SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA,

predstavljeni 10. junija 2008 [1]

I – Uvod

1. Komisija Evropskih Skupnosti v tem postopku, ki ga je sprožila na podlagi člena 226 ES, predlaga, naj Sodišče ugotovi, da Republika Poljska ni izpolnila obveznosti iz členov 4(1) in 5(1), prvi pododstavek, 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 (v nadaljevanju: Direktiva o dostopu ali Direktiva 2002/19). [2]

2. Nepravilen prenos pravil Skupnosti, ki ga Komisija očita Republiki Poljski, zahteva, naj se preučijo neznatne možnosti poseganja, ki jih imajo organi javne oblasti na liberaliziranih trgih, kot je trg telekomunikacij.

3. Tožena država, ki pri prenosu Direktive 2002/19 v nacionalno pravo ne ravna nepristransko, posega, da bi spodbudila proces odprtja trga, in vsem obratovalcem *ex lege* nalaga pogajanja glede dostopa do omrežja, ne da bi to obveznost pogojila s predhodno preučitvijo konkurence.

4. Razčlenitev problemov, ki izhajajo iz tožbe, in začrtovanje ustreznega odgovora sta zapleteni nalogi, saj poljska zakonodaja ne ovira sporazumov med podjetji [3] – ravno nasprotno, zahteva, naj se sporazumi poskušajo doseči.

5. Poleg tega ima pristojni državni organ možnost, da če želeni rezultat ne nastopi, sprejme nadomestno zavezujočo odločitev, kar se poskuša upravičiti s temeljnimi postulati klasičnega liberalizma. [4]

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2 – UL L 108, str. 7.

3 – Na podlagi člena 3 Direktive 2002/19 so države članice zavezane, da zagotovijo, da ni omejitev, ki bi preprečevale podjetjem, da v skladu z zakonodajo Skupnosti sklepajo medsebojne sporazume o tehnični in komercialni ureditvi dostopa in/ali medomrežnega povezovanja.

4 – Ekonomski slogan „laissez faire, laissez passer“, ki so ga razširile ekonomske teorije Adama Smitha, je jasen prikaz teh idej.

6. Tako se je treba izogniti vsakršni zmedi in, po potrebni pojmovni asepsi, izkopati zaklad z rešitvijo, ki se skriva v okviru prava Skupnosti. [5]

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

1. „Načelo lojalnega sodelovanja“

7. V skladu s členom 10 ES „[d]ržave članice sprejemajo vse ustrezne ukrepe, splošne ali posebne, da bi zagotovile izpolnjevanje obveznosti, ki izhajajo iz te pogodbe ali so posledica ukrepov Skupnosti“ ter tako tej „olajšujejo izpolnjevanje nalog.“ Poleg tega se države članice „[v]zdržijo […] vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili doseganje ciljev“ Unije.

2. Direktiva 2002/19

8. Ta direktiva je del tako imenovanega „novega regulativnega okvira“ [6], ki je bil sprejet 7. marca 2002 in objavljen 24. aprila 2002 [7].

9. Namen Direktive 2002/19, ki je uglašena po taktu metronoma, ki ga predstavlja Okvirna direktiva [8], je harmonizacija dostopa in medomrežnega povezovanja, da bi bilo zagotavljanje omrežij in storitev v skladu z načeli notranjega trga.

5 – Podobno kot v tem postopku, očitnost problema ne pomeni vedno tudi lahke rešitve, kajti kot Francisco de Quevedo y Villegas v eseju El mundo por de dentro v knjigi Los Sueños, ur. Espasa Calpe, Madrid, 2002, zbirka Biblioteca Austral, št. 20, str. 187, na alegoričen način opozarja na človeško hinavstvo: „[…] Ni filozof tisti, ki ve, kje je zaklad, marveč kdor dela in ga izkoplje. In celo ta ni pravi filozof, temveč je to tisti, ki izkopani zaklad pravilno uporabi.“

6 – S tem izrazom se v sklepnih predlogih z dne 28. junija 2007 v zadevi Deutsche Telekom, v kateri je bila sodba razglašena 22. novembra 2007 (C-262/06, ZOdl., str. I-10057), sklicujem na štiri direktive Evropskega parlamenta in Sveta: na že navedeno Direktivo 2002/19, Direktivo 2002/20/ES o odobritvi elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev, Direktivo 2002/21/ES o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (v nadaljevanju: Okvirna direktiva ali Direktiva 2002/21) in Direktivo 2002/22/ES o univerzalni storitvi in pravicah uporabnikov v zvezi z elektronskimi komunikacijskimi omrežji in storitvami.

7 – UL L 108, str. 7, 21, 33 in 51.

8 – Navedena v opombi 6, kjer je razložen tudi ta naslov.

10. Pravo Skupnosti o telekomunikacijah se je razvilo na dveh področjih, ki ju, čeprav sta tesno povezani, brez težav razločimo glede na njune subjekte.

11. Tako poleg ureditve, ki se nanaša na obratovalce in ki vsebuje med seboj prepletena pravila o medomrežnem povezovanju in konkurenci, obstaja tudi drugo, širše področje, ki pod gesloma liberalizacije sektorja in zagotavljanja univerzalne storitve ureja pravice uporabnikov in ki dobi globlji pomen, če se nanaša na temeljne svoboščine posameznika [9].

