ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н D. RUIZ-JARABO COLOMER
представено на 10 юни 2008 година [1]

I — Въведение

1. По настоящото дело Комисията на Европейските общности иска от Съда на основание член 226 ЕО да установи, че Република Полша не е изпълнила задълженията си по член 4, параграф 1 и член 5, параграф 1, първа алинея от Директива 2002/19/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно достъпа до електронни съобщителни мрежи и тяхната инфраструктура и взаимосвързаността между тях (наричана по-нататък „Директива за достъпа“ или „Директива 2002/19“) [2].

2. Разглеждането на неправилното транспониране на общностните правила, в което Комисията упреква Република Полша, изисква да се изследват ограничените правомощия за намеса, с които разполагат публичните органи, на либерализираните пазари като този на далекосъобщенията.

3. Държавата ответник, която далеч не е неутрална при въвеждането на Директива 2002/19 в своето национално право, предприема действия, за да стимулира процеса на отваряне, като задължава ex lege всички оператори да дадат достъп до мрежата, без да обуславя това задължение от предварителен анализ на конкуренцията.

4. Изследването на проблемите, които искът повдига, и формулирането на подходящ отговор съдържат определена сложност, тъй като полското законодателство не забранява споразуменията между предприятия [3], а обратно — изисква най-малкото да се провежда договаряне.

5. Освен това при липсата на желания резултат и вместо него полското законодателство дава възможност на компе-

1 — Език на оригиналния текст: испански.

2 — ОВ L 108, стр. 7; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 169.

3 — Член 3 от Директива 2002/19 задължава държавите членки да гарантират, че не съществуват ограничения, които не допускат предприятията да договарят помежду си споразумения относно техническите и търговските условия за достъп и/или взаимосвързаност в съответствие с правото на Общността.

тентния национален орган да приеме обвързващо решение и това изглежда е в съответствие с постулатите на класическия либерализъм от най-старата традиция [4].

6. Следователно всяко оборкване трябва да се отстрани и чрез необходимите концептуални уточнения да се намери разрешението, скрито като съкровище в общностната правна уредба [5].

на задълженията, произтичащи от настоящия договор или от актове на институциите на Общността", като „съдействат за постигането на задачите на Общността." Също така, „[т]е се въздържат от каквато и да било мярка, която би могла да застраши постигането на целите" на Съюза.

II — Правна уредба

A — *Общностно право*

1. Принципът на „лоялно сътрудничество"

7. Съгласно член 10 ЕО „[д]ържавите членки предприемат всички необходими мерки, независимо дали общи или специални, за да гарантират изпълнението

2. Директива 2002/19

8. Тази директива е част от т.нар. „нова регулаторна рамка" [6], приета на 7 март 2002 г. и публикувана на 24 април 2002 г. [7]

9. Предшествана от Рамковата директива [8], която задава ритъма ѝ като метроном, Директива 2002/19 се грижи за хармонизирането на достъпа и на взаимосвързаността, за да направи съвместими доставките на мрежите и на услугите с принципите на вътрешния пазар.

4 — Икономическият лозунг „laissez faire, laissez passer", добил известност от икономическите теории на Адам Смит, съставлява ясна декларация на идеи.

5 — Както в настоящия случай, очевидността на проблема невинаги означава, че има лесно решение, защото, както пише Quevedo y Villegas, F., в „El mundo por de dentro", *Los Sueños*, Ed. Espasa Calpe, Мадрид, 2002, colección Biblioteca Austral, № 20, p. 187, отправяйки алегорично предупреждение за човешкото лицемерие, „[...] не е философ този, който знае къде се намира съкровището, а този, който се потруди да го изрови. Дори последният не е изцяло философ: такъв е само този, който, след като се е сдобил със съкровището, го използва добре".

6 — В заключението си, представено на 28 юни 2007 г. по дело Deutsche Telekom, по което е постановено Решение от 22 ноември 2007 г. (C-262/06, Сборник, стр. I-10057), използвам този израз, като се позовавам на четири директиви на Европейския парламент и на Съвета: вече цитираната Директива 2002/19/ЕО, Директива 2002/20/ЕО относно разрешението на електронните съобщителни мрежи и услуги, Директива 2002/21/ЕО относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (наричана по-нататък „Рамкова директива" или „Директива 2002/21") и Директива 2002/22/ЕО относно универсалната услуга и правата на потребителите във връзка с електронните съобщителни мрежи и услуги.

7 — ОВ L 108, стр. 7, 21, 33 и 51; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 169, 183, 195 и 213.

8 — Вж. бележка под линия 6, където се обяснява това наименование.

10. Общностното право на далекосъобщенията се развива в две области, които, макар и тясно свързани, биват лесно разграничавани от своите адресати.

