni postopek regulacije trga, določen v členih 10 in 11 TKG. Potreba po regulaciji trga naj bi bila tako v vseh primerih preučena, NRO pa naj na podlagi člena 9a(1) TKG ne bi smeli uporabiti regulacijskih ukrepov, če taka potreba ne bi bila ugotovljena.

50 Zvezna republika Nemčija glede opredelitve upoštevne trga potrjuje, da skupni regulativni okvir ne nasprotuje temu, da nacionalni zakonodajalec določi način opredelitve trga. Poudarja, da člen 3, točka 12b, TKG nikakor ne pomeni opredelitve trga, ampak določa abstraktna merila, ki po opredelitvi trga omogočajo odločitev, ali gre za novi trg ali ne. Člena 3, točka 12b, in 9a TKG naj bi tako NRO v posameznem primeru omogočala opredelitev upoštevne trga v skladu z načeli konkurenčnega prava in naj ne bi utemeljevala odstopanja od običajnega postopka opredeljevanja trga.

51 Zvezna republika Nemčija poleg tega poudarja, da merilo trajnostnega konkurenčnega trga in zahteva za dolgoročno oviro na zadevnem trgu, določena v členu 9a(2) TKG, nista strožja pogoja od tistih, določenih v direktivah skupnega regulativnega okvira, in ne spreminjata postopkov opredelitve in analize na podlagi členov 10 in 11 TKG. Šlo naj

bi za pogoje iz uvodne izjave 27 Okvirne direktive in iz Priporočila Komisije, ki natančneje opredeljuje pojem „učinkovita konkurenca“ v zvezi z novimi trgi.

- 52 Ta država članica nazadnje meni, da lahko nacionalni zakonodajalec na podlagi svoje diskrecijske pravice posebno pozornost nameni enemu od ciljev regulacije, določenih v direktivah skupnega regulativnega okvira za elektronske komunikacije. Uporaba pojma „predvsem“ v drugem stavku člena 9a(2) TKG naj bi še bolj nakazovala, da navedeni cilj ni edini, ki ga je treba upoštevati.

Presoja Sodišča

- 53 Najprej je treba opozoriti, da Okvirna direktiva v skladu z njenim členom 1(1) vzpostavlja usklajeni okvir za zakonsko regulacijo elektronskih komunikacijskih storitev, elektronskih komunikacijskih omrežij, pripadajočih naprav in storitev. V tej direktivi so določene naloge NRO in vrsta postopkov za zagotovitev usklajene uporabe regulativnega okvira v vsej Skupnosti.
- 54 Države članice po členu 3(2) in (3) Okvirne direktive in njeni uvodni izjavi 11 v skladu z načelom ločevanja regulativnih in obratovalnih funkcij zajamčijo neodvisnost NRO, da lahko ti nepristransko in pregledno izvajajo svoja pooblastila.

- 55 Okvirna direktiva daje NRO posebne naloge za regulacijo trgov elektronskih komunikacij. NRO morajo v skladu s členom 15 Okvirne direktive in zlasti z njegovim odstavkom 3 v tesnem sodelovanju s Komisijo opredeliti upoštevne trge v sektorju elektronskih komunikacij.
- 56 NRO v skladu s členom 16 Okvirne direktive nato opravijo analizo tako opredeljenih trgov in presodijo, ali so ti trgi dejansko konkurenčni. Če trg dejansko ni konkurenčen, zadevni NRO podjetjem s pomembno tržno močjo na tem trgu naloži *ex ante* regulativne obveznosti.
- 57 Člen 15(3) Okvirne direktive določa, da NRO pri opredelitvi upoštevni trgov najbolj upoštevajo Priporočilo Komisije in Smernice.
- 58 NRO v skladu s členom 16(1) te direktive pri analizi upoštevni trgov enako upoštevajo tudi Smernice, da bi ugotovili, ali se morajo ti trgi regulirati *ex ante*.
- 59 NRO morajo pri izvajanju svojih nalog na podlagi člena 7(1) Okvirne direktive najbolj upoštevati cilje iz člena 8. Države članice morajo v skladu s členom 8(1) te direktive skrbeti, da NRO sprejmejo vse primerne ukrepe za doseg ciljev iz navedenega člena 8. Ta določba po drugi strani določa, da morajo biti ukrepi, ki so jih sprejeli NRO, sorazmerni s temi cilji.