12. Zdi se nesporno, da obravnavana zadeva nedvomno sodi v prvo izmed omenjenih področji.

13. Člen 4(1) Direktive o dostopu določa:

„Obratovalci javnih komunikacijskih omrežij imajo pravico in, kadar tako zahtevajo druga za to pooblaščena podjetja, obveznost, da se pogajajo o medomrežnem povezovanju drug z drugim, da bi zagotovili javnosti dostopne elektronske komunikacijske storitve, s čimer bi zagotovili tudi medobratovalnost storitev v celotni Skupnosti. Obratovalci ponudijo drugim podjetjem dostop in medomrežno povezovanje pod pogoji, skladnimi z obveznostmi, ki jih naloži nacionalni regulativni organ po členih 5, 6, 7 in 8.“

14. Člen 5(1), prvi pododstavek, te direktive določa, da nacionalni regulativni organi pri izpolnjevanju ciljev iz člena 8 Direktive 2002/21 spodbujajo in, kjer je primerno, zagotovijo primeren dostop in medomrežno povezovanje ter medobratovalnost storitev v skladu z določbami te direktive, svojo dolžnost pa izvajajo na način, ki pospešuje učinkovitost, trajnostno konkurenco in prinaša končnim uporabnikom največje možne koristi.

Nacionalni regulativni organi lahko brez poseganja v ukrepe, ki utegnejo biti sprejeti

9 – V zvezi s tem lahko omenimo, na primer, zaščito osebnih podatkov ali spoštovanje zasebnosti v internetu.

v skladu s členom 8 v zvezi s podjetji s pomembno tržno močjo, naložijo zlasti:

(a) obveznosti za podjetja, ki nadzorujejo dostop do končnih uporabnikov, v utemeljenih primerih skupaj z obveznostjo medomrežnega povezovanja svojih omrežij, če to še ni bilo storjeno, v obsegu, ki je potreben za zagotovitev povezljivosti med obema koncema;

(b) obveznosti za obratovalce, da zagotovijo dostop do drugih naprav iz Dela II Priloge I pod pravičnimi, primernimi in nediskriminatornimi pogoji, v obsegu, ki je potreben, da se končnim uporabnikom zagotovi dostopnost digitalnih radijskih in televizijskih radiodifuzijskih storitev, ki jih je določila država članica.

15. Čeprav je v členu 18 Direktive o dostopu rok za sprejetje in objavo zakonov in drugih predpisov, potrebnih za uskladitev s to direktivo, določen na 24. julij 2003, je bil z aktom o pristopu Republike Poljske [10] rok podaljšan do 30. aprila 2004.

B – *Poljski zakon o telekomunikacijah*

16. Člen 26 poljskega zakona o telekomunikacijah [11] obvezuje obratovalce javnih komunikacijskih omrežji, da se na predlog podjetja ali katerega od subjektov, naštetih v členu 4(1), (2), (4), (5), (7) in (8), pogajajo o sklenitvi pogodbe o dostopu, da bi se zagotovile telekomunikacijske storitve, namenjene javnosti, in okrepila njihova medobratovalnost.

17. Da bi se izognili nezaželenim ravnanjem, je na podlagi člena 27(1) predsednik Urząda Komunikacji Elektronicznej (urad za elektronske komunikacije, v nadaljevanju: UKE) pooblaščen, da določi rok za sklenitev sporazumov, ki ne more biti daljši od 90 dni od dneva, ko je bil vložen zahtevek za sklenitev pogodbe o dostopu.

10 – Akt o pogojih pristopa Češke republike, Republike Estonije, Republike Ciper, Republike Latvije, Republike Litve, Republike Madžarske, Republike Malte, Republike Poljske, Republike Slovenije in Slovaške republike in prilagoditvah pogodb, na katerih temelji Evropska unija (UL L 236, 23.9.2003, str. 987).

11 – Zakon z dne 16. julija 2004 (Dz. U. 2004, št. 171, str. 1800).

18. Če se pogajanja ne začnejo, če se zavrne dostop do telekomunikacijskega omrežja ali če preteče rok, ki je bil določen, lahko vsaka stran zahteva od predsednika UKE, naj glede nedokončanih postopkov izda odločitev ali opredeli pogoje sodelovanja (člen 27(2)), ob tem pa k zahtevku priloži osnutek pogodbe o dostopu, ki mora vsebovati različna mnenja obeh strani in točke, glede katerih se stranki nista sporazumeli (člen 27(3)).

19. Pri odločanju o zadevi mora predsednik UKE tehtati med interesom uporabnikov, obveznostmi, ki jih imajo podjetja, spodbujanjem modernih telekomunikacijskih storitev, značilnostmi spornih točk, izvedljivostjo predlogov in alternativnih rešitev, pri čemer mora posebno pozornost posvetiti tehničnim in ekonomskim vidikom dostopa; [12] prav tako mora posebej paziti, da se ohranita celovitost in medobratovalnost storitev ter poskrbeti, da pogoji niso diskriminatorni in da se razvija konkurenca. [13]

20. Prevladujoči položaj nekega podjetja v okviru med seboj povezanih omrežji, javni interes, skupaj z varstvom okolja, in neprekinjenost univerzalne storitve so prav tako med smernicami, ki jih mora pri prisilni arbitraži [14] opredeliti predsednik UKE [15].