11. Така, наред с правната уредба, свързана с операторите, в която се преплитат правилата относно взаимосвързаността и конкуренцията, има и друга област на регламентиране, по-неопределена, която урежда правата на потребителите въз основа на принципите на либерализация на сектора и на гарантиране на универсална услуга, и придобива особено значение в контекста на основните свободи на личността [9].

12. Настоящото дело несъмнено се вписва в първата от двете области.

13. Според член 4, параграф 1 от Директивата за достъпа:

„Операторите на обществени съобщителни мрежи имат право, а по молба на оправомощени за целта други предприятия — и задължението да договарят взаимосвързаността си с оглед на предоставянето на обществени електронни съобщителни услуги, за да се гарантира предоставяне и оперативна съвместимост на услугите в цялата Общност. Операторите предлагат достъп и взаимосвързаност на другите предприятия при условия, които съответстват на задълженията, наложени от националните регулаторни органи съгласно членове 5, 6, 7 и 8.“

14. Член 5, параграф 1, първа алинея от посочената директива предвижда, че действайки за постигане на целите, посочени в член 8 от Директива 2002/21, националните регулаторни органи насърчават и при необходимост гарантират в съответствие с разпоредбите на настоящата директива адекватен достъп и взаимосвързаност, както и оперативна съвместимост на услугите, като изпълняват своите отговорности по начин, който утвърждава ефективността и устойчивата конкуренция и осигурява максимална полза за крайните потребители.

По-конкретно, без да се нарушават мерките, които могат да се предприемат по отношение на предприятията със

9 — Може да бъде спомената например защитата на личните данни или на правото на личен живот в Интернет.

значителна пазарна сила в съответствие с член 8, националните регулаторни органи могат да налагат:

а) задължения, доколкото е необходимо за гарантиране на връзка от край до край, на предприятия, които контролират достъпа до крайните потребители, включително, по основателни причини, задължения да постигнат взаимосвързаност между своите мрежи, ако тя още не е изградена;

б) задължения, доколкото е необходимо за гарантиране на достъп на крайните потребители до цифрови радио- и телевизионни разпръсквателни услуги, определени от държавите членки, на оператори за предоставяне на достъп до друга инфраструктура, посочена в част II от приложение I, при справедливи, разумни и недискриминационни условия.

15. Макар член 18 от Директивата за достъпа да определя 24 юли 2003 г. като краен срок за държавите членки да приемат и обнародват необходимите законови, подзаконови и административни разпоредби, за да се съобразят с нея, Актът за присъединяване на Република Полша [10] удължава срока за транспониране до 30 април 2004 г.

Б — *Полският закон за далекосъобщенията*

16. Член 26 от полския закон за далекосъобщенията [11] задължава всички оператори на обществени мрежи за комуникации да преговарят за сключване на договор за достъп по искане на друго предприятие или на едно от изброените в член 4, точки 1, 2, 4, 5, 7 и 8 от него образувания, за да доставят далекосъобщителни услуги на потребителите и да гарантират тяхната оперативна съвместимост.

17. За да се избегнат неприятности, член 27, параграф 1 позволява на председателя на Urzad Komunikacji Electronicznej (служба за електронните съобщения, наричана по-нататък „UKE“) да определи срок за приключването на преговорите, който не може да надхвърля 90 дни от подаване на молбата за сключване на договор за достъп.

10 — Акт относно условията на присъединяването на Чешката република, Република Естония, Република Кипър, Република Латвия, Република Литва, Република Унгария, Република Малта, Република Полша, Република Словения и Словашката република и промените в учредителните договори на Европейския съюз (ОВ L 236, стр. 987).

11 — Закон от 16 юли 2004 г. (Dz. U. 2004 г., № 171, poz. 1800).

18. Ако преговорите не бъдат започнати, ако достъпът до далекосъобщителната мрежа бъде отказан или ако не бъде спазен определеният максимален срок, всяка от страните може да поиска от председателя на UKE да вземе решение по неуредените въпроси или да определи условията за сътрудничество (член 27, параграф 2), като приложи към искането си проект на договор за достъп, с посочване на съответното положение на страните и на клаузите от договора, по които липсва съгласие (член 27, параграф 3).

19. В решението си председателят на UKE трябва да претегли интереса на потребителите, наложените на предприятията задължения, насърчаването на модерните далекосъобщителни услуги, характера на спорните въпроси, практическата възможност, с оглед на техническите и икономическите аспекти на достъпа, за осъществяване на предложенията и алтернативните решения [12]. Той трябва също така да положи грижа за поддържане на целостта и оперативната съвместимост на услугите, като следи както да няма дискриминационни условия, така и за развитието на конкуренцията [13].

20. Господстващото положение на едно предприятие в областта на взаимосвързаните мрежи, общественият интерес, включително опазването на околната среда, и непрекъснатостта на универсалната услуга съставляват също така критерии за принудителен арбитраж [14], който се извършва от председателя на UKE [15].