60 Člen 8(4) Okvirne direktive in člen 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah prav tako določata, da morajo NRO, ko na podlagi teh direktiv sprejemajo *ex ante* regulativne obveznosti, upoštevati cilje iz člena 8 Okvirne direktive. *Ex ante* regulativne obveznosti morajo biti sorazmerne in utemeljene glede na te cilje.

61 NRO imajo pri izvajanju svojih regulativnih funkcij široke pristojnosti, da lahko presodijo potrebo po regulaciji trga za vsak primer posebej (glej v tem smislu sodbo z dne 24. aprila 2008 v zadevi Arcor, C-55/06, ZOdl., str. I-2931, točke od 153 do 156).

62 Sodišče mora preučiti utemeljenost te tožbe glede na navedeno.

63 Sodišče meni, da je smiselno najprej preizkusiti, ali Zvezna republika Nemčija, kot zatrjuje Komisija, s tem, da je s členom 9a TKG uvedla načelo neregulacije novih trgov, ni izpolnila obveznosti iz člena 16 Okvirne direktive.

64 V zvezi s tem je treba najprej spomniti, da NRO v skladu s členom 16 Okvirne direktive izvajajo analizo upoštevanih trgov, opredeljenih v skladu s členom 15 te direktive, da bi presodili, ali morajo biti ti trgi regulirani *ex ante*. Ta člena se nanašata na sektor elektronskih komunikacij na splošno in s svojega področja uporabe ne izključujeta niti novih trgov niti nobenega drugega trga.

65 Dalje je v zvezi s tem treba spomniti, da člen 9a(1) TKG, s pridržkom iz odstavka 2, določa, da se novi trgi načeloma ne „regulirajo“ v smislu dela 2 TKG. NRO lahko v skladu z navedenim odstavkom – če bi bilo zaradi nekaterih dejstev mogoče domnevati, da bi bil razvoj trajnostnega konkurenčnega trga na področju telekomu-

nikacijskih storitev ali omrežij zaradi neregulacije trajno moten – s pridržkom iz odstavka 1 tega člena „regulirajo“ trg v smislu dela 2 TKG.

⁶⁶ Člen 9a(1) in (2) TKG izrecno predpisuje, da novi trgi ne smejo biti regulirani, razen če nekateri dejavniki, kot je neobstoj trajne konkurence na trgu, ne kažejo potrebe po regulaciji. Ta splošna pravna določba tako najprej v odstavku 1 določa načelo neregulacije novih trgov, nato pa v odstavku 2 navaja izjeme od tega načela.

⁶⁷ Zvezna republika Nemčija trdi, da je načelo neregulacije novih trgov vključeno v skupni regulativni okvir za elektronske komunikacije. V zvezi s tem se sklicuje na uvodno izjavo 27 Okvirne direktive, na točko 32 Smernic in na uvodno izjavo 15 Priporočila Komisije, v skladu s katerimi novi trgi praviloma niso regulirani *ex ante*.

⁶⁸ Vendar te trditve ni mogoče sprejeti.

⁶⁹ Najprej, uvodna izjava 27 Okvirne direktive določa, da se bo v Smernicah obravnavalo vprašanje o novih trgih, na katerih bi utegnil vodilni na trgu dejansko imeti pomembni tržni delež, vendar naj se mu ne bi naložile neutemeljene obveznosti. Ta uvodna izjava izhaja iz tega, da regulacija trgov, ki na novo nastajajo, upošteva njihove posebnosti. Zato je treba ugotoviti, da se take določbe ne sme razumeti, kot da nalaga splošno načelo neregulacije teh trgov.