21. Glede sprememb dostopa, ki je bil dosežen na tak način, člen 28(5) zakona o telekomunikacijah določa, da če zainteresirane osebe sklenejo pogodbo, upravna odločitev za področja, ki jih pogodba ureja, [16] preneha veljati; vendar ima predsednik UKE pristojnost, da pogodbo – na pobudo stranke ali po uradni dolžnosti – spremeni, če to upravičuje zaščita uporabnikov, zagotovitev učinkovite konkurence ali medobratovalnost storitev. [17]

22. Iz istih razlogov je na podlagi člena 29 predsednik UKE pooblaščen, da po uradni dolžnosti ne spremeni svoje odločitve, temveč le besedilo pogodbe o dostopu, ali da strankam naroči, da jo spremenijo. [18]

12 – Člen 28(1), točke 1, 2, 3 in 4.
13 – Člen 28(1), točka 5.
14 – Glede tega izraza glej Bellodi L., *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, ur. Scientifica, Neapelj, 1999, str. 209.
15 – Člen 28(1), točke 6, 7 in 8.
16 – Člen 28(5).
17 – Člen 28(6).
18 – Brez poseganja v sklicevanje iz člena 30 zakona na upravni postopek, ki je bil ustanovljen za spreminjanje pogodb o dostopu.

23. Poleg tega člen 45 poljskega zakona o telekomunikacijah določa, da lahko predsednik UKE določenemu podjetju, ki nadzoruje dostop do končnih uporabnikov, naloži nujne regulativne obveznosti, da zagotavljajo komunikacijo z uporabniki storitev drugega obratovalca, skupaj z obveznostjo medomrežnega povezovanja; vendar lahko takšne obveznosti naloži le, če so sorazmerne in primerne za rešitev nastalih težav.

III – Predhodni upravni postopek, stališča strank in postopek pred Sodiščem

24. Komisija je 21. marca 2005 državi članici izrazila dvome glede skladnosti zakona o telekomunikacijah iz leta 2004 s členoma 4(1) in 5(1), prvi pododstavek, Direktive o dostopu.

25. V odgovoru z dne 25. maja 2005 je poljska vlada ponovila mnenje o pravni ustreznosti navedenih predpisov, utemeljevala, da razširitev obveznosti pogajanja prispeva k zmanjšanju stroškov izgradnje nove infrastrukture, ki jih nosijo neodvisni operaterji, in priznala, da je bil člen 5(1), prvi pododstavek, Direktive o dostopu v nacionalno pravo prenesen posredno.

26. Ker se Komisija z odgovorom ni strinjala, je 4. julija 2006 na državo članico naslovila obrazloženo mnenje; 4. septembra 2006 je Poljska to mnenje zavrnila, saj naj bi, čeprav Direktiva o dostopu ne predvideva *expressis verbis* zakonske obveznosti pogajanj v zvezi s pogodbami o dostopu, ta obveznost pospeševala veliko konkurenco in spodbujala medobratovalnost, ki ščiti uporabnika; v tem smislu obveznost torej temelji na členu 5(1), prvi pododstavek, Direktive o dostopu, ki je programatičen predpis, ki določa, da imajo regulativni organi dolžnost zagotavljati dostop do omrežja in medomrežno povezovanje.

27. Komisija je 8. maja 2007 na podlagi člena 226, drugi odstavek, ES vložila to tožbo; Komisija in tožena država članica sta v postopku podali svoja stališča.

28. Ker v predpisanem roku nobena od strank ni predlagala obravnave, je po upravni seji 6. maja 2008 stanje postopka dovoljevalo pripravo teh sklepnih predlogov.

IV – Analiza zatrjevane kršitve

A – *Problematika*

29. Od začetka liberalizacije na trgu telekomunikacij Komisija ni skrivala zaskrbljenosti glede dostopa do temeljnih naprav in je obsojala primere, ko jih je podjetje, ki je imelo izključno pravico do sredstev za upravljanje, zlorabljalo in preprečevalo konkurenčnim podjetjem dostop do njih.

30. Privzetje liberalnih nazorov je med drugim zahtevalo tudi odprtje mehanizmov vstopa na trg; da pa pri tem prilagodljivi sistem dostopa ne bi bil nedodelan, se je v pravu Skupnosti začela sprememba tradicionalnega pojmovanja.

31. Zgolj vzpostavitev svobode trgovanja pa ni zadostovala, da bi se zagotovila poštena konkurenca; zaradi dejanskega monopola nekdanjih javnih obratovalcev, pravic, ki so jih dolgo imeli, temeljitega poznavanja trga in njihovega privilegiranega položaja, je bilo treba spodbuditi ustanavljanje novih podjetij in v ta namen sprejeti ustrezne spremljevalne ukrepe.

32. Vpliv teorije o „essential facilities“ [19] je opazen v Obvestilu o uporabi pravil konkurence pri sporazumih o dostopu v telekomunikacijskem sektorju (v nadaljevanju: Obvestilo o dostopu [20]), ki poskuša spodbuditi povezovanje novih obratovalcev z enakimi pravicami z obstoječo infrastrukturo in telekomunikacijskimi omrežji, ki so v večini primerov v lastnini nekdanjih monopolistov.

33. V ta namen je treba hkrati zagotoviti: da se zmogljivosti štejejo za „bistvene“, v smislu, da so nujno potrebne, da bi se lahko

19 – Doherty, B., *Just what are essential facilities?*, CMLR, 2001, str. od 397 do 436, in Richer, L., *Le droit à la paresse? Essential Facilities, version française*, ur. Dalloz, 1999, št. 44, str. 523.

