KOHTUJURISTI ETTEPANEK

M. POIARES MADURO

esitatud 23. aprillil 2009 [1]

1. Telekommunikatsioonisektorit reguleerib ühenduse raamistik, millel on mitu eesmärki, eelkõige konkurentsi tagamine. Sisse on seatud institutsiooniline töökorraldus, mille kohaselt riikide reguleerivatele asutustele on antud nende eesmärkide elluviimine ning volitus vajaduse korral sekkuda märkimisväärse turujõuga telekommunikatsiooniettevõtjatele kohustuste kehtestamise teel.

2. Käesoleva kohtuasja ese on sisuliselt liikmesriikide kaalutlusruum ühenduse reguleeriva raamistiku rakendamisel: esiteks liikmesriikide vabadus piirata regulatsiooni kohaldamist tundlike turgude, täpsemalt uute turgude suhtes, ja teiseks liikmesriikide vabadus suunata riigi reguleerivate asutuse sekkumist teatavate reguleerimise eesmärkide, näiteks investeerimise ja uuenduste edendamise osas.

1 – Algkeel: inglise.

I. Faktilised ja õiguslikud asjaolud

3. Telekommunikatsioonisektori suhtes kehtivast ühenduse reguleerivast raamistikust on käesolevas kohtuasjas asjassepuutuvad järgmised õigusaktid: raamdirektiiv, [2] juurdepääsu käsitlev direktiiv [3] ja universaalteenuse direktiiv. [4]

4. Asjakohane Saksa õigusakt on telekommunikatsiooniseadus (Telekommunikationsgesetz, edaspidi „TKG"). [5] Kuigi TKG-ga võetakse põhiliselt üle ühenduse reguleeriv raamistik, tehti sellesse ka kaks uusi turge puudutavat muudatust, millest tõusetub käesolev kohtuasi. [6]

2 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiv 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (raamdirektiiv) (EÜT 2002 L 108, lk 33; ELT eriväljaanne 13/29, lk 349).

3 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiv 2002/19/EÜ elektroonilistele sidevõrkudele ja nendega seotud vahenditele juurdepääsu ja vastastikuse sidumise kohta (juurdepääsu käsitlev direktiiv) (EÜT 2002 L 108, lk 7; ELT eriväljaanne *13/29, lk 323*).

4 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiv 2002/22/EÜ universaalteenuse ning kasutajate õiguste kohta elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste puhul (universaalteenuse direktiiv) (EÜT 2002 L 108, lk 1; ELT eriväljaanne *13/29, lk 367).*

5 – 22. juuni 2004. aasta telekommunikatsiooniseadus (Telekommunikationsgesetz), *BGB1.* 2004 I, lk 1190.

6 – 18. veebruari 2007. aasta telekommunikatsiooniõiguslike sätete muutmise seadus (Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften), *BGB1.* 2007 I, lk 106.

5. Need TKG muudatused vabastavad uued turud reguleerimisest, välja arvatud juhul, kui selline reguleerimine on vajalik pikaajalise konkurentsi huvides. Samuti on neis sätestatud, et Saksamaa reguleeriv asutus,[7] analüüsides, kas reguleerimine on vajalik, peab pöörama erilist tähelepanu eesmärgile edendada investeerimist infrastruktuuri ja uuendusi.

6. Käesoleva kohtuasja asjaoludest ülevaate andmiseks vaatlen ma ühenduse reguleeriva raamistiku asjakohastele sätetele viidates kõigepealt reguleerimise eesmärke (A) ning seejärel menetluslikke küsimusi: läbipaistvusrežiimi, koostöösüsteemi riikide reguleerivate asutuste ja komisjoni vahel, turu määratlemist ja turuanalüüsi (B). Pärast seda kirjeldan üksikasjalikumalt TKG-d (C). Lõpuks vaatlen lühidalt mõnda kohtueelse menetlusega seotud sündmust (D).

A. *Ühenduse reguleeriva raamistiku eesmärgid*

7. Raamdirektiivi artikli 7 lõikes 1 on sätestatud, et ühenduse reguleerivast raamistikust tulenevate ülesannete täitmisel võtavad riigi reguleerivad asutused „täiel määral" arvesse artiklis 8 sätestatud eesmärke.

8. Raamdirektiivi artikli 8 lõikes 1 on sätestatud, et liikmesriigid „tagavad", et riigi reguleerivad asutused võtavad kõik mõistlikud meetmed, mille eesmärk on saavutada need eesmärgid.

9. Seejärel on raamdirektiivi artikli 8 lõikes 2 loetletud esimene rühm eesmärke, mis on seotud konkurentsi tagamisega:

„Riigi reguleerivad asutused toetavad konkurentsi elektrooniliste sidevõrkude, elektrooniliste sideteenuste ning nendega seotud vahendite ja teenuste pakkumisel muu hulgas järgmiselt:

a) tagades, et kasutajad, sealhulgas puuetega kasutajad saavad maksimaalselt kasu valiku-, hinna- ja kvaliteeditingimustest;

7 – Bundesnetzagentur.

b) tagades, et elektroonilise side sektoris ei moonutata ega piirata konkurentsi;

c) soodustades tulemuslikku investeerimist infrastruktuuridesse ja toetades uuendusi ning

d) soodustades raadiosageduste ja numeratsiooniressursside tulemuslikku kasutamist ja kindlustades nende tõhusa haldamise."

