OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
M. POIARESA MADURA
przedstawiona w dniu 23 kwietnia 2009 r. [1]

I — Okoliczności faktyczne i prawne

1. Sektor telekomunikacji uregulowany jest za pomocą wspólnotowych ram prawnych tak, by spełniał szereg celów, w szczególności cel polegający na ochronie konkurencji. Stworzono szczególny system instytucjonalny, w którym do realizacji tych celów wyznaczono krajowe organy regulacyjne (zwane dalej „KOR") i nadano im uprawnienia do działania w razie potrzeby, polegającego na nakładaniu obowiązków na operatorów telekomunikacyjnych mających znaczącą pozycję rynkową.

2. Niniejsza sprawa dotyczy zasadniczo zakresu uprawnień dyskrecjonalnych państw członkowskich przy wdrażaniu tych wspólnotowych ram prawnych. Po pierwsze, chodzi o przysługującą im swobodę w ograniczaniu zastosowania regulacji, gdy dotyczą one wrażliwych rynków, a konkretnie nowych rynków. Po drugie, chodzi o przysługujący im zakres uznania w ukierunkowaniu działań KOR stosownie do szczególnych celów ustawowych, takich jak cel wspierania inwestycji i innowacji.

3. W ramach wspólnotowych ram prawnych obowiązujących w dziedzinie telekomunikacji w niniejszej sprawie istotne znaczenie mają: dyrektywa ramowa [2], dyrektywa o dostępie [3] i dyrektywa o usłudze powszechnej [4].

4. Właściwe niemieckie przepisy zawarte są w ustawie o telekomunikacji (zwanej dalej „TKG") [5]. Chociaż przepisy TKG stanowią głównie transpozycję wspólnotowych ram prawnych, dwukrotnie wprowadzano do niej również zmiany dotyczące nowych rynków, które to zmiany legły u podstaw niniejszej sprawy [6].

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. L 108, s. 33).

3 — Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) (Dz.U. L 108, s. 7).

4 — Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dz.U. L 108, s. 1).

5 — Telekommunikationsgesetz z dnia 22 czerwca 2004 r., BGB1. I, s. 1190.

6 — Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften (ustawa zmieniająca przepisy w dziedzinie telekomunikacji) z dnia 18 lutego 2007 r., BGB1. I, s. 106.

5. Wspomniane zmiany do TKG wyłączają nowe rynki spod regulacji, chyba że jest ona niezbędna dla długofalowej konkurencji. Wprowadzone nimi przepisy stanowią również, że dokonując oceny niezbędnego charakteru regulacji, niemiecki KOR [7] musi mieć szczególny wzgląd na cel polegający na wspieraniu inwestycji i innowacji.

6. Przedstawiając okoliczności niniejszej sprawy, przywołam właściwe przepisy wspólnotowych ram prawnych w podziale na cele (A) i uregulowania proceduralne: system zapewnienia jawności, współpracę KOR z Komisją, definiowanie rynku i analizę rynku (B). Następnie opiszę bliżej TKG (C). Wreszcie, pokrótce przedstawię niektóre fakty związane z postępowaniem poprzedzającym wniesienie skargi (D).

A — *Cele wspólnotowych ram prawnych*

7. Artykuł 7 ust. 1 dyrektywy ramowej stanowi, że realizując swoje zadania wynikające ze wspólnotowych ram prawnych, KOR biorą „przede wszystkim pod uwagę" cele określone w art. 8.

8. Artykuł 8 ust. 1 dyrektywy ramowej stanowi, że państwa członkowskie „zapewnią", by KOR przedsiębrały wszelkie rozsądne i proporcjonalne środki zmierzające do realizacji tych celów.