20 – UL C 265, str. 2.

konkuriralo subjektu, ki jih nadzoruje, in da jih na razumen način ni mogoče ponovno vzpostaviti; ter da se, čeprav bi bilo možno omogočiti dostop do njih drugemu podjetju, temu dostop prepreči ali se mu naložijo obveznosti, ki jih ni mogoče izpolniti [21].

34. Sodišče je – v okviru, ki se ni nanašal na telekomunikacije – priznalo, da se je lastnik, če infrastruktura velja za „bistveno“, dolžan dogovoriti z drugimi podjetji glede njene uporabe, če je za izvajanje dejavnosti teh podjetij potreben dostop do zmogljivosti; vendar v zvezi s tem načelom velja vrsta strogih pogojev, ki so namenjeni preprečitvi zlorabe prevladujočega položaja (člen 82 ES) [22].

35. Sporazumi postanejo prednostna orodja za dosego učinkovite konkurence, zaradi česar si je Komisija pridržala pravico reševanja sporov, ki imajo pomen za celotno Skupnost [23], nacionalnim sodnikom pa je prepustila reševanje sporov, ki takšnega pomena nimajo.

36. V peti uvodni izjavi Direktive 2002/19 se na odprtem in konkurenčnem trgu zavračajo omejitve, ki bi preprečile podjetjem, da se, zlasti pri čezmejnih sporazumih, dogovorijo o ureditvi dostopa; in se zahteva, naj se, *načeloma* [24], taki sporazumi sklepajo na komercialni podlagi in naj se podjetja o njih pogajajo v dobri veri.

37. Vendar mora biti vsak poseg države na tem področju namenjen zaščiti različnih javnih interesov, kot so spodbujanje razvoja, razširitev omrežja in celo ozemeljska, ekonomska in socialna povezanost.

38. Tako se brez razloga ne sme omejevati tržno gospodarstvo, saj so posegi vanj – ob upoštevanju načel ustreznosti in sorazmernosti – dovoljeni le z namenom doseganja ciljev, ki jih zastavlja pravo Skupnosti.

21 – Velik del teh omejitev, ki so se oblikovale v sodni praksi severnoameriških sodišč, najdemo tudi v točki 91 Obvestila o dostopu.

22 – V sodbi z dne 26. novembra 1998 v zadevi Bronner (C-7/97, Recueil, str. I-7791) se je preučila predhodna sodna praksa (sodbe z dne 6. marca 1974 v zadevi Commercial Solvents proti Komisiji (6/73 in 7/73, Recueil, str. 223); z dne 3. oktobra 1985 v zadevi CBEM (311/84, Recueil, str. 3261); in z dne 6. aprila 1995 v zadevi RTE in ITP proti Komisiji (C-241/91P in C-242/91P, Recueil, str. I-743)) in se je ugotovilo, da lastnik edinega sistema dostave časopisov na dom na nacionalni ravni, s tem da ni dovolil uporabe sistema drugemu založniku, ni zlorabil prevladujočega položaja, saj so obstajali drugi načini distribucije, kot so denimo poštne pošiljke ali prodaja v trgovinah in trafikah; poleg tega ni bilo tehničnih, administrativnih ali ekonomskih ovir, ki bi onemogočile ali otežile konkurentom vzpostavitev lastnega distribucijskega sistema.

23 – Točka 26 Obvestila o dostopu.

24 – Moj poudarek.

39. Devetnajsta uvodna izjava Direktive 2001/19 tako določa, da se „[obveznost] dodelitve dostopa do omrežne infrastrukture […] lahko utemelji kot sredstvo za povečanje konkurence, vendar morajo nacionalni regulativni organi uravnotežiti pravice lastnika infrastrukture do izkoriščanja svoje infrastrukture za lastne namene in pravice drugih izvajalcev storitev do dostopa do naprav, ki jih potrebujejo za opravljanje konkurenčnih storitev."

40. V tem smislu Komisija Republiki Poljski očita dvojno kršitev Direktive 2001/19: očita ji, da njen zakon ureja pristojnosti nacionalnega regulativnega organa in predpisuje obvezna pogajanja, očita pa ji tudi, da zakon ne daje pooblastil za dosego določenih ciljev.

B – *Prvi razlog neizpolnitve*

41. Komisija Poljski očita zlorabo pooblastil pri prenosu člena 4(1) Direktive 2001/19 v nacionalno zakonodajo, ker: prvič, podjetjem nalaga zakonsko dolžnost, da dosežejo sporazum, kar je v Direktivi predvideno le kot specifičen ukrep za razrešitev nepravilnega položaja; drugič, ne upošteva okoliščin, ki so značilne za sektor, in ne razlikuje obratovalcev glede na njihov vpliv; tretjič, ker zamenjuje obveznost, da se sporazumejo o medomrežnem povezovanju, ki jo določa Direktiva, z izvajanjem pogodbe o dostopu.

42. V trenutnih okoliščinah na trgu telekomunikacij v Evropi so obveznosti *ex ante* upravičene, le kadar je to nujno zaradi razmer na trgu, če se pojavijo resna tveganja za svobodno konkurenco.

43. Direktiva o dostopu sprejme izziv in brez ovinkov priznava, da je „cilj […], da se z naraščanjem tržne konkurence postopno odpravijo *ex ante* posebni predpisi, ki so značilni za sektor;" vendar ta možnost ni presenetljiva, saj se s pojavom novih tehnologij lahko pojavljajo ozka grla, ki bi lahko zahtevala uporabo teh ukrepov, na primer na področju širokopasovnih dostopovnih omrežij.