- 70 Dalje, uvodna izjava 27 Okvirne direktive v skladu s točko 32 Smernic določa, da trgi, ki na novo nastajajo in na katerih bi utegnil vodilni na trgu dejansko imeti pomembni tržni delež, zato ne smejo biti predmet neprilagojene *ex ante* regulacije. Prezgodnja uvedba *ex ante* regulacije bi v skladu s to določbo Smernic namreč lahko spremenila konkurenčne pogoje, ki se oblikujejo na trgu, ki na novo nastaja.
- 71 Ta določba torej le povzema vsebino uvodne izjave 27 Okvirne direktive in prepoveduje nalaganje *ex ante* regulativnih obveznosti. Tudi Smernice ne vsebujejo splošnega pravila neregulacije novih trgov. To ugotovitev potrjuje med drugim tudi besedilo zadnjih dveh stavkov točke 32 Smernic, ki določa, da je treba preprečiti, da bi podjetja s pomembno tržno močjo zaprla dostop do trgov, ki na novo nastajajo, in da morajo NRO zagotavljati, da je vsako zgodnje *ex ante* posredovanje na trgu, ki na novo nastaja, popolnoma utemeljeno.
- 72 Nazadnje, uvodna izjava 15 Priporočila Komisije določa, da naj trgi, ki na novo nastajajo in na katerih je mogoče ugotoviti obstoj tržne moči zaradi „prednosti, ki jih ima pionir na trgu“, predvidoma ne bi bili *ex ante* regulirani. Ta določba določa neregulacijo novih trgov, če glede na prednosti, ki jih ima pionir na trgu, na trgu obstajajo podjetja s pomembno tržno močjo. Zato ta določba določa, da NRO po potrebi za vsak primer posebej preverjajo izpolnjevanje zahtevanih pogojev, da bi lahko odločili o neregulaciji novega trga.
- 73 Iz vsega navedenega je razvidno, da uvodna izjava 27 Okvirne direktive, točka 32 Smernic in uvodna izjava 15 Priporočila Komisije sicer nakazujejo, da morajo NRO pri novih trgih ravnati previdno, vendar pa te določbe nikakor ne določajo načela neregulacije teh trgov.

- 74 Dodati je treba, da Okvirna direktiva, kot je razvidno iz točk od 53 do 61 te sodbe, presojo potrebe po regulaciji nalaga NRO, in ne nacionalnemu zakonodajalcu.
- 75 V zvezi s tem je treba spomniti, da člena 15 in 16 Okvirne direktive, ki se izrecno nanašata na NRO, pomenita pravno podlago, na kateri temeljijo Smernice in Priporočilo Komisije, in da ta pravna instrumenta usmerjata NRO pri opredelitvi in analizi upoštevnih trgov, da bi ugotovili, ali jih je treba regulirati *ex ante*.
- 76 V skladu s točko 1 Smernic te določajo načela, s katerimi morajo NRO ob uporabi skupnega regulativnega okvira za elektronske komunikacije utemeljiti svojo analizo trga in učinkovite konkurence. Točka 6 teh smernic določa tudi, da je njihov cilj voditi NRO pri uresničevanju njihovih novih pristojnosti v zvezi z opredelitvijo trgov in oceno pomembne tržne moči na teh trgih.
- 77 V skladu s točko 1 Priporočila Komisije NRO pred opredelitvijo upoštevnih trgov v skladu s členom 15(3) Okvirne direktive analizirajo trge proizvodov in storitev, naštetih v prilogi k temu priporočilu.
- 78 Zato člen 9a TKG s tem, da nalaga pravno določbo, ki na splošno izključuje, da bi nove trge regulirali NRO, posega v široka pooblastila, ki jim jih je podelil skupni regulativni okvir, in tako onemogoča sprejetje regulativnih ukrepov, prilagojenih za vsak primer posebej. Kot je razvidno iz točke 54 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca, nemški zakonodajalec ne more spremeniti odločitve zakonodajalca Skupnosti in na splošno izvzeti novih trgov iz regulacije.