21. Що се отнася до изменението на така приетото решение за достъп, член 28, параграф 5 от Закона за далекосъобщенията предвижда, че ако заинтересуваните страни постигнат съгласие, административното решение отпада автоматично по всички съдържащи се в договора въпроси [16], макар че председателят на UKE запазва правомощието да го измени, по искане на една от страните или служебно, когато защитата на потребителите, ефективната конкуренция или взаимосвързаността на услугите оправдава това [17].

22. Успоредно с това и по същите причини член 29 позволява на председателя на UKE да измени служебно не своето собствено

12 — Член 28, параграф 1, точки 1, 2, 3 и 4.
13 — Член 28, параграф 1, точка 5.
14 — Относно този израз вж. Bellodi L., *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Ed. Scientifica, Nápoles, 1999, p. 209.
15 — Член 28, параграф 1, точки 6, 7 и 8.
16 — Член 28, параграф 5.
17 — Член 28, параграф 6.

решение, а текста на договор за достъп, или да задължи страните да го изменят [18].

23. Освен това член 45 от полския закон за далекосъобщенията позволява на председателя на UKE да наложи на дадено предприятие, което контролира достъпа до крайните потребители, абсолютно необходимите нормативни задължения, гарантиращи комуникациите на тези крайни потребители с потребителите, които ползват услугите на друг оператор, включително задължението за взаимосвързаност, доколкото тези задължения съставляват подходящи и пропорционални разрешения на възникналия проблем.

III — Досъдебна процедура, позиции на страните и производство пред Съда

24. На 21 март 2005 г. Комисията уведомява държавата членка ответник за своите съмнения относно съвместимостта на Закона за далекосъобщенията от 2004 г. с член 4, параграф 1, и член 5, параграф 1, първа алинея от Директивата за достъпа.

25. В отговора си от 25 май 2005 г. полското правителство поддържа, че споменатите разпоредби са съобразени с правото, защитава разширяването на задължението за преговаряне, целящо намаляване на разходите за изграждане на нова инфраструктура в тежест на независимите оператори, и признава, че разпоредбите на член 5, параграф 1, първа алинея от Директивата за достъпа са били косвено транспонирани.

26. Тъй като не е удовлетворена от тези обяснения, на 4 юли 2006 г. Комисията изпраща на държавата членка мотивирано становище. На 4 септември 2006 г. Република Полша оспорва посоченото становище поради това че, макар Директивата за достъпа да не предвижда expressis verbis въвеждането със закон на задължение да се преговарят договорите за достъп, това задължение благоприятства трайната конкуренция и насърчава оперативната съвместимост в полза на потребителя. Следователно Република Полша се основава на член 5, параграф 1, първа алинея от Директивата за достъпа — норма с програмно значение, която задължава регулаторните органи да осигурят достъпа и взаимосвързаността на мрежите.

27. На 8 май 2007 г. Комисията предявява настоящия иск на основание член 226, втора алинея ЕО, в хода на производството по който институцията ищец и държавата ответник запазват всяка своята позиция.

18 — Без да се засяга препратката, която член 30 от закона прави към административната процедура, предвидена за изменението на договорите за достъп.

28. Поради това че до изтичането на предвидения за това срок не е поискано провеждане на съдебно заседание, след общото събрание от 6 май 2008 г. делото е подготвено за представяне на заключение.

IV — Анализ на твърдените неизпълнения

A — *Въведение*

29. От началото на либерализацията на далекосъобщенията Комисията не крие своята загриженост относно достъпа до съществената инфраструктура и се противопоставя на злоупотреби от предприятия, които, ползвайки се на изключителна основа от активите, необходими за извършване на дейност, отказват на конкурентите си достъп до тях.

30. Изборът на либерална ориентация означава и отваряне на механизмите на достъп до пазара и, за да не остане на заден план гъвкав режим на достъп, общностното право предвижда промяна на своята традиционна концепция за достъпа.

31. Прилагането само на свободната търговия обаче не позволява да се установи лоялна конкуренция. Фактическият монопол на бившия обществен оператор и правата, от които последният се е ползвал в продължение на дълги години, заедно със задълбочените му познания за пазара и привилегированото място, което е заемал, изискват да се насърчава появата на други предприятия, като се въвеждат съпътстващи мерки в тяхна подкрепа.

32. Доктрината за „essential facilities“ [19] е отразена в Известието на Комисията относно прилагането на правилата за конкуренция по отношение на споразуменията за достъп в далекосъобщителния сектор (наричана по-нататък „Известие за достъпа“) [20], което цели да благоприятства свързването на новите оператори с еднакви права със съществуващите далекосъобщителни инфраструктура и мрежи, които в повечето случаи са собственост на бившите монополисти.

33. За тази цел се изисква кумулативно: съоръжението да се счита за „съществено“ в смисъл, че е абсолютно необходимо, за да

19 — Doherty, B., *Just what are essential facilities?*, CMLR, 2001, pp. 397 to 436, и Richer, L., *Le droit à la paresse? Essential Facilities, version française,* Ed. Dalloz, 1999, № 44, p. 523.