10. Raamdirektiivi artikli 8 lõigetes 3 ja 4 on loetletud kaks muud eesmärkide rühma, mille eesmärk on vastavalt aidata kaasa siseturu arengule ning kaitsta ühenduse kodanike huve.

11. Juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 8 lõige 4 ning universaalteenuse direktiivi artikli 17 lõige 2 viitavad raamdirektiivi eesmärkidele. Need eesmärgid on aluseks neis artiklites viidatud kohustustele, mida võib kehtestada märkimisväärse turujõuga ettevõtjatele. [8]

12. Raamdirektiivi artikli 15 lõikes 2 on antud komisjonile ülesandeks võtta vastu „kooskõlas konkurentsiõiguse põhimõtetega" turuanalüüsi ja märkimisväärse turujõu hindamise suunised (edaspidi „komisjoni suunised"). [9]

13. Raamdirektiivi põhjenduses 27 on deklareeritud, et komisjoni suunistes tuleb tähelepanu pöörata uutel turgudel regulatiivsete kohustuste kehtestamise küsimusele:

„[komisjoni suunistes] tuleb tähelepanu pöörata ka uutele tekkivatele turgudele, kus turuliidril on tegelikult tõenäoliselt oluline

8 – Tasub loetleda mõned neist kohustustest, et mõista, milline majanduslik mõju võib neil olla adressaatidele: juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 8 lõige 4 viitab muu hulgas teatavatele võrguvahenditele juurdepääsu võimaldamise ja nende kasutamise ning hinnakontrolli ja kuluarvestuse kohustustele; universaalteenuse direktiivi artikli 17 lõige 2 sisaldab kohustusi, mis võivad kaasa tuua jaemüügi hinnalae, individuaalsete tariifide kontrolli või tariifide orienteerimise kuludele või võrreldavate turgude hindadele.

9 – Komisjoni suunised turuanalüüsi ja olulise turuvõimu hindamise kohta vastavalt ühenduse elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste reguleerivale raamistikule (EÜT 2002, C 165, lk 6).

turuosa, kuid kus talle ei tohiks kehtestada põhjendamatuid kohustusi."

14. Komisjoni suuniste punktis 32 on uutele turgudele tähelepanu pööratud korrates raamdirektiivi põhjendust 27 ning lisades järgmise põhjenduskäigu:

„Põhjus on selles, et eelregulatsiooni enneaegne kohaldamine võib mõjuda kahjulikult konkurentsitingimuste kujunemisele uutel ja tekkivatel turgudel. Samas tuleks takistada selliste tekkivate turgude täielikku minekut turuliidrist ettevõtja kätte. Võtmata seisukohta konkurentsiasutuste sekkumise sobivuse kohta üksikutel juhtudel, peaksid riigi reguleerivad asutused tagama, et nad saavad täielikult põhjendada igasugust varast eelsekkumist tekkivatel turgudel, eriti kuna neil on alati õigus sekkuda hilisemas etapis seoses asjaomaste turgude regulaarse hindamisega."

15. Samuti on raamdirektiivi artikli 15 lõikes 1 antud komisjonile ülesandeks võtta vastu soovitus, milles määratletakse „konkurentsiõiguse põhimõtete kohaselt" turud, millel võib kehtestada regulatiivseid kohustusi juurdepääsu käsitleva direktiivi ja universaalteenuse direktiivi alusel (edaspidi „komisjoni soovitus"). [10]

16. Komisjoni soovituse põhjenduses 15 on märgitud seoses regulatiivsete kohustuste kohaldamisega uutel turgudel:

„uute ja tärkavate turgude suhtes, mille puhul turuvõim võib eksisteerida tänu „esimese käigu tegija" eelistele, ei tuleks põhimõtteliselt eelnevat reguleerimist kasutada."

B. *Läbipaistvusrežiim, koostöösüsteem, turu määratlemine ja turuanalüüs*

17. Raamdirektiivi artikliga 6 on loodud läbipaistvusrežiim huvitatud pooltele. Riigi reguleerivad asutused peavad reeglina andma huvitatud pooltele võimaluse esitada meetme eelnõu kohta oma seisukohad, avaldama siseriikliku konsulteerimiskorra, mida

10 – Komisjoni soovitus elektroonilise side sektori asjaomaste toodete ja teenuste turgude kohta, mille puhul tuleb kaaluda eelnevat reguleerimist vastavalt Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivile 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (ELT 2003, L 114, lk 45).

rakendavad riigi reguleerivad asutused, ning avalikustama taoliste menetluste tulemused.