- 79 Zato člen 9a(1) TKG, ker uveljavlja načelo neregulacije novih trgov, ni v skladu s členom 16 Okvirne direktive.
- 80 Drugič, Komisija meni, da je Zvezna republika Nemčija z opredelitvijo pojma „nov trg“ v členu 3, točka 12b, TKG omejila diskrecijsko pravico NRO in ni izpolnila obveznosti iz člena 15(3) Okvirne direktive.
- 81 V zvezi s tem je treba poudariti, da se želi s postopkom opredelitve trga, določenem v členu 15 Okvirne direktive, omogočiti NRO, da v skladu s členom 16 te direktive opravijo analizo upoštevne trga in zlasti da preverijo, ali ima katero od podjetij, ki so prisotna na zadevnem trgu, pomembno tržno moč. Opredelitev trga pomeni torej izhodiščno točko analize konkurence, ki se opravi na podlagi člena 16 Okvirne direktive.
- 82 Glede tega je treba ugotoviti, da opredelitev pojma novega trga v členu 3, točka 12b, TKG, ki se navezuje na „trg storitev ali blaga“, ne pomeni „razmejevanja upoštevne trga“ v smislu člena 15(3) Okvirne direktive, ki bi lahko bilo predmet analize konkurence iz člena 16 te direktive. Zato ni mogoče šteti, da člen 3, točka 12b, TKG omejuje pravico do opredelitve trga, ki jo imajo NRO na podlagi člena 15(3) Okvirne direktive.
- 83 Nasprotno pa je treba ugotoviti, da omejitev diskrecijske pravice nemškega NRO iz člena 9a(1) TKG nujno vpliva na pravico NRO do opredelitve trga. V zvezi s tem je treba spomniti, da Priporočilo Komisije v eni od prilog opredeljuje trge, ki jih je treba preizkusiti na podlagi člena 15(3) Okvirne direktive. NRO ob upoštevanju načela neregulacije novih trgov iz člena 9a(1) TKG ne bo več opredeljeval upoštevne trgov

v skladu s členom 15(3) Okvirne direktive, če trgi, naštetih v prilogi k Priporočilu Komisije, spadajo pod opredelitev iz člena 3, točka 12b, TKG.

84 Glede na to tudi člen 9a(1) TKG ni v skladu s členom 15(3) Okvirne direktive.

85 Tretjič, Komisija trdi, da člen 9a(2) TKG vzpostavlja hierarhijo ciljev, določenih v členu 8 v nasprotju s to določbo.

86 NRO v skladu s členom 9a(2) TKG za presojo potrebe po regulaciji in za sprejetje ukrepov upošteva zlasti cilj spodbujanja učinkovitih naložb v infrastrukturo in podpiranja inovacij. Drugi cilji, ki jih NRO upošteva, so naštetih v členu 2 TKG.

87 Zvezna republika Nemčija navaja, da nove določbe TKG povzročijo predstrukturiranje intervencije NRO na novih trgih. Meni, da lahko na podlagi svoje diskrecijske pravice pri prenosu skupnega regulativnega okvira za elektronske komunikacije posebno pozornost nameni enemu od ciljev, ki jih določa Okvirna direktiva, če obstaja očitna povezava med tem ciljem in določeno vrsto trga, kot je razvidno iz obrazložitve Priporočila Komisije.

88 V zvezi s tem je treba spomniti, da NRO v skladu s členom 8(2) Okvirne direktive podpirajo konkurenco pri zagotavljanju elektronskih komunikacijskih omrežij, elektronskih komunikacijskih storitev in pripadajočih naprav ter storitev med drugim tako, da poskrbijo, da uporabniki, vključno z uporabniki invalidi, v celoti izkoristijo ugodnosti v smislu izbire, cene in kakovosti, zagotovijo, da v sektorju elektronskih komunikacij ni izkrivljanja ali omejevanja konkurence, spodbujajo

učinkovito vlaganje v infrastrukturo in podpirajo inovacije ter spodbujajo učinkovito uporabo radijskih frekvenc in številskih virov ter zagotovijo njihovo učinkovito upravljanje.

89 Države članice v skladu s členom 8(1) Okvirne direktive zagotovijo, da NRO pri opravljanju regulativnih nalog, opredeljenih v Okvirni direktivi in v posebnih direktivah, sprejmejo vse primerne ukrepe za doseg ciljev iz navedenega člena 8.