20 — ОВ C 265, стр. 2, Специално издание на български език, глава 8, том 3, стр. 124.

има конкуренция с този, който го контролира, и е невъзможно да се възпроизведе с разумни средства и че, макар да може да бъде преотстъпено на друго дружество, достъпът до него е възпрепятстван или подложен на неразумни ограничения [21].

34. В контекст, различен от този на далекосъобщенията, Съдът признава, че ако съоръжението се приеме за „съществено“, собственикът се задължава да се договори с други предприятия относно неговото ползване, доколкото тяхната дейност изисква достъп до съоръжението. Същевременно този принцип се смекчава от поредица подлежащи на стриктно тълкуване условия, предназначени за избягване на злоупотреби с господстващо положение (член 82 ЕО) [22].

35. Договорите съставляват привилегировани механизми за постигане на невъзпрепятствана конкуренция, поради което Комисията си запазва правото да урежда конфликтите с общностно значение [23] и предоставя на националните съдилища споровете, които не попадат в общностната сфера.

36. Съображение 5 от Директива 2002/19 отхвърля, в една отворена и конкурентна пазарна среда, ограниченията за предприятията в договарянето, особено за трансграничните им договорености, и изисква *по принцип* [24] добросъвестно договаряне на търговска основа.

37. Въпреки това всяка държавна намеса в този сектор е насочена към закрилата на различни обществени интереси като насърчаване на развитието, разширяване на мрежите и дори териториалната, икономическа и социална кохезия.

38. В резултат на това пазарната икономика не може да се ограничава безпричинно, тъй като такова посегателство над нея би било оправдано само в зависимост от преследваните от общностното право цели и винаги при спазване на принципите на адекватност и пропорционалност.

21 — Голяма част от тези ограничения, установени от северноамериканската съдебна практика, могат да бъдат открити в точка 91 от Известието за достъпа.

22 — В Решение от 26 ноември 1998 г. по дело Oscar (C-7/97, Recueil, стр. I-7791) Съдът анализира по-ранната съдебна практика (Решение от 6 март 1974 г. по дело Commercial Solvents/Комисия (6/73 и 7/73, Recueil, стр. 223), Решение от 3 октомври 1985 г. по дело CBEM (311/84, Recueil, стр. 3261) и Решение от 6 април 1995 г. по дело RTE и ITP/Комисия (C-241/91 P и C-242/91 P, Recueil, стр. I-743) и обявява, че фактът, че собственикът на единствената система за разнасяне на вестници по домовете в национален мащаб отказва достъп до тази система на друг издател, не представлява злоупотреба с господстващо положение, защото съществуват други алтернативни начини за разпространение като пощата и продажбата в магазини и лавки, и от друга страна, няма технически, нормативни или икономически пречки от естество да направят невъзможно или дори неразумно трудно за конкурентите създаването на тяхна собствена система за разпространение.

23 — Точка 26 от Известието за достъпа.

24 — Курсивът е мой.

39. Така в съображение 19 от Директива 2002/19 се посочва, че „[и]зискването за достъп до мрежовата инфраструктура може да се обоснове като средство за засилване на конкуренцията, но националните регулаторни органи следва да уравновесят правата на собствениците на инфраструктурата да я използват за собствена облага и правата на останалите доставчици на услуги да получат достъп до инфраструктурата, която има първостепенно значение за предоставянето на конкурентни услуги. […]“.

40. В този контекст Комисията упреква Република Полша в двойно неизпълнение на Директива 2002/19: от една страна критикува това, че нейният закон урежда правомощията на националния регулаторен орган, предвиждайки задължителни преговори, а от друга страна критикува липсата на правомощия за осъществяването на определени цели.

Б — *По първото основание за неизпълнение*

41. Комисията изтъква нарушение при транспонирането на член 4, параграф 1 от Директива 2002/19, тъй като Полша, първо, налага със закон на предприятията задължението да сключват договори, което Директивата предвижда като специална, насочена към поправяне на аномалия мярка, която обвързва само националния регулаторен орган, второ, не взема предвид положението в сектора и не прави разграничение между операторите в зависимост от влиянието им, и трето, смесва задължението за договаряне на взаимосвързаността, предвидено от Директивата, със сключването на договор за достъп.

42. При сегашното състояние на далекосъобщенията в Европа задълженията ex ante се оправдават само когато пазарът го изисква, при сериозен риск за свободната конкуренция.

43. Директивата за достъпа приема предизвикателството и ясно признава в съображение 13, че „[…] [ц]елта е непрекъснато да се намаляват предварителните отраслови правила успоредно с развитието на пазарната конкуренция […]“, макар да не изключва възможността за такава отраслова правна уредба, когато развитието на новите технологии предизвиква задържане, което изисква нейното прилагане, например в сферата на мрежите за високоскоростен достъп.