18. Raamdirektiivi artikli 7 lõikega 2 on sisse seatud riikide reguleerivate asutuste vahelise ning nende ja komisjoni vahelise koostöö süsteem, et tagada reguleeriva raamistiku „järjepidev kohaldamine".

19. Raamdirektiivi artikli 7 lõigetes 3 ja 5 on täpsemalt määratletud, milline peab olema selle koostöö vorm. Kui riigi reguleeriv asutus kavatseb võtta meetme, mis kuulub muu hulgas raamdirektiivi artikli 15 või artikli 16 reguleerimisalasse ja mis samuti mõjutaks liikmesriikidevahelist kaubandust, peab ta teatama sellest teistele riikide reguleerivatele asutustele ja komisjonile. Tema meetme eelnõu koos meetme aluseks olevate põhjendustega peab tegema kättesaadavaks teiste liikmesriikide reguleerivatele asutustele ja komisjonile arvamuste esitamiseks. Asjaomane riigi reguleeriv asutus peab neid arvamusi kaaluma ja kui ta jätkab meetme eelnõu menetlusega, peab ta sellest komisjonile teatama.

20. Raamdirektiivi artiklid 15 ja 16 käsitlevad turu määratlemist ja turuanalüüsi, mille suhtes tuleb koostööd teha.

21. Raamdirektiivi artikli 15 lõige 3 käsitleb turu määratlemist riigi reguleerivate asutuste poolt:

„[K]omisjoni soovitust ja [komisjoni] suuniseid täies ulatuses arvesse võttes määratlevad riigi reguleerivad asutused kooskõlas konkurentsiõiguse põhimõtetega riigi olukorrale vastavad asjaomased turud, eelkõige nende territooriumil paiknevad asjaomased geograafilised turud. […]"

22. Raamdirektiivi artikli 16 lõigetes 1 ja 2 on sätestatud, et pärast asjaomaste turgude määratlemist peavad riigi reguleerivad asutused neid turge analüüsima, võttes arvesse komisjoni suuniseid (ja vajaduse korral koostöös riigi konkurentsiasutustega). Kui riigi reguleeriv asutus peab tegema otsuse kohustuse kohta vastavalt juurdepääsu käsitlevale direktiivile või universaalteenuse direktiivile, peab ta kindlaks tegema, kas asjaomane turg tegutseb konkurentsinõuete kohaselt.

23. Raamdirektiivi artikli 16 lõiked 3 ja 4 hõlmavad olukorda, kus riigi reguleeriv asutus jõuab järeldusele, kas turg tegutseb konkurentsinõuete kohaselt või mitte. Kui leitakse, et turg tegutseb konkurentsinõuete kohaselt, ei tohi riigi reguleeriv asutus kehtestada ega säilitada artikli 16 lõikes 2 osutatud kohustusi ning peab tühistama olemasolevad. Vastupidisel juhul peab riigi reguleeriv asutus määratlema ettevõtted, kellel on märkimisväärne turujõud, ning sellised kohustused kehtestama, säilitama või muutma.

24. Raamdirektiivi artikli 7 lõige 4 annab komisjonile vetoõiguse riigi reguleeriva asutuse teatavate meetmete suhtes. Need meetmed peavad kas määratlema turu, mis erineb komisjoni soovituses määratletud turgudest, või otsustama, kas ettevõtjal on märkimisväärne turujõud muu hulgas artikli 16 lõigete 3 ja 4 alusel; lisaks peavad sellised meetmed mõjutama liikmesriikidevahelist kaubandust. Komisjon peab tõendama, et kavandatav meede loob takistusi ühtsel turul või et tal on tõsiseid kahtlusi, kas meede vastab ühenduse õigusnormidele ja eelkõige artiklis 8 nimetatud eesmärkidele. Sellisel juhul lükatakse meetme eelnõu vastuvõtmine esmalt edasi ja, kui komisjon nii otsustab, peab riigi reguleeriv asutus meetme eelnõu tühistama, kui seda ei ole võimalik vastu võtta arvestades konkreetseid ettepanekuid selle muutmiseks.

25. Artikli 7 lõikega 6 on sisse seatud kiirmenetlus, mida kohaldatakse erandlike asjaolude korral eespool kirjeldatud koostöösüsteemile.

C. *TKG*

26. TKG §-s 2 on loetletud selle õigusakti eesmärgid, mis põhiliselt sisaldavad raamdirektiivi artiklis 8 ette nähtud eesmärke.

27. TKG § 9 lõigetes 1 ja 2 on sätestatud, et see õigusakt kehtib turgude suhtes, mis vastavad §-s 10 nimetatud tingimustele ning mille suhtes vastavalt §-le 11 tehtud turuanalüüsist ilmneb, et turg ei tegutse konkurentsinõuete kohaselt. Saksamaa reguleeriv asutus kehtestab regulatiivsed kohustused ettevõtjatele, kellel on nendel turgudel märkimisväärne turujõud.