44. Problem dodatno razjasni sedemindvajseta uvodna izjava Okvirne direktive, ki opozori, da ne more biti učinkovite konku-

rence na trgih, kjer je eno ali več podjetij s pomembno tržno močjo, pravna sredstva nacionalne zakonodaje in zakonodaje Skupnosti pa „ne zadostujejo za reševanje težave."

45. Z leti je bil dosežen tak napredek, da je bilo v Okvirni direktivi mogoče zapisati, da „so bile ustvarjene razmere za učinkovito konkurenco v telekomunikacijskem sektorju". [25]

46. Tako se prenos predpisa Skupnosti v nacionalno pravo [26], s tem da se udeležence na trgu prisili k sklepanju pogodb, zdi protisloven in pomeni kršitev temeljnega vodila, da je na tej stopnji svobodna konkurenca brez dvoma že postala del nesporne resničnosti.

47. Morebitno opravičilo bi lahko iskali, če bi poljski zakonodajalec izhajal iz domneve – podprte z znaki, ki izkrivljajo trg –, da na ni prave svobode; vendar vsi dvomi izginejo, če sledimo logiki, da bi zakonodajalec v takem primeru uveljavil drugo pravno normo in ne Direktive o dostopu, ki spada v sklop „novega ureditvenega okvira."

48. V pravu Skupnosti so predvideni tudi ukrepi, s katerimi se odzove na nastanek izjemnih patologij, ki bi lahko ogrozile zdravo konkurenco.

49. Toda da bi lahko ugotovili pomanjkljivosti in v vsakem primeru uporabili primerne ukrepe, je treba najprej določiti specializirane in nepristranske subjekte, kot so nacionalni regulativni organi, ki jim tako vlogo predpisuje Direktiva 2002/19.

50. Na nacionalni ravni ima nacionalni regulativni organ – in ne zakonodajalec – v skladu s členom 12(1) dolžnost, da nadzoruje, ali obratovalci izpolnjujejo utemeljene zahteve za dostop do posebnih omrežnih elementov in pripadajočih naprav ter za njihovo uporabo.

25 – Prva uvodna izjava.

26 – Čeprav se tožba opira na Direktivo o dostopu, se ne more spregledati, da zadnja črpa iz Okvirne direktive.

51. Poleg tega pravica nadzora velja le v primerih, ki so kot *numerus apertus* označene v tem predpisu, kot sta na primer zavrnitev dostopa ali določitev neprimernih pogojev s podobnim učinkom, ki so ovira na trajnostnem konkurenčnem maloprodajnem trgu.

52. Eden izmed korekcijskih ukrepov so tudi „[pogajanja] v dobri veri s podjetji, ki zahtevajo dostop“ (člen 12(1)(b) Direktive 2002/19), s predhodno preučitvijo primernosti pogajanj in oceno njihove skladnosti s trgi iz člena 8 Okvirne direktive (člen 12(2) Direktive 2002/19), ki jo mora nacionalni regulativni organ izvesti ob upoštevanju stvarnih tehničnih in gospodarskih meril in meril upravičene zaščite. [27]

53. Pravo Skupnosti odklanja samodejnost, ki jo s svojo zakonodajno močjo uveljavlja Republika Poljska; nasprotno, pravo Skupnosti teži k temu, da bi neodvisni organi ob predhodni analizi trga sami odločali o primernih ukrepih. [28]

54. Ravnanje poljske države tako hromi dinamiko, značilno za sektor, ki se zaradi napredka v elektronskih telekomunikacijah neprestano razvija.

55. Glede na pričakovanja, da se bo konkurenca v različnih tržnih segmentih in v različnih državah članicah razvijala različno hitro, pa ni mogoče izključiti možnosti, da bo nazadovala, zaradi česar bi morali biti nacionalni regulativni organi sposobni sprostiti regulativne obveznosti, če daje konkurenca želene rezultate (trinajsta uvodna izjava Direktive o dostopu). [29]

27 – Člen 12(2) se nanaša na tehnično in gospodarsko upravičenost uporabe ali namestitve konkurenčnih naprav glede na pogoje na trgu in glede na naravo in vrsto vključenega medomrežnega povezovanja in dostopa, na izvedljivost zagotovitve predlaganega dostopa, na začetno vlaganje imetnika naprave, na potrebo po dolgoročnem varstvu konkurence ter na pravice intelektualne lastnine in na zagotavljanje vseevropskih storitev.

28 – Poleg tega člen 16(3) Okvirne direktive določa, da se ne uvede in ne ohrani nobena od posebnih regulativnih obveznosti iz odstavka 2 tega člena (med katerimi so tudi te, ki jih vsebuje člen 8 Direktive o dostopu, na katero se besedilo sklicuje), če nacionalni organ ugotovi, da na trgu vlada dejanska konkurenca.

29 – V členu 8 Direktive o dostopu je predvideno, čeprav v zvezi z drugimi obveznostmi (iz členov od 9 do 13), da jih lahko nacionalni regulativni organi spremenijo ali razveljavijo.

56. Poljski zakon nasprotuje tej sprostitvi, saj z oblikovanjem takih omejitev povzroča zastoj na regulativni ravni, kar ovira neodvisni regulativni organ pri odpravljanju posledic posega.

