KOHTUJURISTI ETTEPANEK

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

esitatud 10. juunil 2008 [1]

I. Sissejuhatus

1. Euroopa Ühenduste Komisjon palub Euroopa Kohtul tuvastada käesolevas menetluses, mis algatati EÜ artikli 226 alusel, et Poola Vabariik ei ole täitnud kohustusi, mis tulenevad Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiivi 2002/19/EÜ elektroonilistele sidevõrkudele ja nendega seotud vahenditele juurdepääsu ja vastastikuse sidumise kohta (edaspidi „juurdepääsu käsitlev direktiiv" või „direktiiv 2002/19") [2] artikli 4 lõikest 1 ja artikli 5 lõike 1 esimesest lõigust.

2. Ühenduse õigusnormide ebaõige ülevõtmine, mida komisjon Poola Vabariigile ette heidab, nõuab, et uuritaks piiratud sekkumispädevust, mis on avalikul võimul sellistel liberaliseeritud turgudel nagu telekommunikatsiooniturg.

3. Kostja riik, kes ei toiminud kaugeltki mitte neutraalselt, kui ta võttis oma siseriiklikku õigusesse üle direktiivi 2002/19, sekkus turu avamise protsessi ergutamiseks ja kohustas *ex lege* kõiki operaatoreid pidama läbirääkimisi võrgule juurdepääsu osas, allutamata seejuures seda kohustust konkurentsi eelnevale hindamisele.

4. Hagist lähtuvate probleemide lahendamine ja sobiva vastuse leidmine on üsna rasked, sest Poola õigusnormid ei keela ettevõtjatevahelisi kokkuleppeid, [3] vaid vastupidi nõuavad, et nende osas peetaks vähemalt läbirääkimisi.

5. Lisaks sellele on riigi asutus soovitud tagajärje puudumise korral pädev võtma

1 – Algkeel: hispaania.

2 – EÜT L 108, lk 7; ELT eriväljaanne 13/29, lk 323.

3 – Direktiivi 2002/19 artikkel 3 kohustab liikmesriike tagama, et ei kehtestataks mingeid piiranguid, mis takistaksid ettevõtjatel pidada omavahelisi läbirääkimisi juurdepääsu ja/või vastastikuse sidumise tehnilisi ja kaubanduslikke aspekte käsitlevate kokkulepete üle kooskõlas ühenduse õigusnormidega.

siduva asendava otsuse, mis näib olevat kooskõlas klassikalise liberalismi kõige iidsemate põhimõtetega. [4]

6. Seetõttu tuleb hajutada mis tahes kahtlused ja kaevata pärast vajalikke kontseptuaalseid selgitusi üles lahendust sisaldav varalaegas, mida ühenduse õigus oma põues peidab. [5]

II. Õiguslik raamistik

A. *Ühenduse õigus*

1. Lojaalse koostöö põhimõte

7. EÜ asutamislepingu artikli 10 kohaselt võtavad liikmesriigid „kõik vajalikud üld- või erimeetmed, et tagada nende kohustuste täitmine, mis tulenevad käesolevast lepingust või ühenduse institutsioonide võetud meetmetest", aidates „kaasa ühenduse eesmärkide saavutamisele". Lisaks „hoiduvad [nad] kõigist meetmetest, mis võiksid kahjustada [liidu] eesmärkide saavutamist".

2. Direktiiv 2002/19

8. See direktiiv on osa „uuest õiguslikust raamistikust" [6], mis kiideti heaks 7. märtsil 2002 ja avaldati 24. aprillil 2002. [7]

9. Nn raamdirektiivi [8] kui metronoomi etteantud tempot järgides reguleerib direktiiv 2002/19 juurdepääsu ja vastastikuse sidumise ühtlustamist, et viia võrkude ja teenuste pakkumine kooskõlla siseturu põhimõtetega.

4 – Majanduslik hüüdlause „laissez faire, laissez passer", mis sai tuntuks tänu Adam Smithi majandusteooriatele, kujutas endast nende ideede väga selget väljendust.

5 – Nagu käesolevas kohtuasjas, ei tähenda probleemi ilmselgus alati lihtsat lahendust, sest nagu kirjutas Quevedo y Villegas, F. teoses „El mundo por de dentro", *Los Sueños*, kirj. Espasa Calpe, Madrid, 2002, kogumik Biblioteca Austral, nr 20, lk 187, hoiatades allegooriliselt inimese kahepalgelisuse eest: „[…] filosoof ei ole mitte see, kes tunneb varanduse asukohta, vaid see, kes töötab ja selle üles kaevab. Isegi viimane ei ole seda täiel määral, vaid üksnes see, kes pärast varanduse enda valdusesse saamist seda hästi kasutab".

6 – Selle väljendiga viitasin 28. juunil 2007 esitatud ettepanekus kohtuasjas C-262/06: Deutche Telekom, milles tehti 22. novembri 2007. aasta otsus (EKL 2007, lk I-10057), Euroopa Parlamendi ja nõukogu neljale direktiivile: eespool juba viidatud direktiiv 2002/19 (juurdepääsu käsitlev direktiiv); direktiiv 2002/20/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja -teenustega seotud lubade andmise kohta (loadirektiiv) (EÜT L 108, lk 21; ELT eriväljaanne 13/29, lk 337); direktiiv 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (edaspidi „raamdirektiiv" või „direktiiv 2002/21/EÜ") (EÜT L 108, lk 33; ELT eriväljaanne 13/29, lk 349) ja direktiiv 2002/22/EÜ universaalteenuse ning kasutajate õiguste kohta elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste puhul (universaalteenuse direktiiv) (EÜT L 108, lk 51; ELT eriväljaanne 13/29, lk 367).

7 – EÜT L 108, lk 7, 21, 33 ja 51; ELT eriväljaanne 13/29, lk 323, 337, 349 ja 367.

8 – Viidatud 6. joonealuses märkuses, kus seda nimetust selgitatakse.

10. Ühenduse telekommunikatsiooniõigus on arenenud kahes valdkonnas, mis on vaatamata oma tihedale seotusele adressaatide alusel lihtsalt eristatavad.