28. TKG § 10 lõige 2 kirjeldab turutingimusi, mis tingivad reguleerimise (märkimisväärne takistus turule pääsemisel, tõhusa konkurentsi pikaajalised struktuursed takistused ning konkurentsiõiguslike kaitsevahendite ebapiisavus). Saksamaa reguleeriva asutuse ülesandeks on sellised turud määratleda, võttes arvesse komisjoni soovitust.

29. TKG § 11 lõike 1 ese on tõhusa konkurentsi hindamine (tõhus konkurents puudub, kui ühel või mitmel ettevõtjal on märkimisväärne turujõud). Saksamaa reguleeriva asutuse ülesanne on viia läbi turuanalüüs, võttes arvesse komisjoni suuniseid.

30. TKG §-ga 12 on kehtestatud menetlus, mis sisuliselt vastab raamdirektiivi artiklitega 6 ja 7 kehtestatud läbipaistvusrežiimile

ja koostöösüsteemile. TKG § 10 lõikes 3 ja § 11 lõikes 3 on sätestatud, et Saksamaa reguleeriv asutus peab kõnealuse menetluse kohaselt esitama oma turumääratluse ja turuanalüüsi tulemused komisjonile alati, kui need puudutavad liikmesriikidevahelist kaubandust.

31. Nagu juba mainitud, viidi TKG-sse sisse kaks muudatust, mis puudutasid uusi turge. Näib, et enne nende muudatuste vastuvõtmist oli pikaajaline Saksa telekommunikatsioonioperaator (Deutsche Telekom) lobinud, et lairibavõrk, mille ta kavatses rajada, vabastataks regulatiivsest sekkumisest (nimelt kohustuslikust juurdepääsust reguleeritud hindadega).

32. Kohtule nii kirjalikult kui kohtuistungil esitatud poolte seisukohtadest võib järeldada, et Saksa ühiskonnas toimus teatav arutelu uusi turgusid hõlmava „regulatsioonipuhkuse" üle. Mõned arutelus osalenud pidasid küsitavaks, kas automaatne vabastus on kooskõlas ühenduse õigusega. Poolte esitatud seisukohtadest ei ole võimalik kindlaks teha, kas mingi seisukoht jäi domineerima ja kas sellel oli otsustav mõju TKG-sse tehtud muudatustele.

33. Esimene TKG-sse tehtud muudatus oli § 3 lõige 12b ning selles on sätestatud uute turgude määratlus:

„„Uus turg" on selliste teenuste või toodete turg, mis on teadlikule ostjale märkimisväärselt erinevad käesoleval ajal pakutavatest teenustest või toodetest tõhususe, sortimendi, paljudele kasutajatele kättesaadavuse (massturuvõime), hinna või kvaliteedi osas ning mis lihtsalt ei asenda neid tooteid."

34. Teine TKG-sse tehtud muudatus oli § 9a, mille lõikes 1 on sätestatud uute turgude reguleerimisest vabastamise reegel ning lõikes 2 erand sellest reeglist:

„1. Kui järgmisest lõikest ei tulene teisiti, ei kohaldata uute turgude suhtes reguleerimist 2. osa tähenduses.

2. Kui teatavate asjaolude alusel võib oletada, et reguleerimise puudumine takistaks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist teenuste või telekommunikatsioonivõrkude valdkonnas, võib [Saksamaa reguleeriv asutus] erandina lõikest 1 kohaldada kooskõlas §-dega 9,

10, 11 ja 12 uue turu suhtes reguleerimist 2. osa tähenduses. Et hinnata reguleerimise vajadust ja erimeetmete kohaldamiseks võtab [Saksamaa reguleeriv asutus] eriti arvesse eesmärki edendada tulemuslikku investeerimist infrastruktuuridesse ja toetada uuendusi."

35. Need muudatused jõustusid 18. veebruaril 2007.

D. *Kohtueelne menetlus*

36. Olles olnud seoses TKG täiendustega ühenduses Saksamaaga, kuid enne nende muudatuste jõustumist, otsustas komisjon 20. detsembril 2006 algatada käesoleva rikkumismenetluse.

37. Komisjon saatis 26. veebruaril 2007 Saksamaale märgukirja, milles väitis, et TKG täiendused ei ole kooskõlas ühenduse reguleeriva raamistikuga. Samal päeval avaldas komisjon ka pressiteate, milles kuulutas, et tal on „kavatsus pöörduda niipea kui võimalik vaidluse lahendamiseks Euroopa Ühenduste Kohtusse".

38. Kuna ta ei olnud rahul Saksamaa vastusega märgukirjale ning sellele järgnenud põhjendatud arvamusele, esitas komisjon käesolevas asjas hagi EÜ artikli 226 alusel.

II. Vastuvõetavus

39. Saksamaa vaidlustab käesolevas asjas esitatud hagi vastuvõetavuse. Tema esimene vastuväide põhineb asjaolul, et komisjon otsustas algatada rikkumismenetluse enne, kui TKG täiendused olid jõustunud.