44. В съображение 27 от Рамковата директива се съдържа пояснението, че не съще-

ствува действителна конкуренция на пазарите, където са активни едно или няколко предприятия със значителна пазарна сила, когато националните и общностни законодателни механизми „не са в състояние да решат проблема."

45. Развитието през годините позволи в Рамковата директива да бъде заявено, че е постигнат успех при „създаване на условия за действителна конкуренция в далекосъобщителния сектор" [25].

46. Следователно включването при транспониране на общностната правна уредба [26] на задължение за сключване на споразумения изглежда противоречиво и предполага отричане на основната предпоставка свободната конкуренция вече да се е наложила на този етап като безспорна реалност.

47. Евентуално извинение би могло да се търси в хипотезата, при която полският законодател е тръгнал от липса на истинска свобода при наличието на индиции за нарушаване на пазара, но тези съмнения лесно се разсейват от аргумента, че в този случай полският законодател би транспонирал друга правна норма, а не тази от Директивата за достъпа, която е част от „новата регулаторна рамка".

48. Общностното право не пренебрегва реакциите на някои изключителни патологии, които могат да заразят една здрава конкуренция.

49. За да се диагностицират обаче недостатъците и да се предпише подходящото за всеки случай лечение, са необходими специализирани и безпристрастни образувания като националните регулаторни органи, определени за тази цел от Директива 2002/19.

50. На вътрешно равнище, по смисъла на член 12, параграф 1 от нея, националните регулаторни органи, а не законодателят, трябва да следят операторите да изпъл-

25 — Съображение 1.

26 — Макар спорът да е във връзка с Директивата за достъпа, не може да не се вземе предвид фактът, че тя е вдъхновена от Рамковата директива.

няват разумните искания за достъп и използване на специфични мрежови елементи и свързана с тях инфраструктура.

51. Освен това споменатото задължение обхваща само неизчерпателно изброените в посочената разпоредба случаи, като например отказът на достъп или поставянето на неразумни условия с аналогичен ефект, които представляват пречка за създаването на един устойчив конкурентен пазар на дребно.

52. Сред корективните мерки фигурира „да водят добросъвестно преговорите с предприятията, които искат достъп“ (член 12, параграф 1, буква б) от Директива 2002/19), както и предварително изследване за тяхната целесъобразност и оценка дали ще бъдат пропорционални на целите, посочени в член 8 от Рамковата директива (член 12, параграф 2 от Директива 2002/19), които националният регулаторен орган трябва да осъществи, прилагайки реалистични критерии от технологично и икономическо естество, с оглед на адекватната защита [27].

53. Общностното право не изисква въведения от законодателната власт на Република Полша автоматизъм напротив, то цели подходящото за всеки случай решение да се взема от независими органи след анализ на пазара [28].

54. Следователно начинът на действие на полската държава парализира динамизма, присъщ на този сектор, който се променя постоянно поради непрекъснатото развитие на електронните съобщения.

55. Предвид очакването конкуренцията да се развива с различни темпове в различните сегменти на пазара и в различните държави членки, не трябва да се подценява възможността за връщане назад и за тази цел националните регулаторни органи следва да могат да облекчават нормативните задължения, когато конкуренцията дава желаните резултати (съображение 13 от Директивата за достъпа) [29].

27 — Член 12, параграф 2 се позовава на техническата и икономическата жизнеустойчивост на използването или изграждането на конкурентна инфраструктура в светлината на темповете на развитие на пазара, като вземат предвид характера и типа на съответната взаимосвързаност или достъпа, на осъществимостта на достъпа, на първоначалната инвестиция от собственика, на необходимостта от дългосрочно запазване на конкуренцията, както и на евентуалните права на интелектуална собственост и на предоставянето на общоевропейски услуги.

28 — Член 16, параграф 3 от Рамковата директива дори изисква задълженията, посочени в параграф 2 (сред които фигурират чрез препращане тези по член 8 от Директивата за достъпа), да не се налагат или поддържат, когато националният орган заключи, че пазарът е ефективно конкурентен.

29 — Член 8 от Директивата за достъпа, макар и в сферата на различни задължения (тези по членове 9—13), предвижда, че националните регулаторни органи могат да изменят или да оттеглят тези задължения.

56. Полският закон е в противоречие с тази нужда от гъвкавост, понеже предвиждайки такива резерви, замразява равнището на регламентиране и това пречи на независимия регулаторен орган да потуши пожара на намесата.

57. Директивата за достъпа систематизира задълженията на всички оператори, като спазва принципите на прозрачност и публичност [30], макар да поставя ударението върху тези, които се отнасят до предприятия със „значителна пазарна сила“ [31]. Последният израз според мен онагледява прехода от монопол към отвореност и е по-подходящ от израза „господстващо положение“ в контекст, лишен от меркантилистичен оттенък.