9. Artykuł 8 ust. 2 dyrektywy ramowej zawiera wykaz celów związanych z ochroną konkurencji:

„Krajowe organy regulacyjne [KOR] będą wspierać konkurencję w dziedzinie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej oraz urządzeń towarzyszących i usług, m.in.:

a) zapewniając, by użytkownicy, w tym użytkownicy niepełnosprawni, czerpali maksymalne korzyści, jeżeli chodzi o różnorodność, ceny i jakość usług;

7 — Bundesnetzagentur.

b) zapewniając, że nie występuje zniekształcenie czy ograniczenie konkurencji w sektorze łączności elektronicznej;

c) wspierając efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury oraz promując technologie innowacyjne;

d) wspierając skuteczne wykorzystywanie oraz zarządzanie radiowymi częstotliwościami i zasobami numeracyjnymi".

10. Artykuł 8 ust. 3 i 4 dyrektywy ramowej zawiera jeszcze dwie grupy celów zmierzających odpowiednio do wspierania rozwoju rynku wewnętrznego i ochrony interesów obywateli Unii Europejskiej.

11. Artykuł 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie i art. 17 ust. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej odwołują się do celów dyrektywy ramowej. Cele te stanowią uzasadnienie dla obowiązków, o których mowa w tych przepisach, a które mogą zostać nałożone na przedsiębiorstwa mające znaczącą pozycję rynkową [8].

12. Artykuł 15 ust. 2 dyrektywy ramowej zobowiązuje Komisję do wydania wytycznych dotyczących analizy rynku i oceny znacznej pozycji rynkowej (zwanych dalej „wytycznymi Komisji"), które „winny być zgodne z przepisami prawa konkurencji" [9].

13. Motyw 27 dyrektywy ramowej stanowi, że wytyczne Komisji powinny odnieść się do kwestii stosowania obowiązków regulacyjnych do nowych rynków:

„[wytyczne Komisji] winny także odnosić się do kwestii nowo rozwijających się rynków, na

8 — Warto wymienić niektóre z tych obowiązków, by zrozumieć skutki gospodarcze, jakie mogą mieć dla podmiotów, do których są skierowane: art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie odnosi się m.in. do obowiązku zapewnienia dostępu do specyficznych urządzeń sieciowych i ich użytkowania, a także kontroli cen i księgowania kosztów; art. 17 ust. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej obejmuje obowiązki, które mogą skutkować limitowaniem cen detalicznych, kontrolą poszczególnych taryf lub zorientowaniem taryf na koszty lub ceny na porównywalnych rynkach.

9 — Wytyczne Komisji w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej we wspólnotowych ramach regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. 2002, C 165, s. 6).

których faktycznie lider rynku prawdopodobnie będzie mieć znaczny udział w rynku, ale nie powinien być poddany nieodpowiednim obowiązkom".

14. Ustęp 32 wytycznych Komisji, odnoszący się do kwestii nowych rynków, zawiera powtórzenie motywu 27 dyrektywy ramowej i dodaje następujące wyjaśnienia:

„Przedwczesne nałożenie regulacji ex ante może mieć bowiem nieodpowiedni wpływ na warunki konkurencji, jakie kształtują się na nowym i powstającym rynku. Jednocześnie należy uniknąć zamknięcia dostępu do takich powstających rynków przez przedsiębiorstwa zajmujące pozycję wiodącą. Nie umniejszając zasadności interwencji organów odpowiedzialnych za ochronę konkurencji w poszczególnych przypadkach, KOR powinny zapewnić, by jakikolwiek rodzaj wczesnej interwencji ex ante na pojawiającym się rynku był w pełni uzasadniony, tym bardziej, że nadal mają one możliwość podjęcia interwencji na etapie późniejszym, w ramach okresowego przeglądu odnośnych [właściwych] rynków".

15. Artykuł 15 ust. 1 dyrektywy ramowej zleca również Komisji wydanie zalecenia, które będzie określało, „zgodnie z przepisami prawa konkurencji", rynki, na których można nakładać obowiązki na mocy dyrektywy o dostępie i dyrektywy o usłudze powszechnej (zwanego dalej „zaleceniem Komisji") [10].