11. Nii eksisteerib operaatoreid käsitleva normistiku kõrval, kus omavahel põimuvad vastastikuse sidumise ja konkurentsi eeskirjad, teine ja laialivalguvam valdkond, mis reguleerib kasutajate õigusi sektori liberaliseerimise ja universaalteenuse tagamise embleemi all, omandades erilise tähtsuse isikute põhivabaduste kontekstis. [9]

12. Näib ilmselge, et käesolev kohtuasi kuulub kahtlemata esimesse valdkonda.

13. Juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 4 lõike 1 kohaselt:

„Üldkasutatavate sidevõrkude operaatoritel on õigus ja muu asjakohaselt volitatud ettevõtja taotluse korral ka kohustus pidada omavahelisi vastastikust sidumist käsitlevaid läbirääkimisi üldkasutatavate elektrooniliste sideteenuste osutamiseks, et tagada teenuste osutamine ja koostalitlusvõime kogu Euroopa Ühenduses. Operaatorid pakuvad teisele ettevõtjale juurdepääsu ja vastastikust sidumist tingimustel, mis on kooskõlas artiklite 5, 6, 7 ja 8 sätete kohaselt riigi reguleeriva asutuse kehtestatud kohustustega”.

14. Selle direktiivi artikli 5 lõike 1 esimene lõik näeb ette, et direktiivi 2002/21/EÜ artiklis 8 sätestatud eesmärkide saavutamiseks soodustavad riikide reguleerivad asutused kooskõlas direktiivi 2002/19 sätetega piisavat juurdepääsu ja vastastikust sidumist ning teenuste koostalitlusvõimet ja vajaduse korral tagavad selle, täites oma kohustusi viisil, mis aitab kaasa tõhususele ja püsivale konkurentsile ning millest on lõppkasutajatele kõige rohkem kasu.

Ilma et see piiraks meetmeid, mida võib võtta märkimisväärse turujõuga ettevõtjate puhul

9 – Siin tuleb mainida näiteks isikuandmete ja eraelu kaitset Internetis.

artikli 8 kohaselt, võivad riikide reguleerivad asutused eelkõige:

a) kui see on vajalik läbivühenduse tagamiseks, kehtestada kohustusi ettevõtjatele, kes kontrollivad juurdepääsu lõppkasutajatele, kaasa arvatud põhjendatud juhtudel kohustus siduda oma võrgud vastastikku, kui need ei ole veel seotud;

b) kui see on vajalik, et tagada lõppkasutajatele juurdepääs liikmesriigi määratletud digitaalsetele raadio- ja teleringhäälinguteenustele, kehtestada operaatoritele kohustus pakkuda juurdepääsu muudele I lisa II osas nimetatud vahenditele mõistlikel ja mittediskrimineerivatel tingimustel.

15. Ehkki juurdepääsu käsitleva direktiivi artiklis 18 kehtestati liikmesriikidele kohustus võtta direktiivi järgimiseks vajalikud õigusnormid vastu ja avaldada need hiljemalt 24. juuliks 2003, pikendati Poola Vabariigi ühinemisaktiga [10] ülevõtmise tähtaega 30. aprillini 2004.

B. *Poola telekommunikatsiooniseadus*

16. Poola telekommunikatsiooniseaduse [11] artikkel 26 kohustab kõiki üldkasutatavate sidevõrkude operaatoreid pidama muu ettevõtja või artikli 4 lõigetes 1, 2, 4, 5, 7 ja 8 nimetatud asutuse taotlusel juurdepääsulepingu läbirääkimisi, et osutada üldkasutatavaid telekommunikatsiooniteenuseid ja tagada koostalitusvõime.

17. Seda ettekirjutust eirava käitumise vältimiseks lubab artikli 27 lõige 1 Urzad Komunikacji Electronicznej'l (elektroonilise side amet; edaspidi „UKE") määratleda läbirääkimiste kestuse, mis ei saa olla pikem kui 90 päeva juurdepääsulepingu sõlmimise taotluse esitamisest.

10 – Akt Tšehhi Vabariigi, Eesti Vabariigi, Küprose Vabariigi, Läti Vabariigi, Leedu Vabariigi, Ungari Vabariigi, Malta Vabariigi, Poola Vabariigi, Sloveenia Vabariigi ja Slovaki Vabariigi ühinemistingimuste ja Euroopa Liidu aluslepingutesse tehtavate muudatuste kohta (ELT L 236, lk 987).

11 – 16. juuli 2004. aasta seadus (*Dziennik Ustaw* 2004, nr 171, lk 1800; edaspidi „telekommunikatsiooniseadus").

18. Kui läbirääkimisi ei alustata, kui keeldutakse telekommunikatsioonivõrgule juurdepääsu andmisest või kui määratud tähtaeg möödub, võivad pooled taotleda UKE juhatajalt otsust lahendamata küsimuste kohta või koostöötingimuste määratlemiseks (artikli 27 lõige 2), lisades oma taotlusele juurdepääsulepingu eelnõu, kus on märgitud poolte seisukohad ning need lepingupunktid, mille osas pooled ei ole kokkuleppele jõudnud (artikli 27 lõige 3).

19. Otsust tehes peab UKE juhataja kaaluma kasutajate huvisid, ettevõtjatele pandavaid kohustusi, kaasaegsete telekommunikatsiooniteenuste edendamist, vaidlusaluste küsimuste laadi ning alternatiivsete ettepanekute ja lahenduste praktilist sobivust, pöörates seejuures erilist tähelepanu juurdepääsu tehnilistele ja majanduslikele aspektidele; [12] lisaks peab ta olema eriliselt hoolikas säilitamaks teenuste integraalsust ja koostalitusvõimet, tagades nii mittediskrimineerivad tingimused kui ka konkurentsi. [13]

20. Teatud ettevõtja turgu valitsev seisund vastastikku seotud võrkude raames, avalik huvi (sh keskkonnakaitse) ja universaalteenuse järjepidevus kujutavad endast samamoodi UKE juhataja poolt läbiviidava pealesunnitud arbitraaži [14] kriteeriumeid. [15]

21. Mis puudutab sel moel otsustatud juurdepääsu muutmist, siis täpsustab telekommunikatsiooniseaduse artikli 28 lõige 5, et kui asjaomased isikud jõuavad kokkuleppele, muutub haldusotsus algusest peale tühiseks osas, milles leping sõlmitakse, [16] ehkki UKE juhatajal säilib õigus seda muuta kas poole taotlusel või omal algatusel, kui tarbijate kaitse, tõhus konkurents või teenuste koostalitusvõime seda õigustab. [17]

22. Paralleelselt lubab telekommunikatsiooniseaduse artikkel 29 UKE juhatajal samadel

12 – Artikli 28 lõike 1 punktid 1, 2, 3 ja 4.