40. See asjaolu tuleb siiski tähelepanuta jätta. Saksamaa sai komisjoni märgukirja kätte pärast seda, kui TKG täiendused olid jõustunud. Seega oli Saksamaale vastavalt EÜ artiklile 226 antud võimalus esitada oma

seisukoht rikkumise kohta, mis väidetavalt oli juba alanud. [11]

41. Teiseks väidab Saksamaa, et komisjoni kavatsus pöörduda niipea kui võimalik vaidluse lahendamiseks Euroopa Kohtusse, mida väljendati pressiteates samal päeval märgukirja saatmisega, ei austa tema kaitseõigust.

42. Komisjoni kannatamatus on kahetsusväärne, eriti arvestades tema kohustust teha liikmesriikidega lojaalset koostööd. [12] See ei ole siiski piisav, et järeldada, justkui ei oleks komisjon kohaselt kaalunud Saksamaa poolt vastuseks märgukirjale ja põhjendatud arvamusele esitatud seisukohti. Käesolevas kohtuasjas esitatud hagi on sellisena vastuvõetav.

III. Hinnang

43. TKG muudatustega on Saksamaa piiranud reguleerimise kohaldamist uute turgude suhtes. TKG § 3 lõikes 12b on määratletud uus turg. Seejärel on need turud § 9a lõike 1 alusel põhimõtteliselt vabastatud reguleerimisest. Vastavalt TKG § 9a lõikele 2 kohaldatakse reguleerimist vaid siis, kui ilma selleta takistataks pikaajalist konkurentsi; reguleerimisvajadust hinnates peab Saksamaa reguleeriv asutus pöörama erilist tähelepanu investeeringute ja uuenduste stiimulitele – seda eriti siis, kui ta kehtestab kohustusi märkimisväärse turujõuga ettevõtjatele.

44. Komisjon väidab, et TKG § 3 lõige 12b ja § 9a kehtestamisega on Saksamaa rikkunud oma kohustusi, mis tulenevad mitmest ühenduse reguleeriva raamistiku sättest, täpsemalt raamdirektiivi artiklist 6, artiklist 7, artikli 8 lõigetest 1 ja 2, artikli 15 lõikest 3 ja artiklist 16, juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 8 lõikest 4 ning universaalteenuse direktiivi artikli 17 lõikest 2.

45. Need väidetavad rikkumised saab rühmitada kahte küsimuste ringi, millest esimene hõlmab piirava regulatsiooni materiaalõguslikku mõju ning teine selle menetluslikke tagajärgi.

46. Materiaalõiguslikud küsimused puudutavad Saksamaa kaalutlusruumi ühenduse reguleeriva raamistiku ülevõtmisel:

11 – Vt 15. veebruari 2001. aasta otsus kohtuasjas C-230/99: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2001, lk I-1169, punkt 32).

12 – Vt kohtujurist Mischo 28. mai 2002. aasta ettepanek kohtuasjas C-120/01: komisjon *vs.* Iirimaa, milles otsus tehti 16. detsembril 2004. aastal (EKL 2002, lk I-6739, ettepaneku punkt 50).

– kas Saksamaa võib kehtestada reegli, millega uued turud vabastatakse reguleerimisest;

– kas Saksamaa võib piirata Saksamaa reguleeriva asutuse kaalutlusõigust selliselt, et annab uutele turgudele sekkumise puhul teatavale õiguslikule eesmärgile eelisõiguse?

kaalutlusruumi piires seaduslikult. Kui mitte, siis ei ole nende menetluslike küsimustega seotud muud rikkumised enam asjakohased.

49. Seetõttu alustan analüüsi materiaalõiguslike küsimustega.

A. *Väidetav rikkumine, mis tuleneb uute turgude reguleerimisest vabastamise reegli kehtestamises*

47. Menetluslikud küsimused puudutavad seda, kui palju kõnealused TKG muudatused mõjutavad menetlustoiminguid, mis viivad Saksamaa reguleeriva asutuse otsuseni sekkuda või mitte sekkuda, nagu see on ette nähtud ühenduse reguleerivas raamistikus, sealhulgas läbipaistvusrežiimi, riikide reguleerivate asutuste ja komisjoni koostöösüsteemi, turu määratlemise ja turuanalüüsi osas.

50. TKG § 9a lõike 1 kohaselt on uued turud reguleerimisest vabastatud, kui TKG § 9a lõikes 2 sätestatud tingimused ei ole täidetud. Komisjoni väitel on selle reegli eesmärk eelistada Saksa pikaajalise telekommunikatsioonioperaatori investeeringut lairibavõrku sel teel, et kõrvaldatakse õigusliku sekkumise oht.