57. Direktiva o dostopu ob spoštovanju načel preglednosti in javnosti [30] ureja obveznosti vseh obratovalcev, čeprav poudarja obveznosti, ki jih imajo podjetja „s pomembno tržno močjo“ [31], kar je izraz, ki po mojem mnenju ponazarja prehod z monopolnega na odprti trg in je v tem smislu – ter brez merkantilističnih konotacij – bolj ustrezen kot „prevladujoč položaj“.

58. Čeprav ima sodelovanje v medomrežnem povezovanju splošen značaj, so pogoji njegovega izvajanja asimetrični, ker se pogoji razlikujejo glede na to, ali ima podjetje večjo ali manjšo moč, saj se – že na začetku – za obveznost sodelovanja podjetij s pomembno močjo, ne zahteva dodatna tržna analiza, [32] temveč le utemeljitev, da imajo določene lastnosti. [33]

59. Dejansko se člen 8 Direktive o dostopu izrecno nanaša na „obratoval[ca] s pomembno tržno močjo na določenem trgu“, nanj pa se sklicujejo druga določila Direktive.

60. Člen 4 te direktive pogojuje dostop in medomrežno povezovanje z obveznostmi, ki jih v skladu s členom 8 predpiše nacionalni regulativni organ.

61. Prev tako tudi člen 12, ki določa ukrep pogajanj v dobri veri, s členom 8 pridobi večji normativni pomen, saj morajo nacionalni regulativni organi pri oblikovanju svojih zahtev upoštevati smernice iz tega člena.

30 – Saracci, F., v *L´interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications:exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Atelier national de reproduction de thèses, 2004, str. 97, opozarja, da se telekomunikacije razvijajo hitreje zaradi klasičnih načel prava Skupnosti, kot sta načeli enakosti in prepovedi diskriminacije, ki ju je Sodišče uvrstilo med temeljne pravice (sodbi z dne 19. oktobra 1977 v zadevi Ruckdeschel in drugi (117/76 in 16/77, Recueil, str. 1753) in z dne 15. junija 1978 v zadevi Defrenne (149/77, Recueil, str. 1365)).

31 – V skladu s členom 14(2) Okvirne direktive je to podjetje, ki samostojno ali skupaj z drugimi uživa položaj, ki je enakovreden prevladujočemu položaju, to pomeni položaj gospodarske moči, ki mu omogoča, da ravna v precejšnji meri neodvisno od konkurentov, strank in končno tudi od porabnikov.

32 – Ki izhaja iz splošnega pomena člena 16 Direktive 2002/21.

33 – Petnajsta uvodna izjava Direktive 2002/19.

62. Ta dvojnost v pravilih glede na moč podjetji v poljskem zakonu ni opazna.

63. Poleg tega že samo enačenje, v skladu s členom 4(1) Direktive 2002/19, „dostopa“ [34] in „medomrežnega povezovanja“ [35] govori v prid domnevi, da je prišlo do neizpolnitve. [36]

64. Medomrežno povezovanje poteka prek odnosov med zasebniki, se približuje družbi zasebnega prava [37] in temelji na tehniki vzajemnega povezovanja omrežji različnih tipov.

65. Po drugi strani pojem dostopa vključuje širše pravne posledice kot preprosto povezovanje infrastruktur, saj pomeni zagotovitev razpoložljivosti celovitega obsega naprav ali storitev in končno zajema „medomrežno povezovanje“, ki je posebna vrsta dostopa, ki se uporablja med obratovalci javnih omrežij (člen 2(b), *in fine*, Direktive 2002/19).

66. V tem okviru sporni predpis ne sledi načelu najmanjšega možnega posega, ki je v tesni zvezi z načelom sorazmernosti, ki je dobro opredeljen v sodni praksi tega Sodišča [38] in temelji na presoji ustreznosti in nujnosti ter primerjavi stroškov in koristi.

67. Utemeljitev poljske vlade, da so telekomunikacijska podjetja njeno zakonodajo sprejela brez pripomb, ne pripomore, saj posamezniki ne morejo nadzorovati, ali se pravo Skupnosti dosledno spoštuje; enako tudi preproste upravne prakse, ki jih zaradi njihove narave državna uprava lahko spre-

34 – Opredeljeno v členu 2(a) Direktive 2002/19.

35 – Pojem opredeljuje člen 2(b) Direktive 2002/19.

36 – Preseneča, da sam poljski zakon o telekomunikacijah v členu 2(6)(a) opredeli medomrežno povezovanje kot enega izmed elementov dostopa.

37 – Saracci, F., *op. cit.*, str. 106, in Strubel, X., *Breves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécomunications*, Lex Electronica, št. 4/1998, dostopen na: www.lex-electronica.org.

38 – Med zgodnejšimi sodbami se mi zdijo pomembne sodbe z dne 17. decembra 1970 v zadevi Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Recueil, str. 1125), z dne 24. oktobra 1973 v zadevi Balkan-Import-Export (5/73, Recueil, str. 1091), z dne 28. oktobra 1975 v zadevi Rutili (36/75, Recueil, str. 1219), z dne 7. julija 1976 v zadevi Watson in Belmann (118/75, Recueil, str. 1185), z dne 5. julija 1977 v zadevi Bela Mühle proti Grows Farm (114/76, Recueil, str. 1211), z dne 20. februarja 1979 v zadevi Buitoni (122/78, Recueil, str. 677), z dne 21. junija 1979 v zadevi Atalanta (240/78, Recueil, str. 2137) in z dne 13. decembra 1979 v zadevi Hauer (44/79, Recueil, str. 3727).

meni in ki niso zadostno deležne oglaševanja, ne zagotavljajo pravilnega prenosa direktive. [39]

68. Mehanizmi, ki jih vsebuje Direktiva o dostopu, se torej razlikujejo od tistih, ki jih določa poljski zakon o telekomunikacijah, ki se ne drži predpisanega zgleda, saj spreminja izjemo v pravilo, izenači možnost, da nacionalni organ zahteva pogajanja o medomrežnem povezovanju, s splošno obveznostjo, da se doseže sporazum, in poleg tega ohranja poseganje, ki ga regulativni organ ne more niti razveljaviti niti spremeniti, kar utemeljuje sklep, da je treba ugoditi prvemu predlogu Komisije.