58. Макар предоставянето на взаимосвързаност да е дефинирано общо, липсва симетричност в условията за упражняването ѝ, които варират според пазарната сила на предприятието, като се има предвид, че от самото начало за предприятия, които разполагат със значителна пазарна сила, не се изисква допълнителен анализ на пазара [32], а обосноваване с оглед на адекватността [33].

59. Действително, член 8 от Директивата за достъпа се позовава изрично на понятието „оператор [...] притежаващ значителна пазарна сила на конкретен пазар“ и към него препращат други разпоредби на Директивата.

60. Член 4 от нея обуславя предлагането на достъп и на взаимосвързаност от задълженията, наложени от националните регулаторни органи съгласно член 8.

61. Член 12, който предвижда задължението за добросъвестно водене на преговорите, също придобива нормативната си сила от цитирания член 8, тъй като изискванията на националните регулаторни органи трябва да са в съответствие с тази разпоредба.

30 — Saracci, F., in *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications:exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Atelier nacional de reproduction de thèses, 2004, p. 97, подчертава, че далекосъобщенията се подсилват от класическите принципи на общностното право като принципа на равенство и на недопускане на дискриминация, квалифицирани от Съда като основни права (Решение от 19 октомври 1977 г. по дело Ruckdeschel и др. (117/76 и 16/77, Recueil, стр. 1753) и Решение от 15 юни 1978 г. по дело Defrenne (149/77, Recueil, стр. 1365).

31 — Член 14, параграф 2 от Рамковата директива придава такъв характер на предприятие, което самостоятелно или съвместно с други има положение, равностойно на господстващо, т.е. положение на икономическа сила, даваща му възможността да действа в осезателна степен независимо от конкурентите, клиентите и в крайна сметка потребителите.

32 — Предвидено общо от член 16 от Директива 2002/21.

33 — Съображение 15 от Директива 2002/19.

62. Тази двойственост на режима в зависимост от пазарната мощ на предприятията не присъства в полския закон.

63. Освен това фактът, че за целите на член 4, параграф 1 от Директива 2002/19 понятията „достъп“ [34] и „взаимосвързаност“ [35] се приравняват, подкрепя тезата за неизпълнение [36].

64. Взаимосвързаността се отнася до отношенията между частноправни лица, по характер се доближава до институт на частното право [37] и представлява механизъм за взаимодействие на мрежи с различна концепция.

65. От своя страна понятието за достъп предизвиква по-широки правни последици от самата връзка между инфраструктури, понеже съдържа предоставянето на съвкупност от инфраструктури или услуги и в крайна сметка включва „взаимосвързаността“, представляваща специфична форма на достъп, която се прилага между операторите на обществени мрежи (член 2, буква б), накрая, от Директива 2002/19).

66. В този контекст спорната норма не съответства на принципа на минимална намеса, отразяващ принципа на пропорционалност, чиито очертания са ясно определени в практиката на Съда [38], и основаващ се на адекватността, необходимостта и съотношението между разходи и печалба.

67. Доводът на полското правителство относно мирното приемане на неговата нормативна уредба от предприятията за далекосъобщения е ирелевантен, защото частноправните лица не могат да контролират точното спазване на общностното право по същия начин както обикновените

34 — Дефинирано в член 2, буква а) от Директива 2002/19.

35 — Член 2, буква б) от Директива 2002/19 уточнява неговото съдържание.

36 — Изненадващо е, че самият полски закон за далекосъобщенията в член 2, точка 6, буква а) описва връзката като един от елементите на достъпа.

37 — Saracci, F., цит. съч., стр. 106, и Strubel, X., *Breves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécomunications*, Lex Electronica, № 4/1998 г., на www.lex-electronica.org.

38 — Сред най-ранните решения следва да се подчертаят Решение от 17 декември 1970 г. по дело Internationale Handelgesellschaft (11/70, Recueil, стр. 1125), Решение от 24 октомври 1973 г. по дело Balkan-Import-Export (5/73, Recueil, стр. 1091), Решение от 28 октомври 1975 г. по дело Rutili (36/75, Recueil, стр. 1219), Решение от 7 юли 1976 г. по дело Watson и Belmann (118/75, Recueil, стр. 1185), Решение от 5 юли 1977 г. по дело Bela-Mühle Bergmann (114/76, Recueil, стр. 1211), Решение от 20 февруари 1979 г. по дело Buitoni (122/78, Recueil, стр. 677), Решение от 21 юни 1979 г. по дело Atalanta Amsterdam (240/78, Recueil, стр. 2137) и Решение от 13 декември 1979 г. по дело Hauer (44/79, Recueil, стр. 3727).

административни практики, по своето естество подлежащи на изменение от администрацията и лишени от подходяща публичност, не гарантират правилното транспониране на една директива [39].