13 – Artikli 28 lõike 1 punkt 5.

14 – Selle mõiste kohta vt Bellodi, L., *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, kirj. Scientifica, Napoli, 1999, lk 209.

15 – Artikli 28 lõike 1 punktid 6–8.

16 – Artikli 28 lõige 5.

17 – Artikli 28 lõige 6.

alustel muuta omal algatusel mitte omaenda otsust, vaid juurdepääsulepingu teksti või kohustada pooli seda muutma. [18]

23. Lisaks sellele lubab Poola telekommunikatsiooniseaduse artikkel 45 UKE juhatajal kehtestada ettevõtjale, kes kontrollib juurdepääsu lõpptarbijatele, vältimatult vajalikud reguleerivad kohustused, millega tagatakse lõpptarbijate sidumine muu operaatori teenuseid kasutavate tarbijatega, sh vastastikuse sidumise kohustuse, kui see kujutab endast proportsionaalset ja sobivat lahendust tekkinud probleemile.

III. Kohtueelne menetlus, poolte seisukohad ja menetlus Euroopa Kohtus

24. 21. märtsil 2005 teavitas komisjon kostja liikmesriiki oma kahtlustest 2004. aasta telekommunikatsiooniseaduse kooskõla kohta juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 4 lõikega 1 ning artikli 5 lõike 1 esimese lõiguga.

18 – Ilma et see mõjutaks telekommunikatsiooniseaduse artiklis 30 sisalduvat viidet juurdepääsulepingute muutmiseks ettenähtud haldusmenetlusele.

25. 25. mai 2005. aasta vastuses kinnitas Poola valitsus, et viidatud sätted on õiguspärased, ning kaitses läbirääkimiste pidamise kohustuse laiendamist, et vähendada iseseisvatel operaatoritel lasuvaid uute infrastruktuuride ehitamise kulusid, ja tunnistas, et juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 5 lõike 1 esimese lõigu sätted võeti siseriiklikku õigusesse üle kaudselt.

26. Kuna need selgitused komisjoni ei rahuldanud, saatis ta liikmesriigile 4. juulil 2006 põhjendatud arvamuse; Poola valitsus vaidles sellele vastu 4. septembri 2006. aasta vastuses, sest kuigi juurdepääsu käsitlev direktiiv ei näe sõnaselgelt ette, et juurdepääsulepingute osas tuleb seadusega kehtestada läbirääkimiste pidamise kohustus, soodustab selline kohustus püsivat konkurentsi ja edendab koostalitusvõimet tarbijate kaitse eesmärgil, põhinedes seega juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 5 lõike 1 esimesel lõigul, mis kujutab endast programmilist sätet, mis kohustab reguleerivaid asutusi tagama juurdepääsu võrgule ja vastastikuse sidumise.

27. 8. mail 2007 esitas komisjon EÜ artikli 226 teise lõigu alusel käesoleva hagi, mille menetluse käigus on hageja institutsioon ja kostja riik säilitanud oma vastavad seisukohad.

28. Kohtuistungi korraldamise taotluse esitamise tähtaeg möödus ilma, et keegi oleks vastavat taotlust esitanud, ning pärast 6. mai 2008. aasta üldkoosolekut oli kohtuasi ettepaneku esitamiseks valmis.

31. Kuid üksnes kaubandusvabaduse kohaldamine ei võimaldanud tagada lojaalset konkurentsi. Varasema avalik-õigusliku operaatori tegelik monopol ja õigused, mida ta oli pikka aega kasutanud, koos tema laiaulatusliku tuntusega turul ning eelispositsiooniga põhjustasid selle, et muutus vajalikuks soodustada tegevuse alustamist muudel ettevõtjatel, kelle kasuks kehtestati kaasnevad meetmed.

IV. Etteheidetavate liikmesriigi kohustuste rikkumiste analüüs

A. *Sissejuhatus*

29. Telekommunikatsiooni liberaliseerimise algusest peale ei ole komisjon varjanud oma muret seoses juurdepääsuga peamistele vahenditele ning on võidelnud nende kuritarvitava ekspluateerimise vastu ettevõtjate poolt, kelle volist nende vahendite kasutamine sõltub ja kes keelduvad konkurentidele neile juurdepääsu võimaldamast.

32. „Essential facilities" doktriin [19] leiab väljendust komisjoni teatises konkurentsieeskirjade rakendamise kohta telekommunikatsioonisektori juurdepääsulepete suhtes (edaspidi „juurdepääsu käsitlev teatis") [20], mille eesmärk on soodustada tänu samadele eesõigustele uute operaatorite vastastikust sidumist olemasolevate infrastruktuuride ja telekommunikatsiooni võrkudega, mis on enamasti varasemate monopolide omandis.

30. Liberaalse suundumuse valikuga pidi samuti kaasnema turule sisenemise mehhanismide avamine ning ühenduse õiguses algatati – et juurdepääsu paindlik kord ei jääks tahaplaanile – juurdepääsu traditsioonilise käsitluse muutmine.

33. Sel eesmärgil on kumulatiivselt nõutav, et vahend oleks „oluline", st et see oleks vältimatult vajalik konkureerimiseks seda kont-

19 – Doherty, B., *Just what are essential facilities?*, CMLR, 2001, lk 397–436, ja Richer, L., *Le droit à la paresse? Essential Facilities, version française,* kirj. Dalloz, 1999, nr°44, lk 523.