90 Poleg tega je iz člena 8(4) Okvirne direktive in člena 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah razvidno, da morajo obveznosti, naložene na podlagi teh členov, temeljiti na značilnostih ugotovljenega problema in biti sorazmerne in utemeljene glede na cilje, ki so določeni v členu 8 Okvirne direktive.

91 Iz teh določb je razvidno, da morajo NRO pri izpolnjevanju regulativnih nalog, določenih v skupnem regulativnem okviru, spodbujati regulativne cilje, določene v členu 8 Okvirne direktive. Zato morajo, tako kot v točki 64 sklepnih predlogov poudarja generalni pravobranilec, NRO – in ne nacionalni zakonodajalci – pri opredelitvi in analizi upoštevne trga, ki bi lahko bil reguliran, te cilje uravnotežiti.

92 Sodišče je v zvezi s tem člen 8 Okvirne direktive razlagalo tako, da morajo države članice zagotoviti, da NRO sprejmejo vse primerne ukrepe pri spodbujanju konkurence na področju opravljanja storitev elektronskih komunikacij, tako da skrbijo, da v sektorju elektronskih komunikacij ni izkrivljanja ali omejevanja konkurence, in da odpravijo preostale ovire pri opravljanju teh storitev na evropski ravni (glej sodbi z dne

31. januarja 2008 v zadevi Centro Europa 7, C-380/05, ZOdl., str. I-349, točka 81, in z dne 13. novembra 2008 v zadevi Komisija proti Poljski, C-227/07, ZOdl., str. I-8403, točka 63).

93 Nacionalna določba – kot je člen 9a(2) TKG, ki pri analizi NRO glede potrebe po regulaciji novega trga daje prednost enemu od ciljev, določenih v Okvirni direktivi – želi te cilje uravnotežiti, čeprav to uravnoteženje spada k regulativnim nalogam, ki so naložene NRO.

94 Zato člen 9a(2) TKG, ki daje prednost nekemu regulativnemu cilju, krši člen 8(4) Direktive o dostopu, člen 8(1) in (2) Okvirne direktive in člen 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah ter neskladno z navedenimi direktivami omejuje diskrecijsko pravico NRO.

95 Četrtrič, glede očitka Komisije, da člen 9a(2) TKG postavlja strožje pogoje, kot so tisti, ki jih za analizo trgov določa Okvirna direktiva, je treba poudariti, da ta določba določa, da lahko NRO, ko je glede na nekatera dejstva mogoče sklepati, da bo brez regulacije razvoj trajnostnega konkurenčnega trga na področju telekomunikacijskih storitev ali omrežij dolgoročno oviran, odstopi od pododstavka 1 te določbe in za novi trg določi regulacijo v smislu dela 2 TKG v skladu z določbami členov od 9 do 12 TKG.

- 96 Iz člena 9a(2) TKG je tako razvidno, da mora NRO analizirati potrebo po regulaciji novih trgov, če obstaja tveganje, da bo razvoj trajne konkurence na njih dolgoročno oviran.
- 97 Poudariti je treba, da morajo NRO v skladu s členom 16 Okvirne direktive presoditi, ali so upoštevni trgi dejansko konkurenčni. Če trg dejansko ni konkurenčen, zadevni NRO podjetjem s pomembno tržno močjo na tem trgu naloži *ex ante* regulativne obveznosti.
- 98 Merila iz člena 9a(2) TKG, ki morajo biti izpolnjena, da bi nov trg lahko bil izjemoma reguliran *ex ante* – namreč obstoj tveganja, da bo razvoj trajne konkurence dolgoročno oviran – so strožja od tistih iz člena 16 Okvirne direktive, ki določajo, da je *ex ante* regulacija odvisna le od ugotovitve, da na zadevnem trgu ni učinkovite konkurence.
- 99 Zato člen 9a(2) TKG s tem, da za analizo upoštevni trgov, ki bi lahko bili regulirani, določa strožje pogoje od tistih, določenih v Okvirni direktivi, krši člen 16 Okvirne direktive in omejuje diskrecijsko pravico NRO.
- 100 Iz navedenega je razvidno, da je treba ugovor v zvezi z omejevanjem diskrecijske pravice NRO sprejeti.