68. Следователно механизмите, въведени от Директивата за достъпа и механизмите, създадени с полския закон за далекосъобщенията, са различни. Последният се отклонява от своя образец, превръщайки изключението в правило, като третира възможността националният орган да изисква договаряне на взаимосвързаността по същия начин както общо задължение за сключване на договор за достъп и освен това налага задължение за намеса, което регулаторният орган не може нито да оттегли, нито да измени. По тези съображения първото правно основание, посочено от Комисията, следва да бъде уважено.

В — *По второто основание за неизпълнение*

69. Комисията поддържа, че съгласно член 5, параграф 1 от Директивата за достъпа на националния регулаторен орган трябва да бъде предоставено правомощието да се намесва по конкретен начин в подкрепа на целите, посочени в член 8 от Рамковата директива, чрез определяне на прозрачни, пропорционални и недискриминационни условия, и твърди, че полският закон не предоставя тези изключителни правомощия.

70. Разрешението отново трябва да се търси в Директива 2002/21, член 8 от която е в началото на глава трета, посветена на „задачите на националните регулаторни власти“ [40].

71. Макар да съм съгласен с правителството ответник, че член 8 от Рамковата директива е изключително общ, използваната законодателна техника, и по-конкретно тази на директивите, понякога води до висока степен на абстрактност, за да се остави достатъчно свобода на действие за държавите членки и по този начин да се запази ефективността ѝ.

72. Във всеки случай, параграфи 2—4 от посочения член 8 систематизират съответно целите за запазване на конку-

39 — Решение на Съда от 13 март 1997 г. по дело Комисия/Франция (C-197/96, Recueil, стр. I-1489), Решение от 9 март 2000 г. по дело Комисия/Италия (C-358/98, Recueil, стр. I-1255) и Решение от 10 март 2005 г. по дело Комисия/Обединено кралство (C-33/03, Recueil, стр. I-1865).

40 — Член 5 от Директива 2002/19 препраща към целите по член 8 от Директива 2002/21.

ренцията в електронните съобщителни мрежи, развитието на вътрешния пазар и подкрепата на интересите на гражданите на Европейския съюз.

73. В точка 81 от своето неотдавнашно решение от 31 януари 2008 г.[41] Съдът открива в член 8 от Рамковата директива задължение за националните регулаторни власти да предприемат всички разумни мерки, насочени към постигането на ефективна и безпрепятствена конкуренция. Тази констатация не подкрепя чисто програмния характер, който Полша настоятелно придава на тази разпоредба.

74. В този контекст еднаквото прилагане на общностното право и принципът на равенството изискват смисълът и обхватът на тази разпоредба също да бъдат тълкувани еднакво, особено при липсата на изрично препращане към националното право[42].

75. Съдебната практика пояснява, че транспонирането във вътрешния правов ред не изисква непременно формално и буквално възпроизвеждане на европейската правна норма — достатъчно е правният контекст да гарантира нейното пълно прилагане по ясен и точен начин[43].

76. Довоът, че в държавата членка не се извършват дейности, несъвместими с общностните разпоредби, не може да оправдае липсата на приложими разпоредби в националния закон[44].

77. За да се разреши проблемът, трябва да се подчертае, че член 5, параграф 1 от Директивата за достъпа налага на регулаторните органи постоянното задължение[45] да анализират пазара, за да насърчават и гарантират подходящ достъп и взаимосвързаност, както и оперативност на услугите.

78. Следователно оправомощаването, липсата на което Комисията критикува,

41 — Решение по дело Centro Europa 7 (C-380/05, Сборник, стр. I-349).

42 — Решение на Съда от 18 януари 1984 г. по дело Ekro (327/82, Recueil, стр. 107), Решение от 19 септември 2000 г. по дело Linster (C-287/98, Recueil, стр. I-6917) и Решение от 18 октомври 2007 г. по дело Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Сборник, стр. I-8817).

43 — Решение на Съда от 27 април 1988 г. по дело Комисия/Франция (252/85, Recueil, стр. 2243).

44 — Решение на Съда от 15 март 1990 г. по дело Комисия/Нидерландия (C-339/87, Recueil, стр. I-851).

45 — По този въпрос споделям доводите на полското правителство.

няма за цел само да позволи евентуалните изолирани действия на регулаторните органи, но и да предостави контролно правомощие, обстоятелство, което не се споменава в исковата молба.

79. Член 5 от Директива 2002/19 предвижда „по-конкретно“ поредица от задължения, чието спазване регулаторните органи трябва да са в състояние да налагат за гарантиране на връзка от край до край и достъпа на крайните потребители до цифрови радио- и телевизионни разпръсквателни услуги (член 5, параграф 1, втора алинея).

80. Тези задължения обаче не са предвидени стриктно, а достатъчно широко, за да възложат на регулаторните органи отговорността за тяхното определяне при условия на ефективност, на устойчива конкуренция и на максимална полза за потребителите.