48. Need menetluslikud küsimused on vaja samas lahendada ainult juhul, kui Euroopa Kohus oma vastuses sisulistele küsimustele üleüldse nõustub, et Saksamaa tegutses ühenduse reguleeriva raamistiku ülevõtmisel oma

51. Euroopa Kohus on varem otsustanud, et sekkumine eraomandis olevatesse ettevõtmistesse vähendab otseselt stiimuleid neid ettevõtmisi arendada. Seetõttu on EÜ artikli 82 kohaselt ettevõtmisele kohustusliku juurdepääsu kehtestamine (parandusmeetmena

kuritarvitava tarnest keeldumise vastu) kohane vaid siis, kui on täidetud eriti ranged nõuded. [13] Samal põhjusel peab vastavalt ühenduse õigusele telekommunikatsioonisektoris kohustus alustada läbirääkimisi juurdepääsu võimaldamiseks olema proportsionaalne ja asjaomaste konkurentsitingimuste puhul tõeliselt vajalik. [14]

52. Seetõttu võib tõdeda, et reguleerimisega kaasnevad sekkumise võimalused vähendavad stiimuleid investeerida infrastruktuuri ja uuendustesse. [15] Seetõttu on täiesti loomulik, et pikaajaline telekommunikatsiooniooperaator ei suhtu reguleerimisse soosivalt; ning kui Saksamaa soovib edendada investeerimist telekommunikatsiooni infrastruktuuri, teeb ta hästi, kui neid muresid arvestab. Asi taandub poliitilisele valikule: et soosida investeerimist infrastruktuuri, tuleb piirata reguleerimist ja taluda märkimisväärse turujõu kõrvalmõju.

53. Tavalises olukorras võiks Saksamaa teha sellise poliitilise valiku, kuid mitte siis, kui ühendus on telekommunikatsioonisektoris kehtestanud õigusnormid. Sellisel juhul on ühenduse seadusandja juba otsustanud allutada selle valdkonna reguleerimisele koos kõikide sellega kaasnevate sekkumisvõimalustega. [16]

54. Telekommunikatsioonisektor hõlmab kahtlemata ka uusi turge, mis on määratletud TKG § 3 lõikes 12b. Seetõttu ei saa Saksamaa muuta ühenduse seadusandja otsust ja vabastada need uued turud reguleerimisest.

55. Samas väidab Saksamaa, et tegelikult sisaldub juba ühenduse reguleerivas raamistikus reegel uusi turge mitte reguleerida.

56. See ei ole nii. Raamdirektiivi põhjendus 27 hoiatab ainult uutel turgudel „põhjendama-

13 – Nimelt kogu konkurentsi kõrvaldamine, vt 26. novembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-7/97: Bronner *vs.* Mediaprint (EKL 1998, lk I-7791, punkt 41) ning stiimulitele avalduva mõju kohta kohtujurist Jacobsi 28. mai 1998. aasta ettepanek selles kohtuasjas, punkt 57.

14 – Vt 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-227/07: komisjon *vs.* Poola (EKL 2008, lk I-8403, punktid 40–44) ning kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomeri 10. juuni 2008. aasta ettepanek selles kohtuasjas, punktid 38 ja 39, milles tõdetakse, et „ei tohi põhjendamatult piirata turumajandust".

15 – Eriti võrreldes sekkumise võimalustega konkurentsiõiguse üldrežiimi raames.

16 – See ei tähenda, et reguleerimisel ei arvestataks investeerimise ja uuenduste stiimuleid, tegelikult, nagu on näidatud allpool, mõjutavad sellega seotud küsimused ühenduse reguleerivat raamistikku raamdirektiivi artikli 8 lõike 2 punkti c kaudu.

tute kohustuste" kehtestamise eest. [17] Seda on täpsustanud ainult komisjon: kõigepealt komisjoni suunistes ja seejärel komisjoni soovituses. On tõsi, et komisjoni soovituses väidetakse, et uusi turge ei peaks reguleerima, kuid minu hinnangul on komisjoni suunistes käsitletud neid küsimusi paremini ja põhjalikumalt.

57. Komisjoni suunistes on sedastatud, et reguleerimine võib häirida uute turgude tingimuste väljakujunemist, kuid samal ajal ei tohiks märkimisväärse turujõuga ettevõtjad nendele turgudele pääsemist algusest peale takistada. Seetõttu on riigi reguleerivatel asutustel neile turgudele sekkumisel eriline hoolsuskohustus, eriti arvestades võimalust lükata sekkumine edasi ajale, mil konkurentsitingimused on stabiliseerunud. Komisjoni soovitust ja selles olevat viidet tänu „esimese tegutseja" eelistele saavutatavale turujõule tuleb samuti lugeda selles kontekstis.

58. Seetõttu on ilmne, et mis puudutab uute turgude vabastamist reguleerimisest, siis ühenduse seadusandja eesmärk ei olnud liikuda pelgalt ettevaatlikust soovitusest edasi siduva õigusnormini.

17 – Põhjenduste tõlgendusliku väärtuse kohta vaata minu 17. detsembri 2008. aasta ettepanek kohtuasjas C-250/07: komisjon *vs.* Kreeka, milles kohtuotsus on veel tegemata, punkt 15.

59. Seetõttu ei võinud Saksamaa kehtestada uute turgude reguleerimisest vabastamise reeglit, nagu ta on teinud TKG § 9a lõikes 1.