C – *Drugi razlog neizpolnitve*

69. Komisija trdi, da mora imeti nacionalni regulativni organ na podlagi člena 5(1) Direktive o dostopu pristojnost, da pri prizadevanju za dosego ciljev iz člena 8 Okvirne direktive v posameznih primerih določi pregledne, sorazmerne in nediskriminatorne pogoje, kar pa so izjemne pristojnosti, ki jih po njenem mnenju poljski zakon ne predvideva.

70. Znova je treba ključ do rešitve iskati v Direktivi 2002/21, v kateri člen 8 odpira tretje poglavje, posvečeno „nalog[am] nacionalnih regulativnih organov.“ [40]

71. Čeprav se strinjam s toženo vlado, da je za člen 8 Okvirne direktive značilna široka splošnost, doseže zakonodajna tehnika, posebno v primeru direktiv, včasih visoko stopnjo abstrakcije, da bi se državam članicam omogočil dovolj širok manevrski prostor in da bi se tako ohranila njena učinkovitost.

72. V vsakem primeru pa člen 8(2), (3) in (4) ureja načrte za zagotovitev konkurence na področju elektronskih komunikacijskih omrežij, spodbujanje razvoja notranjega trga in podpiranje interesov državljanov Evropske unije.

39 – Sodbe Sodišča prve stopnje z dne 13. marca 1997 v zadevi Komisija proti Franciji (C-197/96, Recueil, str. I-1489); z dne 9. marca 2000 v zadevi Komisija proti Italiji (C-358/98, Recueil, str. I-1255); in z dne 10. marca 2005 v zadevi Komisija proti Združenemu kraljestvu (C-33/03, ZOdl., str. I-1865).

40 – Člen 5 Direktive 2002/19 se sklicuje na cilje iz člena 8 Direktive 2002/21.

73. Sodišče je v pred nedavnim razglašeni sodbi z dne 31. januarja 2008 [41] (točka 81) ugotovilo, da iz člena 8 Okvirne direktive izhaja obveznost, da nacionalni regulativni organi sprejmejo vse primerne ukrepe za spodbujanje učinkovite konkurence, kar nasprotuje tezi, ki jo zagovarja Poljska, da je predpis zgolj programatičen.

74. V tem okviru iz enotne uporabe prava Skupnosti in načela enakosti izhaja, da bi smisel in obseg pravila prav tako morala učinkovati enotno, predvsem ob upoštevanju dejstva, da se pravilo ne sklicuje izrecno na nacionalno pravo. [42]

75. Iz sodne prakse izhaja, da za prenos evropskega predpisa v nacionalno pravo ni nujno, da se povzame formalno in dobesedno, če splošni pravni okvir zagotavlja njegovo polno uporabo na jasen in natančen način [43].

76. Utemeljitev, da v državi članici ne potekajo dejavnosti, ki niso v skladu s pravom Skupnosti, ne opravičuje njihovega neupoštevanja v nacionalni zakonodaji. [44]

77. Pri reševanju te težave je treba opozoriti, da člen 5(1) Direktive o dostopu določa, da imajo regulativni organi stalno nalogo [45] opazovanja trga, da se spodbudijo in zagotovijo primeren dostop, medomrežno povezovanje in obratovalnost storitev.

78. Zato pooblastilo, katerega neobstoj očita Komisija, ni namenjeno le temu, da se regulativnim organom omogočijo posamezna ravnanja, temveč tudi temu, da jim daje pravico nadzora, kar pa v tožbi ni omenjeno.

41 – Sodba v zadevi Centro Europa 7 (C-380/05, ZOdl., str. I-349).

42 – Sodbe z dne 18. januarja 1984 v zadevi Ekro (327/82, Recueil, str. 107), z dne 19. septembra 2000 v zadevi Linster (C-287/98, Recueil, str. I-6917) in z dne 18. oktobra 2007 v zadevi Österreichischer Rundfunk (C-195/06, ZOdl., str. I-8817).

43 – Sodba z dne 27. aprila 1988 v zadevi Komisija proti Franciji (252/85, Recueil, str. 2243).

44 – Sodba z dne 15. marca 1990 v zadevi Komisija proti Nizozemski (C-339/87, Recueil, str. I-851).

45 – Glede tega se strinjam z navedbami poljske vlade.

79. Člen 5 Direktive 2002/19 „posebej“ določa vrsto obveznosti, katerih izpolnjevanje lahko zahtevajo regulativni organi, da se zagotovi povezljivost med obema koncema in da se končnim uporabnikom zagotovi dostopnost digitalnih radijskih in televizijskih radiodifuzijskih storitev (člen 5(1), drugi pododstavek).

80. Vendar tega ne določa izčrpno, temveč dovolj splošno, da se jim naloži odgovornost, da na učinkovit način zagotovijo trajnostno konkurenco ter čim večje ugodnosti za potrošnika.