16. Motyw 15 zalecenia Komisji, odnosząc się do stosowania obowiązków regulacyjnych do nowych rynków, stanowi:

„rynki nowe i wschodzące, na których pozycja rynkowa jest wynikiem przewagi na skutek szybszego wejścia na taki rynek, nie powinny zasadniczo podlegać regulacji ex ante".

B — *System zapewnienia jawności, system współpracy, definiowanie rynku i analiza rynku*

17. Artykuł 6 dyrektywy ramowej ustanawia system zapewnienia jawności w odniesieniu do zainteresowanych stron. KOR powinny co

10 — Zalecenie Komisji w sprawie rynków odnośnych [właściwych] produktów i usług w ramach sektora łączności elektronicznej, które mogą podlegać regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. 2003, L 114, s. 45).

do zasady umożliwić zainteresowanym stronom przedstawienie uwag w kwestii proponowanych środków, ogłaszać krajowe procedury konsultacyjne organizowane przez KOR i publicznie udostępniać wyniki tych procedur.

18. Artykuł 7 ust. 2 dyrektywy ramowej ustanawia system współpracy między poszczególnymi KOR oraz między KOR a Komisją, w celu zapewnienia „jednolitego wdrażania" ram prawnych.

19. Artykuł 7 ust. 3 i 5 dyrektywy ramowej określa, jak ta współpraca ma przebiegać. W razie gdy KOR zamierza przyjąć środek, który objęty jest m.in. zakresem art. 15 lub 16 dyrektywy ramowej oraz miałby wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, musi powiadomić o nim pozostałe KOR i Komisję. Musi udostępnić projekt z uzasadnieniem pozostałym KOR i Komisji, by mogły one zgłosić do niego uwagi. KOR musi wziąć je pod uwagę, a jeśli zdecyduje się na przyjęcie proponowanego środka — powiadomić o tym Komisję.

20. Artykuły 15 i 16 dyrektywy ramowej odnoszą się do definiowania rynku i analizy rynku, których dotyczy system współpracy.

21. Artykuł 15 ust. 3 dyrektywy ramowej reguluje definiowanie rynku przez KOR:

„Mając przede wszystkim na uwadze treść wytycznych oraz zalecenia, [KOR] definiują odnośne [właściwe] rynki stosownie do okoliczności występujących w danym państwie, a w szczególności odnośne [właściwe] rynki geograficzne w obrębie danego terytorium, zgodnie z przepisami prawa konkurencji […]".

22. Artykuł 16 ust. 1 i 2 dyrektywy ramowej stanowi, że po zdefiniowaniu właściwych rynków KOR powinny przeprowadzić analizę tych rynków, mając na uwadze wytyczne Komisji (w razie potrzeby we współpracy z krajowymi organami ds. ochrony konkurencji). Jeżeli KOR zobowiązany jest podjąć decyzję w sprawie obowiązku regulacyjnego na podstawie dyrektywy o dostępie lub dyrektywy o usłudze powszechnej, winien stwierdzić, czy na danym właściwym rynku występuje skuteczna konkurencja.

23. Artykuł 16 ust. 3 i 4 dyrektywy ramowej reguluje sytuację, w której KOR ustali już, czy na rynku panuje skuteczna konkurencja. Jeżeli KOR ustali, że skuteczna konkurencja występuje na rynku, nie może nałożyć ani utrzymać obowiązków, o których mowa w art. 16 ust. 2. Jeżeli uzna, że tak nie jest, wówczas wskazuje przedsiębiorstwa posiadające znaczącą pozycję na tym rynku i nakłada, utrzymuje w mocy lub zmienia te obowiązki.