B. *Väidetav rikkumine, mis tuleneb Saksamaa reguleeriva asutuse kaalutlusõiguse piiramisest sellega, et teatavale õiguslikule eesmärgile on omistatud esmatähtsus*

60. Saksamaa väidab siiski, et ta ei ole sellist üldist reguleerimisest vabastust kehtestanud. Ta argumenteerib, et TKG § 9a tuleb lugeda koos selle lõikega 2, milles on sätestatud reguleerimise eeldused – lõige 1 on lihtsalt nende tingimuste täitmata jätmise tagajärg. Selles suhtes väidab Saksamaa, et ta lihtsalt suunab – või nagu ta ise väljendab „eelnevalt struktureerib" – Saksamaa reguleeriva asutuse sekkumist uutele turgudele.

61. Taolise „eelneva struktureerimise" võtmeks on see, et TKG § 9a lõikes 2 nimetatakse ainsa eesmärgina investeeringute ja uuenduste edendamist. [18] See eesmärk vastab

18 – Teine TKG § 9a lõike 2 tingimus, mis komisjoni tähelepanu pälvis, oli see, et reguleerimise puudumine takistaks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist. Siiski on see tingimus nõutav mis tahes reguleerimise puhul vastavalt TKG § 10 lõikele 2 (pikaajalise tõhusa konkurentsi struktuursed takistused), mis peamiselt kordab komisjoni soovituste põhjendust 9 ning näib olevat kooskõlas reguleerimise proportsionaalse ja õige kohaldamisega (vt viide eespool 14. joonealuses märkuses).

raamdirektiivi artikli 8 lõike 2 punktile c, samas kehtivad TKG § 2 alusel endiselt ka raamdirektiivi artikli 8 ülejäänud eesmärgid. Saksamaa on seisukohal, et ühenduse reguleeriva raamistiku eesmärke võib tasakaalustada mitmel eri viisil ning tema seadusandja „juhendas" Saksamaa reguleerivat asutust selles osas, kuidas sellist tasakaalustamist teostada, omistades esmatähtsuse ühele teatavale eesmärgile. [19]

62. Saksamaa väidab, et sellised juhised mahuvad ühenduse regulatiivse raamistiku ülevõtmisel lubatud kaalutlusruumi piiridesse. [20] Küsimus on seega selles, kelle pädevusse kuulub ühenduse regulatiivse raamistiku kohaselt erinevate eesmärkide tasakaalustamine: kas riigi seadusandja pädevusse raamistiku ülevõtmisel või riigi reguleerivate asutuste pädevusse nende konkreetsete ülesannete täitmisel?

63. Pean rõhutama, et vastus ei sõltu konkreetsest eesmärgist. Võib-olla on Saksamaal õigus ja uute turgude juures tuleb erilist tähelepanu pöörata infrastruktuuri ja uuendustega seotud stiimulitele. Samas on sellise tasakaalustamise andmisel seadusandja pädevusse erinevad tagajärjed, kui oleksid selle andmisel riigi reguleerivate asutuste pädevusse. Riigi reguleerivad asutused on loodud ja neile on ühenduse reguleeriva raamistikuga antud konkreetsed volitused kindlal põhjusel: nad peavad olema kaitstud teatavate huvide eest ning tegema oma otsused ainult kõnealuses raamistikus sisalduvate kriteeriumide alusel.

64. Seetõttu leian, et reguleeriva raamistiku eesmärkide tasakaalustamine on riigi reguleerivate asutuste ülesanne. Raamdirektiivi artiklis 8 on nende eesmärkide poole püüdlemine – ja seega nende tasakaalustamine – sõnaselgelt antud riigi reguleerivate asutuste, mitte riigi seadusandja pädevusse.

65. See loob institutsioonidevahelise tööjaotuse, kus riigi seadusandja ülesanne on ainult tagada, et riigi reguleerivad asutused võtavad kõik nende eesmärkide saavutamiseks vajalikud meetmed, nagu Euroopa Kohus on mitmel puhul kinnitanud. [21] Isegi liikmesriikide sõltumatus riigi reguleerivate asutuste korraldamisel ja struktureerimisel on allutatud sellele püüdlusele. [22]

19 – Kohtuistungil esitas Saksamaa nüansseerituma argumendi: TKG § 9a lõige 2 on vajalik, et võimaldada Saksamaa reguleeriva asutuse kaalutlusõiguse kohtulikku kontrolli. Samas võrdub ühe eesmärgiga piiratud kohtulik kontroll juhisega omistada sellele eesmärgile esmatähtsus võrreldes teiste eesmärkidega.

20 – Siin viidatakse siduvatele juhistele. Tuleb märkida, et TKG § 10 lõikes 2 ja § 11 lõikes 1 on juba viidatud komisjoni soovitusele ja komisjoni suunistele, mis võimaldab nende mittesiduvate soovituste kohaldamist uute turgude suhtes.