20 – EÜT C 265, lk 2; ELT eriväljaanne 08/01, lk 255.

rolliva ettevõtjaga ning et seda ei saaks mõistlikul viisil dubleerida; samuti on nõutav – kuigi teisele ettevõtjale on võimalik anda vahendile juurdepääs –, et see juurdepääs oleks takistatud või et sellele oleks kehtestatud ebamõistlikult piiravad tingimused. [21]

34. Euroopa Kohus möönis telekommunikatsioonist erinevas valdkonnas, et kui infrastruktuuri saab pidada „oluliseks", siis peab selle omanik teiste ettevõtjatega kokku leppima selle kasutamises, kui nende tegevuseks on vajalik juurdepääs sellele vahendile; see põhimõte muudeti siiski leebemaks rea range hindamise kriteeriumidega, mille eesmärk on vältida turgu valitseva seisundi kuritarvitamist (EÜ artikkel 82). [22]

35. Lepingud kujutavad endast eelisvahendit takistusteta konkurentsi saavutamiseks, mistõttu komisjon jättis endale pädevuse lahendada ühenduse tasandil tähtsust omavad konfliktid [23] ning usaldas siseriiklikele kohtutele kohtuvaidlused, millel see tähtsus puudub.

36. Direktiivi 2002/19 põhjendus 5 keelab avatud ja konkurentsile rajatud turul piirangud, mis ei lase ettevõtjatel pidada omavahelisi läbirääkimisi – seda eelkõige piiriüleste lepingute puhul –, ning nõuab *põhimõtteliselt*, [24] et sellised lepingud tuleb sõlmida kaubanduspõhimõtetest lähtuvalt ning et läbirääkimisi tuleb pidada heas usus.

37. Riiklik sekkumine selles valdkonnas on aga seotud eri avalike huvidega nagu arengu edendamine, võrgu laiendamine ning territoriaalne, majanduslik ja sotsiaalne ühtekuuluvus.

38. Seetõttu ei tohi põhjendamatult piirata turumajandust, sest selline piiramine on lubatud üksnes ühenduse õiguse eesmärkide saavutamiseks ja sobivuse ning proportsionaalsuse põhimõttega arvestades.

21 – Suur osa neist piirangutest, mis on välja kujunenud Ühendriikide kohtupraktikas, on aimatavad juurdepääsu käsitleva teatise punktis 91.

22 – 26. novembri 1998. aasta otsuses kohtuasjas C-7/97: Oscar Bronner GMBH *vs.* Mediat Zeitung (EKL 1998, lk I-7791) analüüsiti varasemat kohtupraktikat (6. märtsi 1974. aasta otsus liidetud kohtuasjades 6/73 ja 7/73: Commercial Solvents *vs.* komisjon, EKL 1974, lk 223; 3. oktoobri 1985. aasta otsus kohtuasjas 311/84: CBEM, EKL 1985, lk 3261; 6. aprilli 1995. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-241/91 P ja C-242/91 P: RTE ja ITP *vs.* komisjon, EKL 1995, lk I-743) ning leiti, et ainsa ajalehtede üleriigilise kojukandesüsteemi omanik ei kasuta ära oma turgu valitsevat seisundit, kui ta keeldub teise kirjastaja väljaannete levitamisest tingimusel, et selleks on olemas alternatiivseid viise nagu post, kauplustes ja kioskites müümine, ning kui ei esine tehnilisi, normatiivseid või majanduslikke takistusi, mis muudavad konkurentidel enda kojukandesüsteemi loomise võimatuks või raskendavad seda.

23 – Juurdepääsu käsitleva teatise punkt 26.

24 – Kohtujuristi kursiiv.

39. Nii on direktiivi 2002/19 põhjenduses 19 märgitud, et „[j]uurdepääsu võimaldamine võrgu infrastruktuurile võib olla põhjendatud konkurentsi suurendamise vahend, kuid riigi reguleerivad asutused peavad tasakaalustama infrastruktuuri omaniku õigused kasutada oma infrastruktuuri enda huvides ja teiste teenuseosutajate õigused kasutada vahendeid, mis on olulised konkureerivate teenuste pakkumiseks […]”.

40. Selles kontekstis heidab komisjon Poola Vabariigile ette kahekordset liikmesriigi kohustuste rikkumist seoses direktiiviga 2002/19: ühelt poolt väidab komisjon, et telekommunikatsiooniseadusega reguleeritakse riigi reguleeriva asutuse pädevust, nähes ette kohustusliku läbirääkimiste pidamise, ning teiselt poolt väidab ta, et teatud eesmärkide elluviimiseks ei ole pädevust.

B. *Liikmesriigi kohustuste rikkumist puudutav esimene väide*

41. Komisjon viitab rikkumisele direktiivi 2002/19 artikli 4 lõike 1 siseriiklikku õigusesse ülevõtmisel, sest Poola: 1) kehtestas seadusega ettevõtjatele kohustuse sõlmida kokkuleppeid, samas kui direktiivis on seda võimalust käsitatud erimeetmena anomaalse olukorra korrigeerimiseks, mis seob üksnes riigi reguleerivat asutust; 2) ei pööra tähelepanu sektoris valitsevale olukorrale ega tee operaatoritel nende mõju alusel vahet ning 3) ajab omavahel segi direktiivis ettenähtud kohustuse pidada läbirääkimisi vastastikuse sidumise üle ja juurdepääsulepingute sõlmimise.

42. Arvestades telekommunikatsiooni praegust olukorda Euroopas, on *ex ante* kohustused õigustatud vaid siis, kui see on vajalik turu seisukohast tõsise ohu olemasolu tõttu vabale konkurentsile.

43. Juurdepääsu käsitlev direktiiv vastab väljakutsele ja tunnistab otsekoheselt oma põhjenduses 13, et „[e]esmärk on järk-järgult vähendada sektorispetsiifilisi eeskirju, samal ajal kui konkurents turul areneb […]”, ehkki ta ei välista selle võimaluse kasutamist, kui tehnoloogia areng tekitab kitsaskohti, mille puhul nende kohaldamine on vajalik, näiteks lairibajuurdepääsuvõrkude alal.