24. Artykuł 7 ust. 4 dyrektywy ramowej przyznaje Komisji prawo weta wobec niektórych środków podejmowanych przez KOR. Takie środki muszą albo definiować inny właściwy rynek niż rynki wskazane w zalecaniu Komisji, albo decydować o tym, czy dane przedsiębiorstwo ma znaczącą pozycją rynkową m.in. zgodnie z art. 16 ust. 3 i 4, a ponadto środki te muszą również mieć wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi. Komisja musi wskazać, że proponowany środek stanowi przeszkodę w funkcjonowaniu jednolitego rynku lub że jego zgodność z przepisami prawa wspólnotowego, a w szczególności z celami wskazanymi w art. 8 budzi jej poważne wątpliwości. Wówczas następuje odroczenie przyjęcia proponowanego środka, a w razie decyzji Komisji o podjęciu dalszych kroków — zobowiązuje ona KOR do wycofania środka, o ile nie istnieje możliwość przyjęcia go wraz ze szczegółowymi propozycjami zmian.

25. Artykuł 7 ust. 6 ustanawia tryb pilny, który stosuje się w nadzwyczajnych okolicznościach do opisanego systemu współpracy.

C — *TKG*

26. Paragraf 2 TKG zawiera wykaz celów ustawowych, który zasadniczo zawiera cele określone w art. 8 dyrektywy ramowej.

27. Paragraf 9 ust. 1 i 2 TKG stanowi, że ustawie podlegają rynki spełniające warunki określone w § 10, w odniesieniu do których przeprowadzona zgodnie z § 11 analiza rynku wykazała, że nie istnieje na nich skuteczna konkurencja. Na przedsiębiorstwa mające znaczącą pozycję rynkową na tych rynkach niemiecki KOR nakłada obowiązki regulacyjne.

28. Paragraf 10 ust. 2 TKG określa warunki rynkowe powodujące, że ustawa znajduje do nich zastosowanie (poważne bariery w dostępie do rynku, strukturalne przeszkody dla długofalowej skutecznej konkurencji oraz brak wystarczających środków zaradczych w prawie konkurencji). Zadaniem niemieckiego KOR jest zdefiniowanie tych rynków, z uwzględnieniem zalecenia Komisji.

29. Paragraf 11 ust. 1 TKG odnosi się do oceny skutecznej konkurencji (skuteczna konkurencja nie istnieje, jeżeli jedno przedsiębiorstwo lub więcej przedsiębiorstw ma znaczącą pozycję rynkową). Zadanie niemieckiego KOR polega na przeprowadzeniu tej analizy rynku, z uwzględnieniem wytycznych Komisji.

30. Paragraf 12 TKG ustanawia procedurę odzwierciedlającą zasadniczo system zapewnienia jawności i system współpracy,

o których mowa w art. 6 i 7 dyrektywy ramowej. Paragraf 10 ust. 3 i § 11 ust. 3 TKG stanowią, że zgodnie z tą procedurą niemiecki KOR ma obowiązek przestawienia wyników definicji i analizy rynku Komisji, gdy mają one znaczenie dla wymiany handlowej między państwami członkowskimi.

31. Jak już zostało wspomniane, do TKG dwukrotnie wprowadzano zmiany dotyczące nowych rynków. Wydaje się, że przed wprowadzeniem tych zmian ówczesny niemiecki operator telekomunikacyjny (Deutsche Telekom) lobbował na rzecz tego, by sieć szerokopasmowa, którą zamierzał stworzyć, była wyłączona spod działań regulacyjnych (chodziło konkretnie o obowiązkowy dostęp po cenach reglamentowanych).

32. Z informacji przedłożonych przez strony zarówno na piśmie, jak i na rozprawie ustnej można wnioskować, że tzw. wakacje regulacyjne dla nowych rynków były w Niemczech w pewnym stopniu przedmiotem publicznej debaty. W debacie tej słyszalne były głosy kwestionujące zgodność bezwarunkowego wyłączenia z prawem wspólnotowym. Z wystąpień stron nie można wywnioskować, czy któreś stanowisko przeważyło i wywarło decydujący wpływ na wprowadzone do TKG zmiany.