21 – Vt 31. jaanuari 2008. aasta otsus kohtuasjas C-380/05: Centro Europa 7 (EKL 2008, lk I-349, punkt 81) ning eespool 14. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas komisjon *vs.* Poola, punkt 63. Euroopa Kohus otsustas 10. jaanuari 2008. aasta otsuses kohtuasjas C-387/06: komisjon *vs.* Soome, punkt 23, et komisjon peab esitama üksikasjalikult kõik riigi reguleeriva asutuse volitused tõendamaks, et raamdirektiivi artiklis 8 sätestatud reguleerimise eesmärkide poole püüdlemine on takistatud. Samamoodi nõustus Euroopa Kohus kohtuasjas komisjon *vs.* Poola tehtud otsuse punktis 66 sellega, et riigi reguleerivale asutusele oli antud „ulatuslik sekkumispädevus" raamdirektiivi artiklis 8 sätestatud eesmärkide poole püüdlemiseks.

22 – Vt 6. märtsi 2008. aasta otsus kohtuasjas C-82/07: Comision del Mercado de las Telecomunicaciones (EKL 2008, lk I-1265, punkt 24).

66. Sellega eeldatakse ühtlasi, et riigi reguleerivatel asutustel on konkreetsete hinnangute andmisel parem positsioon otsustamaks, kuidas neid erinevaid eesmärke tuleb nende maksimeerimiseks tasakaalustada. Teisisõnu mõjutaks riigi seadusandja otsus omistada esmatähtsus ühele teatavale eesmärgile faktiliselt viisi, kuidas ühenduse seadusandja kavatsuse kohaselt peaks turu hindamist läbi viima: seda peaksid tegema riigi reguleerivad asutused võttes juhtumipõhiselt arvesse erinevaid eesmärke. Ühenduse reguleerivas raamistikus sätestatud eesmärkide tähtsusjärjekorra määramise süsteemi puudumine ning sellest tulenev riigi reguleerivatele asutustele antud kaalutlusruum vastab seega täielikult ühenduse seadusandja tahtele.

67. Seega ei või Saksamaa piirata Saksamaa reguleeriva asutuse kaalutlusruumi uutele turgudele sekkumisel, seades sellele selliseid tingimusi, nagu on sätestatud TKG § 9a lõikes 2, millega omistatakse esmatähtsus ühele teatavale õiguslikule eesmärgile. [23]

68. Saksamaa on seega rikkunud oma kohustusi, mille aluseks on järgmised ühenduse reguleeriva raamistiku eesmärke sätestavad või neile viitavad õigusnormid: raamdirektiivi artikli 7 lõige 1 ja artikkel 8, juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 8 lõige 4 ja universaalteenuse direktiivi artikli 17 lõige 2. [24]

C. Väidetavad rikkumised läbipaistvusrežiimi, koostöösüsteemi, turu määratlemise ja turuanalüüsi osas

69. Kõik ülejäänud komisjoni poolt esitatud õigusnormid on seotud menetluslike toimingutega, mille tulemuseks on Saksamaa reguleeriva asutuse otsus vastavalt ühenduse reguleerivale raamistikule kas sekkuda või mitte ning mis puudutavad läbipaistvusrežiimi, riigi reguleerivate asutuste ja komisjoni koostöö süsteemi, turu määratlemist ning turuanalüüsi.

70. Kuna Saksamaa reguleeriva asutuse sekkumisega seoses on juba tuvastatud, et TKG muudatused ületasid Saksamaa kaalut-

23 – Seda järeldust on kinnitatud ka eespool 14. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas komisjon *vs.* Poola tehtud otsuse punktides 42–44. Selles kohtuasjas pidas Euroopa Kohus juurdepääsu käsitleva direktiivi ning eriti kohustuse püüelda juurdepääsu käsitleva direktiivi artiklis 8 sätestatud eesmärkide poole ebaõigeks ülevõtmiseks Poola otsust eelistada juurdepääsu võrgu infrastruktuuridele, jättes tähelepanuta konkreetsed konkurentsitingimused.

24 – Raamdirektiivi artikli 8 lõikele 1 vastavad sätted on ka juurdepääsu käsitlevas direktiivis ja universaalteenuse direktiivis – vastavalt artikkel 8 lõige 1 ja artikkel 17 lõige 1. Seda küsimust ei ole komisjon siiski Euroopa Kohtus tõstatanud.

lusruumi ühenduse reguleeriva raamistiku ülevõtmisel, ei ole tähtis, kas sellised muudatused rikuvad ka Saksamaa kohustusi eelnimetatud menetluslikes küsimustes.

IV. Ettepanek

Tuginedes eelnevale, teen Euroopa Kohtule ettepaneku tuvastada, et võttes vastu telekommunikatsiooniseadust muutvad § 3 lõike 12b ja § 9a, on Saksamaa Liitvabariik jätnud täitmata oma kohustused, mis tulenevad raamdirektiivi artikli 7 lõikest 1 ja artiklist 8, juurdepääsu käsitleva direktiivi artikli 8 lõikest 4 ja universaalteenuse direktiivi artikli 17 lõikest 2.