44. Valgust heidab raamdirektiivi põhjendus 27, milles on märgitud, et tulemuslik konkurents puudub turgudel, kus on üks või

mitu märkimisväärse turujõuga ettevõtjat ning kus „probleemi lahendamiseks ei piisa" siseriikliku ja ühenduse konkurentsiõiguse vahenditest.

45. Aastate jooksul on asi niivõrd arenenud, et raamdirektiivis märgitakse, et on „edukalt loodud tulemusliku konkurentsi tingimused telekommunikatsioonisektoris" [25].

46. Seetõttu näib ühenduse õigusnormide siseriiklikku õigusesse ülevõtmisel [26] lepingute sõlmimise kohustuse ettenägemine olevat vastuoluline ning tähendab ühe peamise eelduse eiramist, mille kohaselt oleks vaba konkurents pidanud sel hetkel olema juba vaieldamatu tegelikkus.

47. Vabandust võib otsida hüpoteesist, mille kohaselt lähtus Poola seadusandja oma tegevuses asjaolust, et tegelik vabadus puudus Poola turgu moonutavate asjaolude tõttu, kuid need kahtlused kaovad loogikale tuginedes kohe, sest sellisel juhul oleks Poola seadusandja rakendanud muud iseseisvat õigusnormi, mitte juurdepääsu käsitleva direktiivi sätet, mis kuulub „uude õiguslikku raamistikku".

48. Ühenduse õigus ei jäta tähelepanuta reaktsiooni teatud erilistele patoloogiatele, mis võivad häirida tervet konkurentsi.

49. Kuid häirete diagnoosimiseks ja konkreetsele juhule sobiva ravi määramiseks on ette nähtud spetsiaalsed erapooletud üksused nagu riigi reguleerivad asutused, kellele direktiiv 2002/19 sel eesmärgil viitab.

50. Siseriiklikul tasandil peab direktiivi artikli 12 lõike 1 kohaselt riigi reguleeriv asutus – mitte seadusandja – teostama

25 – Põhjendus 1.

26 – Ehkki hagi puudutab juurdepääsu käsitlevat direktiivi, ei tohi unustada, et viimane ise põhineb raamdirektiivil.

järelevalvet selle üle, kas operaatorid tulevad vastu põhjendatud taotlustele, mis käsitlevad juurdepääsu konkreetsetele võrguelementidele ja nendega seotud vahenditele või nende kasutamist.

51. Lisaks katab selline järelevalve vaid olukordi, mis on sättes (mitteammendavalt) loetletud – näiteks kui juurdepääsu andmisest keeldutakse või kui kehtestatakse samaväärse mõjuga äärmuslikud tingimused, mis kujutaksid endast takistust püsival, konkurentsile rajatud jaemüügi turul.

52. Nende korrigeerivate meetmete hulgas on kohustus „pidada läbirääkimisi juurdepääsu taotlevate ettevõtjatega heas usus" (direktiivi 2002/19 artikli 12 lõike 1 punkt b), kusjuures riigi reguleeriv asutus peab seda meedet eelnevalt tehniliste, majanduslike ja õiglase kaitse tegelikkusele vastavate kriteeriumide alusel kaaluma ning hindama selle proportsionaalsust raamdirektiivi artiklis 8 sätestatud eesmärkidega (direktiivi 2002/19 artikli 12 lõige 2). [27]

53. Ühenduse õigus ei taotle, et Poola Vabariigi seadusandja toimiks automaatselt, vastupidi – sellega taotletakse, et sõltumatud organid otsustaksid pärast turu analüüsi selle üle, mis on igal konkreetsel juhul vajalik. [28]

54. Poola riigi toimimisviis põrmustab sel moel dünaamika, mis on omane sellele elektroonilise side arengu tõttu pidevalt muutuvale sektorile.

55. Arvestades eeldusega, et konkurents areneb eri turuosades ja liikmesriikides eri kiirusega, ei tohi jätta tähelepanuta tagasipöördumise võimalust ning sel eesmärgil peab riikide reguleerivatel asutustel olema võimalus muuta reguleerivaid kohustusi leebemaks, kui konkurents annab soovitud tulemusi (juurdepääsu käsitleva direktiivi põhjendus 13). [29]

27 – Artikli 12 lõige 2 viitab konkureerivate vahendite kasutamise või paigaldamise tehnilisele ja majanduslikule teostatavusele, pidades silmas turutingimusi ja võttes arvesse asjaomase vastastikuse sidumise ja juurdepääsu laadi ning liiki; juurdepääsu pakkumise teostatavusele; omaniku esialgse investeeringu suurusele; vajadusele kaitsta konkurentsi pika aja jooksul ning samuti intellektuaalomandi õigustele ja üleeuroopaliste teenuste osutamisele.

28 – Raamdirektiivi artikli 16 lõikes 3 nõutakse isegi, et ei kehtestataks ega säilitataks lõikes 2 nimetatud regulatiivseid erikohustusi (mille hulka kuuluvad viite alusel juurdepääsu käsitleva direktiivi artiklis 8 sätestatud kohustused), kui riigi reguleeriv asutus jõuab järeldusele, et turg tegutseb konkurentsinõuete kohaselt.

29 – Ehkki juurdepääsu käsitleva direktiivi artikkel 8 käsitleb erinevaid kohustusi (artiklites 9–13 käsitletud kohustused), näeb see ette, et riigi reguleerivad asutused võivad neid kohustusi muuta või need tühistada.

56. Poola seadus on vastuolus selle paindlikkuse vajadusega, sest selliseid piiranguid ette nähes külmutab ta reguleerimise ulatuse, mis takistab sõltumatul reguleerival asutusel kustutada sekkumise tulekahju.

57. Juurdepääsu käsitlevas direktiivis kehtestatakse kõigi operaatorite kohustused läbipaistvuse ja avaldamise põhimõttest lähtudes, [30] kuigi seal rõhutatakse „märkimisväärse turujõuga" ettevõtjate kohustusi [31]; see väljend kirjeldab minu arvates üleminekut monopolilt avatud turule ja on kaubanduslike tunnusteta kontekstis sobivam kui „turgu valitseva seisundiga" ettevõtja.