81. В подкрепа на тази теза е Решение на Съда от 13 декември 2001 г.[46], което изследва правомощията на тези органи в контекста на Директива 97/33/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 30 юни 1997 г. относно взаимната свързаност в далекосъобщенията с оглед осигуряване на универсална услуга и оперативна съвместимост чрез прилагане на принципите на предоставяне на отворена мрежа (ONP)[47].

82. Това решение[48], което засяга Кралство Испания, предлага на Република Полша защита, по-малко ефимерна от тази, която Фредерик Шопен е открил заедно с Жорж Санд в манастира Jesús Nazareno de Valldemosa[49], защото на основата на един вид положителна връзка[50] на националните администрации с Директива 97/33, то им признава разширени правомощия, така че освен да насърчи споразуменията, договорени между конкуренти, те определят ex ante[51] и достъпа на абоната до линия и взаимосвързаност в превключвателните станции на местно и на по-високо равнище.

46 — Решение по дело Telefónica de España SA (C-79/00, Recueil, стр. I-10075).

47 — OB L 199, стр. 32.

48 — В което Съдът е последвал заключението на генералния адвокат Jacobs, представено на 21 юни 2001 г.

49 — Знаменитата двойка заедно с децата на писателката се установява в Майорка през есента на 1838 г. с надеждата да се радва на мека зима, която да донесе облекчение на полския музикант, който страда от туберкулоза. Безмилостното време обаче, и по-специално влажността, предизвиква предсрочното им отпътуване през февруари 1839 г., но не и преди Шопен да е напреднал в композирането на своите 24 прелюдии, *оп.* 28 и след получаването от Париж, преминавайки през досадни митнически формалности, на поръчаното от него пиано „Pleyel“. Жорж Санд отразява в интимна и романтична атмосфера преживяванията си на острова в *Un hiver à Majorque*, Ed. Cort, 2004.

50 — Която можем да опишем като „всичко, което не е забранено от Директивата, е разрешено“.

51 — Предвид значителната пазарна сила.

83. Предвид това развитие, което показва неопределения характер на правомощията на регулаторните органи, доводът на Комисията се явява недостатъчно доказан [52] и е несъвместим с твърдяното неполагане на дължимата грижа при транспонирането на член 5 от Директивата за достъпа, защото съгласно изложеното членове 26—30 от полския закон за далекосъобщенията предоставят на регулаторния орган широки възможности за намеса [53].

84. Освен това, макар да съм съгласен с ищеца, че тези правомощия не би следвало да са обусловени от съществуването на предходен спор между оператори, от Директивата за достъпа не може да се изведе забрана в този смисъл, защото, въпреки че членове 26—30 от полския закон са ограничени до сферата на административна процедура, същото не се отнася до член 45 от него, който призовава изрично председателя на UKE да налага нормативните задължения, абсолютно необходими за осъществяването на целите, посочени в член 1, параграфи 2 и 3 от Закона за далекосъобщенията, които съответстват на описаните в член 8 от Рамковата директива.

85. Следователно не споделям второто основание за неизпълнение, посочено от Комисията, тъй като целите, прокламирани по общ начин от общностното право [54], намират отговор в съвкупността от разпоредби, съдържащи се членове 26—30 и 45 от спорния национален закон.

V — По съдебните разноски

86. Съгласно член 69, параграфи 2 и 3 от Процедурния правилник ако искът е частично уважен, Съдът може да разпредели разноските или да реши всяка страна да понесе направените от нея разноски.

87. По съображения за справедливост, при уважаването само на едно от основанията, посочени от Комисията срещу Република Полша, предлагам всяка страна да понесе направените от нея разноски.

52 — По иск за неизпълнение с предмет, сходен на този на настоящото дело, в Решение на Съда от 10 януари 2008 г. по дело Комисия/Финландия (C-387/06, Сборник, стр. I-1*, резюме) е отхвърлен доводът, че националната правна уредба ограничава правомощията на регулаторния орган, защото Комисията не я е разгледала подробно, нито е доказала, че националният орган не е могъл да приема подходящите мерки за осъществяване на целите по член 8 от Рамковата директива.

53 — Като оставим настрана факта, че тези разпоредби нарушават Директивата, което именно обосновава уважаването на първото основание за неизпълнение.

54 — Подчертавам член 5 от Директива 2002/19, във връзка с член 8 от Директива 2002/21.

VI — Заключение

88. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда следното решение:

1. Установява, че като е наложила ex lege на всички далекосъобщителни оператори задължението да преговарят за сключване на договор за достъп, Република Полша не е изпълнила задълженията си по член 4, параграф 1 от Директива 2002/19/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно достъпа до електронни съобщителни мрежи и тяхната инфраструктура и взаимосвързаността между тях.

2. Отхвърля иска в останалата му част.

3. Всяка страна понася направените от нея разноски.