Ugovor v zvezi s kršitvijo posvetovalnega postopka in postopka konsolidacije iz členov 6 in 7 Okvirne direktive

Trditve strank

- ¹⁰¹ Komisija trdi, da mora NRO ob uporabi člena 9a TKG izvesti posvetovalni postopek in postopek konsolidacije le, če presodi, da je *ex ante* regulacija potrebna. NRO bi tako lahko opredelil in analiziral „trg“ v smislu člena 15(3) Okvirne direktive in odločil, da ga ne bo reguliral v skladu s členom 16 te direktive, ne da bi bili postopki, določeni v skupnem regulativnem okviru, izvedeni.
- ¹⁰² Taka omejitev posvetovalnega postopka pa naj bi bila v nasprotju s členoma 6 in 7 Okvirne direktive. Komisija poudarja, da Zvezna republika Nemčija – ko meni, da obveznost izvesti te postopke obstaja šele, ko je ugotovljena regulativna obveznost *ex ante* – zamenjuje opredelitev trga in njegovo opredelitev kot trg, ki bi lahko bil predmet regulacije.
- ¹⁰³ Zvezna republika Nemčija trdi, da je Komisijo že obvestila, da bosta v skladu z merili o razlagi Bundesnetzagentur posvetovalni postopek in postopek konsolidacije novih

trgov izvedena v skladu z zahtevami direktiv skupnega regulativnega okvira za elektronske komunikacije.

- 104 Poleg tega ta država članica meni, da člen 9a TKG zagotavlja spoštovanje posvetovalnega postopka in postopka konsolidacije. Na eni strani naj bi se ta določba uporabljala pri običajnem postopku opredelitve in analize trga, na drugi strani pa naj bi odstavek 2 navedenega člena predpostavljal obstoj razmejenega trga v postopku opredelitve trga v skladu s členom 10(2) TKG, ki naj bi upošteval načela konkurenčnega prava. Glede tega naj bi Zvezna republika Nemčija v celoti izpolnila obveznosti na področju posvetovanja in konsolidacije iz členov 6 in 7 Okvirne direktive. Komisija pa naj ne bi dokazala nobene kršitve obveznosti, ampak naj bi očitke o neizpolnitvi utemeljila le z domnevami.

Presoja Sodišča

- 105 Spomniti je treba, da tako člen 15(3) Okvirne direktive kot tudi njen člen 16(6) pri opredelitvi analize trga napotujeta na postopke, določene v členih 6 in 7 te direktive.
- 106 V zvezi s tem je že bilo ugotovljeno, da načelo neregulacije novih trgov, določeno v členu 9a(1) TKG, omejuje diskrecijsko pravico NRO, ki jo imajo na podlagi členov 15(3) in 16 Okvirne direktive. Omejitev pravice NRO, da „nove trge“ opredelijo in analizirajo, pa v nekaterih okoliščinah nujno vključuje nespoštovanje postopkov, določenih v členih 6 in 7 Okvirne direktive.

107 Zato je treba sprejeti tudi drugi očitek Komisije.

108 Iz vsega navedenega je razvidno, da Zvezna republika Nemčija s tem, da je sprejela člen 9a TKG, ni izpolnila obveznosti iz člena 8(4) Direktive o dostopu, členov od 6 do 8(1) in (2), 15(3) in 16 Okvirne direktive ter člena 17(2) Direktive o univerzalnih storitvah.

Stroški

109 V skladu s členom 69(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Ker je Komisija predlagala, naj se Zvezni republiki Nemčiji naloži plačilo stroškov, ta pa s svojimi predlogi ni uspela, se ji naloži plačilo stroškov.

Iz teh razlogov je Sodišče (četrty senat) razsodilo:

1. **Zvezna republika Nemčija s tem, da je sprejela člen 9a zakona o telekomunikacijah (Telekommunikationsgesetz) z dne 22. junija 2004, ni izpolnila obveznosti iz člena 8(4) Direktive 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), iz členov od 6 do 8(1) in (2), 15(3) in 16 Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (Okvirna direktiva)**

ter člena 17(2) Direktive 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).

2. Zvezni republiki Nemčiji se naloži plačilo stroškov.

Podpisi