58. Ehkki vastastikune sidumine on määratletud üldiselt, on selle tingimused asümmeetrilised, varieerudes sõltuvalt ettevõtja turujõust, sest märkimisväärse turujõuga ettevõtjate puhul ei ole nõutav täiendav turuanalüüs, [32] vaid lihtsalt põhjendatus otstarbekuse seisukohast. [33]

59. Tegelikult viitab juurdepääsu käsitleva direktiivi artikkel 8 sõnaselgelt „konkreetsel turul märkimisväärset turujõudu omava[le operaatorile]" ning direktiivi teised sätted viitavad nimetatud artiklile korduvalt.

60. Artiklis 4 on juurdepääsu ja vastastikuse sidumise pakkumine allutatud kohustustele, mille riigi reguleeriv asutus kehtestab artikli 8 kohaselt.

61. Artikkel 12, mis näeb ette kohustuse pidada läbirääkimisi heas usus, omandab samuti oma normatiivse sisu koos viidatud artikliga 8, sest riigi reguleerivad asutused peavad nõuete kehtestamisel järgima selles sätestatud eeskirju.

30 – Saracci, F., *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications: exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Atelier national de reproduction de thèses, 2004, lk 97, rõhutab, et telekommunikatsiooni valdkonna muudavad dünaamiliseks ühenduse õiguse klassikalised põhimõtted nagu võrdsuse ja mittediskrimineerimise põhimõte, mida Euroopa Kohus käsitab põhiõigustena (19. oktoobri 1977. aasta otsus liidetud kohtuasjades 117/76 ja 16/77: Ruckdeschel, EKL 1977, lk 1753, ja 15. juuni 1978. aasta otsus kohtuasjas 149/77: Defrenne, EKL 1978, lk 1365).

31 – Raamdirektiivi artikli 14 lõike 2 kohaselt on sellise ettevõtjaga tegemist siis, kui tal on kas üksi või teiste ettevõtjatega ühiselt turgu valitseva seisundiga samaväärne seisund, kus tema majanduslik tugevus annab talle võimu käituda märgatavas ulatuses sõltumatuna konkurentidest, klientidest ja lõpuks ka tarbijatest.

32 – Tuleneb üldiselt direktiivi 2002/21 artiklist 16.

33 – Direktiivi 2002/19 põhjendus 15.

62. Kordade selline duaalsus, mis sõltub ettevõtjate turujõust, ei ole Poola seaduses kajastamist leidnud.

63. Lisaks sellele kinnitab asjaolu, et direktiivi 2002/19 artikli 4 lõikes 1 on samastatud „juurdepääs" [34] ja „vastastikune sidumine" [35], vaieldamatult rikkumise teesi. [36]

64. Vastastikune sidumine toimub eraõiguslike isikute vaheliste suhete teel, see on lähedane eraõiguslikule suhtele [37] ja eeldab eri liiki võrkude koostalitustehnikat.

65. Juurdepääsu mõiste omalt poolt tingib laiaulatuslikumad juriidilised tagajärjed kui infrastruktuuride pelk sidumine, sest see hõlmab vahendite või teenuste kogumi kättesaadavaks tegemist ja lõppkokkuvõttes ka „vastastikust sidumist", mis on spetsiifiline juurdepääsu liik, mida kasutatakse üldkasutatava võrgu operaatorite vahel (direktiivi 2002/19 artikli 2 punkti b lõpp).

66. Selles kontekstis ei järgi vaidlusalune õigusnorm proportsionaalsuse põhimõttest tuleneva minimaalse sekkumise põhimõtte eeskirju, mille piirid on Euroopa Kohtu praktikas selgelt välja joonistatud [38] ning mis põhineb sobivusel, vajalikkusel ning kulude ning tulude kaalumisel.

67. Sellele ei lisa midagi Poola valitsuse väide, mille kohaselt kuuletusid telekommunikatsiooni ettevõtjad vastuväideteta nimetatud

34 – Määratletud direktiivi 2002/19 artikli 2 punktis a.

35 – Direktiivi 2002/19 artikli 2 punktis b on täpsustatud selle sisu.

36 – On üllatav, et Poola telekommunikatsiooniseadus ise mainib oma artikli 2 lõike 6 punktis a sidumist juurdepääsu elemendina.

37 – Saracci, F., *op. cit.,* lk 106, ja Strubel, X., *Brèves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécomunications*, Lex Electronica, nr 4/1998, Internetileheküljel www.lex-electronica.org.

38 – Varasemate kohtuotsuste hulgas näivad mulle tähtsaimad: 17. detsembri 1970. aasta otsus kohtuasjas 11/70: Internationale Handelsgesellschaft (EKL 1970, lk 1125); 24. oktoobri 1973. aasta otsus kohtuasjas 5/73: Balkan Import Export *vs.* Hauptzollamt Berlin Packhof (EKL 1973, lk 1091); 28. oktoobri 1975. aasta otsus kohtuasjas 36/75: Rutili (EKL 1975, lk 1219); 7. juuli 1976. aasta otsus kohtuasjas 118/75: Watson ja Belmann (EKL 1976, lk 1185); 5. juuli 1977. aasta otsus kohtuasjas 114/76: Bela Mühle *vs.* Grows Farm (EKL 1977, lk 1211); 20. veebruari 1979. aasta otsus kohtuasjas 122/78: Buitoni (EKL 1979, lk 677); 21. juuni 1979. aasta otsus kohtuasjas 240/78: Atalanta (EKL 1979, lk 2137) ja 13. detsembri 1979. aasta otsus kohtuasjas 44/79: Hauer *vs.* Land Rheinland-Pfalz (EKL 1979, lk 3727).