33. Paragraf 3 pkt 12b był pierwszą zmianą do TKG. Definiuje on nowe rynki:

„»Nowy rynek« oznacza rynek usług lub produktów różniących się znacząco od aktualnie dostępnych usług lub produktów pod względem wydajności, zasięgu, dostępności dla znacznej liczby użytkowników (zdolności stworzenia rynku masowego), ceny lub jakości z punktu widzenia odpowiednio poinformowanego nabywcy i które nie zastępują tylko tych usług i produktów".

34. Paragraf 9a był drugą zmianą do TKG. W ustępie pierwszym wprowadza on zasadę dotyczącą wyłączenia spod regulacji nowych rynków, a w ustępie drugim wyjątek od tej zasady:

„1) Z zastrzeżeniem ust. 2, nowe rynki nie podlegają regulacji w rozumieniu części 2.

2) W przypadku gdy na podstawie okoliczności faktycznych można zakładać, że w braku regulacji rozwój trwałego konkurencyjnego rynku w dziedzinie usług lub sieci telekomunikacyjnych napotkałby na długofalowe przeszkody [niemiecki KOR] może, w drodze odstępstwa od ust. 1, poddać nowy rynek regulacji w rozumieniu części 2, zgodnie z przepisami § 9, 10,

11 i 12. Przy dokonywaniu oceny, czy regulacja jest niezbędna oraz przy nakładaniu konkretnych środków [niemiecki KOR] bierze szczególnie pod uwagę cel wspierania skutecznych inwestycji infrastrukturalnych i innowacji".

35. Zmiany te weszły w życie w dniu 18 lutego 2007 r.

D — *Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi*

36. W dniu 20 grudnia 2006 r., w wyniku kontaktów z Niemcami w sprawie dodanych do TKG przepisów, lecz przed ich wejściem w życie, Komisja postanowiła wszcząć postępowanie w sprawie stwierdzenia uchybienia w niniejszej sprawie.

37. W dniu 26 lutego 2007 r. Komisja zwróciła się do Niemiec z wezwaniem do usunięcia uchybienia, wskazując na niezgodność dodanych do TKG przepisów ze wspólnotowymi ramami prawnymi. Tego samego dnia Komisja wydała też komunikat prasowy, podając, że „zamierza jak najszybciej skierować sprawę do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich".

38. Ponieważ udzielone przez Niemcy odpowiedzi na wezwanie do usunięcia uchybienia, a następnie na uzasadnioną opinię nie były dla Komisji satysfakcjonujące, wniosła ona skargę w niniejszej sprawie na podstawie art. 226 WE.

II — Dopuszczalność

39. Niemcy kwestionują dopuszczalność skargi w niniejszej sprawie. Pierwsze zastrzeżenie wynika z faktu, że Komisja postanowiła wszcząć postępowanie w sprawie stwierdzenia uchybienia, zanim dodane do TKG przepisy weszły w życie.

40. Jednak fakt ten należy uznać za nieistotny. Niemcy otrzymały od Komisji wezwanie do usunięcia uchybienia po tym, jak zmiany do TKG weszły w życie. Zatem zgodnie z art. 226 Niemcy miały możliwość przedstawienia uwag w przedmiocie uchybienia, które

zgodnie z tym, co zarzuca Komisja, już trwało [11].

41. Po drugie, Niemcy podnoszą, że ich prawo do obrony zostało naruszone ze względu na zamiar Komisji wniesienia jak najszybciej skargi do Trybunału, wyrażony w komunikacie prasowym z tego samego dnia co wezwanie do usunięcia uchybienia.