81. To tezo je potrdila tudi sodba Sodišča z dne 13. decembra 2001 [46], v kateri je Sodišče preučilo pooblastila teh organov, ki izhajajo iz Direktive 97/33/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 30. junija 1997 o medomrežnem povezovanju v telekomunikacijah glede zagotavljanja univerzalne storitve in medobratovalnosti z uporabo načel zagotavljanja odprtosti omrežij. [47]

82. Ta sodba [48], ki se je nanašala na Kraljevino Španijo, je Republiki Poljski zagotovila varnejše zatočišče, kot je bila za Frédérica Chopina in George Sand kartuzija Jezusa Nazarečana v Valldemosei [49], saj je bila nacionalnim organom, na podlagi pozitivne povezanosti [50] z Direktivo o medomrežnem povezovanju, s to sodbo priznana vrsta pooblastil, tako da lahko, poleg spodbujanja sklepanja sporazumov med konkurenčnimi podjetji, ustanavljajo tudi *ex ante* [51] dostop do krajevnih zank in medomrežno povezovanje komutacijskih central na lokalni in višjih ravneh.

46 – Sodba Telefónica de España SA (C-79/00, Recueil, str. I-10075).

47 – UL L 199, str. 32.

48 – Sodišče je v sodbi sledilo sklepnim predlogom generalnega pravobranilca Jacobsa, ki so bili predstavljeni 21. junija 2001.

49 – Sloviti par, skupaj z otroci pisateljice, se je jeseni 1838 naselil na Mallorci, z upanjem, da bo mila zima pomagala ublažiti tuberkulozo, za katero je bolehal poljski glasbenik, toda neprijazno podnebje in predvsem vlaga sta februarja 1839 povzročila njun predčasen odhod, vendar je Chopinu uspelo pospešiti delo s svojimi 24 Preludiji op. 28, po tem ko je iz Pariza – po ureditvi dolgotrajnih carinskih postopkov – prejel klavir Pleyel, ki ga je naročil. George Sand je njuna doživetja na otoku v intimnem in romantičnem duhu opisala v Un hiver à Majorque, ur. Cort, 2004.

50 – Kar lahko izrazimo kot „vse, česar direktiva ne prepoveduje, je dovoljeno“.

51 – Glede na te s posebno tržno močjo.

83. V zvezi s temi spremembami, ki kažejo na neopredeljenost pooblastil regulativnih organov, utemeljevanja Komisije nimajo zadostne podlage [52] in se ne skladajo z zatrjevano nezadostno skrbnostjo pri prenosu člena 5 Direktive o dostopu, saj členi od 26 do 30 poljskega zakona o telekomunikacijah, v skladu z navedenim, regulativnim organom omogočajo široke možnosti poseganja [53].

84. Poleg tega, čeprav se strinjam s tožečo stranko, da te pristojnosti ne bi smele biti pogojene z obstojem predhodnega spora med obratovalcema, se ne sme sklepati, da iz Direktive izhaja prepoved v tem smislu; torej, čeprav členi od 26 do 30 poljskega zakona spadajo v okvir upravnega postopka, to ne velja za člen 45, v katerem se odločno zahteva, naj predsednik UKE naloži regulativne obveznosti, ki so nujne za izvršitev določil iz člena 1(2) in (3) zakona o telekomunikacijah, ki ustrezajo tem, ki jih vsebuje člen 8 Okvirne direktive.

85. Tako ne podpiram mnenja Komisije, ki v drugem tožbenem razlogu očita neizpolnitev, saj so cilji, ki jih na splošno določa pravo Skupnosti [54], vsebovani tudi v členih od 26 do 30 in 45 spornega nacionalnega zakona.

V – Stroški

86. V skladu s členom 69(2) in (3) Poslovnika lahko Sodišče, če vsaka stranka uspe samo deloma, odloči, da se stroški delijo ali da vsaka stranka nosi svoje stroške.

87. Ker je bilo ugodeno le enemu izmed tožbenih razlogov, ki jih je Komisija očitala Republiki Poljski, predlagam, naj, iz razlogov pravičnosti, vsaka stranka nosi svoje stroške.

52 – V tožbi zaradi neizpolnitve obveznosti (sodba Sodišča prve stopnje z dne 10. januarja 2008 v zadevi Komisija proti Finski, C-387/06), katere vsebina je bila podobna tej v obravnavani zadevi, se Sodišče ni strinjalo s trditvijo, da nacionalni predpis omejuje pooblastila regulativnega organa, saj Komisija ni izvedla utemeljene analize in ni pokazala, da nacionalni organ ne more sprejemati ukrepov, ki so primerni za izvrševanje ciljev člena 8 Okvirne Direktive.

53 – Ne glede na to, da pretiravajo, kar pa dejansko potrjuje utemeljenost prvega tožbenega razloga.

54 – Treba je vztrajati pri členu 5 Direktive 2002/19 v zvezi s členom 8 Direktive 2002/21.

VI – Predlog

88. Glede na navedene preudarke Sodišču predlagam, naj:

1. ugotovi, da Republika Poljska, s tem da je *ex lege* vsem telekomunikacijskim obratovalcem naložila obveznost pogajanja o pogodbi o dostopu, ni izpolnila obveznosti iz člena 4(1) 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;

2. v preostalem delu tožbo zavrne;

3. naloži vsaki stranki, naj nosi svoje stroške.