õigusnormidele, sest eraisikud ei saa teostada järelevalvet ühenduse õiguse nõuetekohase järgimise üle, samuti nagu lihtne halduspraktika, mis võib sõltuda ametiasutuse suvast ning mida ei ole piisavalt avalikustatud, ei taga direktiivi nõuetekohast ülevõtmist. [39]

68. Juurdepääsu käsitlevas direktiivis kehtestatud mehhanismid ja Poola telekommunikatsiooniseaduses ettenähtud mehhanismid on seega erinevad; viimatinimetatu kaldub direktiivis ettenähtust kõrvale, kuna ta muudab erandi reegliks, näeb ette võimaluse, et riigi asutus kohustab pidama vastastikust sidumist käsitlevaid läbirääkimisi, kehtestades üldise kohustuse sõlmida juurdepääsu käsitlev leping, ning lisaks sellele säilitab sekkumise, mida reguleeriv asutus ei saa tühistada ega isegi mitte muuta. Eelmainitu põhjendab komisjoni esimese väitega nõustumist.

C. *Liikmesriigi kohustuste rikkumist puudutav teine väide*

69. Komisjon väidab, et juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 5 lõige 1 kohustab andma riigi reguleerivatele asutustele pädevuse sekkuda ühekordselt raamdirektiivi artikli 8 eesmärkide saavutamiseks läbipaistvate, proportsionaalsete ja mittediskrimineerivate tingimuste kehtestamisega; sellist eripädevust ei ole komisjoni arvates Poola seaduses ette nähtud.

70. Taas tuleb lahendust otsida direktiivist 2002/21, mille artikkel 8 on esimeseks artikliks III peatükis pealkirjaga „Riigi reguleerivate asutuste ülesanded”. [40]

71. Ehkki olen nõus kostja valitsuse väitega, et raamdirektiivi artikkel 8 on äärmiselt üldsõnaline, tingib valitud seadusandlik tehnika – konkreetsemalt direktiivides kasutatav tehnika – mõnikord suure abstraktsuse astme, et jätta liikmesriikidele piisav tegutsemisruum ja kaitsta seeläbi normide tõhusust.

72. Igal juhul on viidatud artikli 8 lõigetes 2, 3 ja 4 sätestatud kaitstavad eesmärgid, milleks

39 – Euroopa Kohtu 13. märtsi 1997. aasta otsus kohtuasjas C-197/96: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 1997, lk I-1489); 9. märtsi 2000. aasta otsus kohtuasjas C-358/98: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2000, lk I-1255) ja 10. märtsi 2005. aasta otsus kohtuasjas C-33/03: komisjon *vs.* Ühendkuningriik (EKL 2005, lk I-1865).

40 – Direktiivi 2002/19 artikkel 5 viitab direktiivi 2002/21 artiklis 8 sätestatud eesmärkidele.

on vastavalt konkurents elektrooniliste sidevõrkude valdkonnas, siseturu areng ja Euroopa Liidu kodanike huvide toetamine.

73. Euroopa Kohus tuvastas hiljutises 31. jaanuari 2008. aasta otsuses [41] (punkt 81) raamdirektiivi artiklis 8 sisalduva volituse võtta riigi reguleerivate asutuste abil kõik mõistlikud meetmed, mille eesmärk on edendada tegelikku ja takistusteta konkurentsi; see tuvastus ei toeta programmilist laadi, mida Poola Vabariik sellele sättele kangekaelselt omistab.

74. Selles kontekstis tuleneb ühenduse õiguse ühetaolise kohaldamise nõudest ja võrdsuse põhimõttest, et selle sätte tähendus ja ulatus peavad samuti olema ühetaolised – seda enam, et ei esine sõnaselget viidet siseriiklikule õigusele. [42]

75. Kohtupraktikas on täpsustatud, et ühenduse normide siseriiklikku õigusesse ülevõtmine ei nõua vältimatult nende sätete vormilist ja sõnasõnalist kordamist, vaid see võib toimuda ka üldise õigusliku raamistiku kaudu, kui viimane tagab tõhusalt ühenduse õigusnormi täieliku kohaldamise piisavalt selgelt ja täpselt. [43]

76. Argument, mille kohaselt liikmesriigis ei esine ühenduse õigusnormidega vastuolulist tegevust, ei õigusta siseriikliku seaduse puudusi. [44]

77. Probleemi lahendamiseks tuleb esile tuua, et juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 5 lõige 1 näeb ette reguleeriva asutuse püsiva turu järelevalve kohustuse [45], et edendada ja tagada juurdepääs ja vastastikune sidumine ning teenuste tõhusus.

78. Seetõttu on selle pädevuse eesmärk, mille puudumist komisjon ette heidab, mitte üksnes reguleerivate asutuste võimalike sekkumiste lihtsustamine, vaid ka järelevalve teostamine, millele hagiavalduses ei ole viidatud.

41 – Otsus kohtuasjas C-380/05: Centro Europa 7 (EKL 2008, lk I-349).

42 – Euroopa Kohtu 18. jaanuari 1984. aasta otsus kohtuasjas 327/82: Ekro (EKL 1984, lk 107); 19. septembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-287/98: Linster (EKL 2000, lk I-6917) ja 18. oktoobri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-195/06: Österreichischer Rundfunk (EKL 2007, lk I-8817).

43 – Euroopa Kohtu 27. aprilli 1988. aasta otsus kohtuasjas 252/85: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 1988, lk 2243).

44 – Euroopa Kohtu 15. märtsi 1990. aasta otsus kohtuasjas C-339/87: komisjon *vs.* Madalmaad (EKL 1990, lk I-851).

45 – Olen selles osas nõus Poola valitsuse väidetega.

79. Direktiivi 2002/19 artikkel 5 kehtestab „eelkõige" rea kohustusi, mille täitmist peab reguleerivatel asutustel olema võimalik nõuda läbivühenduse tagamiseks ja lõppkasutajate juurdepääsu tagamiseks digitaalsetele raadio- ja teleringhäälinguteenustele (lõike 1 teine lõik).

80. Kuid nimetatud artikkel 5 ei tee seda mitte piiratult, vaid piisavalt avatult, et reguleerivad asutused oleksid vastutavad nende kohustuste kehtestamise eest tõhususe, püsiva konkurentsi ja võimalikult suure tarbijate kasu eesmärgil.

81. Seda teesi toetab Euroopa Kohtu 13. detsembri 2001. aasta otsus [46], milles uuriti nende asutuste volitusi Euroopa Parlamendi ja nõukogu 30. juuni 1997. aasta direktiivi 97/33/EÜ vastastikuse sidumise kohta telekommunikatsioonisektoris seoses universaalteenuse ja koostalitlusvõime tagamisega avatud võrgu pakkumise põhimõtete kohaldamise teel [47] raames.

82. See otsus, [48] mis tehti Hispaania Kuningriigi suhtes, pakub Poola Vabariigile kaitset, mis ei ole nii ajutist laadi kui see, mida pakkus Frederic Chopinile koos George Sandiga Jesús Nazareno de Valldemosa mungaklooster, [49] sest tulenevalt riigi asutuste positiivsest kohustusest [50] seoses direktiiviga 97/33 tunnustati nende laiaulatuslikke pädevusi nii, et lisaks konkurentide vahel läbiräägitud lepingute sõlmimise soodustamisele määratlevad nad *ex ante* [51] juurdepääsu kasutajate võrgule ning vastastikuse sidumise kohaliku ja suuremate sidekeskustega.

46 – Otsus kohtuasjas C-79/00: Telefónica de España SA (EKL 2001, lk I-10075).

47 – EÜT L 199, lk 32.

48 – Selles kohtuotsuses järgiti kohtujurist Jacobsi 21. juuni 2001. aasta ettepanekut.

49 – Kuulus paar asus 1838. aasta sügisel koos kirjaniku lastega elama Mallorcale, lootes veeta seal maheda ilmaga talve, mis leevendaks Poola helilooja tuberkuloosi, kuid kliima karmus ja eelkõige niiskus sundisid neid lahkuma juba 1839. aasta veebruaris; Chopin oli siiski teinud edusamme oma 24 prelüüdi (op. 28) loomises pärast seda, kui ta oli saanud Pariisist tollikomplikatsioonide lahenemisel kätte Pleyeli klaveri, mille ta oli tellinud. George Sand kirjeldas oma kogemusi saarel intiimses ja romantilises võtmes teoses *Talv Mallorcal*, Pegasus, Tallinn, 2004.

50 – Mida võib väljendada nii, et „kõik, mis ei ole direktiiviga keelatud, on lubatud".

51 – Arvestades märkimisväärse turujõuga.

83. Arvestades neid arengusuundumusi, mis toovad esile reguleerivate asutuste pädevuse määratlematuse, puudub komisjoni argumendil tõendav olemus [52] ja see ei sobi hästi kokku juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 5 väidetava mittenõuetekohase ülevõtmisega, sest Poola telekommunikatsiooniseaduse artiklid 26–30 annavad eespool märgitu kohaselt reguleerivale asutusele ulatusliku sekkumispädevuse. [53]

84. Lisaks ja vaatamata sellele, et olen nõus hagejaga, et selle pädevuse teostamine ei tohiks sõltuda varasema vaidluse olemasolust operaatorite vahel, ei ole ka võimalik väita, et juurdepääsu käsitlevas direktiivis oleks ette nähtud selline keeld, sest isegi kui Poola seaduse artiklid 26–30 reguleerivad üksnes haldusmenetlust, ei saa sama öelda artikli 45 kohta, millega kutsutakse UKE juhatajat otsustavalt üles kehtestama regulatiivseid kohustusi, mis on vältimatult vajalikud saavutamaks telekommunikatsiooniseaduse artikli 1 lõigetes 2 ja 3 nimetatud eesmärke, mis vastavad raamdirektiivi artiklis 8 kehtestatuile.

52 – Liikmesriigi kohustuste rikkumise kohtuasjas, mis sarnanes käesolevale kohtuasjale, ei nõustunud Euroopa Kohus 10. jaanuari 2008. aasta otsuses kohtuasjas C-387/06: komisjon *vs.* Soome (kohtulahendite kogumikus ei avaldata) väitega, et siseriiklike õigusnormidega piirati reguleeriva asutuse pädevust, sest komisjon ei uurinud neid õigusnorme põhjalikult ega tõendanud, et siseriiklik asutus ei saanud võtta asjaomaseid meetmeid raamdirektiivi artiklis 8 sätestatud eesmärkide saavutamiseks.

53 – Jättes kõrvale nende õigusnormide äärmuslikkuse, mis õigustab just nimelt esimese liikmesriigi kohustuste rikkumise aluse vastuvõtmist.

85. Seetõttu ei ole minu arvates võimalik tuvastada liikmesriigi rikkumist, millele viitab komisjon oma teise väitega, sest ühenduse õiguses üldiselt kehtestatud eesmärgid [54] leiavad kajastamist vaidlusaluse siseriikliku seaduse artiklites 26–30 ja 45.

V. Kohtukulud

86. Kodukorra artikli 69 lõigete 2 ja 3 kohaselt võib Euroopa Kohus juhul, kui osa nõudeid rahuldatakse ühe poole, osa teise poole kasuks, otsustada kulude jaotuse või jätta kummagi poole kohtukulud tema enda kanda.

87. Kuna rahuldatud on vaid üks komisjoni poolt Poola Vabariigi vastu esitatud väidetest, siis tuleb võrdsuse eesmärgist lähtuvalt jätta kummagi poole kohtukulud tema enda kanda.

54 – Toon siinkohal esile direktiivi 2002/19 artikli 5 koosloetuna direktiivi 2002/21 artikliga 8.

VI. Ettepanek

88. Eelnevaid järeldusi arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

1. Tuvastada, et kuna Poola Vabariik kehtestas *ex lege* kõigi telekommunikatsiooni operaatorite kohustuse pidada juurdepääsulepingu osas läbirääkimisi, siis on Poola Vabariik rikkunud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiivi 2002/19/EÜ elektroonilistele sidevõrkudele ja nendega seotud vahenditele juurdepääsu ja vastastikuse sidumise kohta artikli 4 lõikest 1 tulenevaid kohustusi.

2. Jätta ülejäänud osas hagi rahuldamata.

3. Jätta kummagi poole kohtukulud tema enda kanda.