42. Impulsywne zachowanie Komisji jest pożałowania godne, zwłaszcza w świetle ciążącego na niej obowiązku lojalnej współpracy z państwami członkowskimi [12]. Niemniej nie daje ono wystarczających podstaw do stwierdzenia, że późniejsze uwagi Niemiec w odpowiedzi na wezwanie do usunięcia uchybienia i uzasadnioną opinię nie zostały przez Komisję należycie rozpatrzone. W związku z tym skarga w niniejszej sprawie jest dopuszczalna.

III — Ocena

43. Wprowadzając zmiany do TKG, Niemcy ograniczyły zakres przedmiotowy regulacji w odniesieniu do nowych rynków. Paragraf 3 pkt 12b TKG zawiera definicję tego, co jest nowym rynkiem. Następnie, zgodnie z § 9a ust. 1 TKG rynki te są zasadniczo wyłączone spod regulacji. Zgodnie z § 9a ust. 2 TKG regulacja ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy w jej braku powstałyby przeszkody dla długofalowej konkurencji; dokonując oceny regulacji niemiecki KOR musi przywiązywać szczególną wagę do zachęt do inwestowania i innowacji — w szczególności przy nakładaniu obowiązków regulacyjnych na przedsiębiorstwa mające znaczącą pozycję rynkową.

44. Paragraf 3 pkt 12b i § 9a TKG spowodowały zdaniem Komisji powstanie po stronie Niemiec uchybienia zobowiązaniom ciążącym na nich na mocy szeregu przepisów wspólnotowych ram prawnych, tj. art. 6, 7, art. 8 ust. 1 i 2, art. 15 ust. 3 i art. 16 dyrektywy ramowej, art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie oraz art. 17 ust. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej.

45. Zarzucane uchybienia można podzielić na dwa zagadnienia, dotyczące po pierwsze kwestii materialnych związanych z wpływem ograniczenia regulacji, a po drugie, dotyczące konsekwencji proceduralnych.

46. Kwestie materialne dotyczą zakresu uznania przysługującego Niemcom przy transpozycji wspólnotowych ram prawnych:

11 — Wyrok z dnia 15 lutego 2001 r. w sprawie C-230/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-1169, pkt 32.

12 — Opinia rzecznika generalnego J. Mischa w sprawie C-120/01 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. s. I-6739, pkt 50.

— Czy Niemcy mogą wprowadzić dla nowych rynków zasadę wyłączającą regulację?

— Czy Niemcy mogą ograniczyć uprawnienia dyskrecjonalne niemieckiego KOR, nadając przeważające znaczenie określonemu celowi ustawowemu w odniesieniu do nowych rynków?

47. Kwestie proceduralne dotyczą tego, jak dalece zmiany do TKG wkraczają w obszar czynności proceduralnych prowadzących do podjęcia przez niemiecki KOR decyzji, czy ma podjąć działanie, określony we wspólnotowych ramach prawnych — w systemie zapewnienia jawności, systemie współpracy KOR z Komisją, definiowaniu rynku i analizie rynku.

48. Jednakże konieczność rozstrzygnięcia kwestii proceduralnych pojawi się jedynie wówczas, gdy w odpowiedzi dotyczącej zagadnień merytorycznych Trybunał uzna przede wszystkim, że dokonując transpozycji wspólnotowych ram prawnych, Niemcy zgodnie z prawem działały w ramach przysługującego im zakresu uznania. Jeśli tak się nie stanie, dalsze przypadki naruszenia prawa w odniesieniu do tych kwestii proceduralnych nie będą już istotne.

49. Rozpocznę więc analizę od kwestii materialnych.

A — *Zarzucane uchybienie wynikające z ustanowienia dla nowych rynków zasady wyłączającej je spod regulacji*

50. Paragraf 9a ust. 1 TKG ustanawia dla nowych rynków zasadę wyłączającą regulację, chyba że spełnione zostaną przesłanki określone w § 9a ust. 2 TKG. Zdaniem Komisji zasada ta ma na celu stworzenie korzystnych warunków dla inwestycji aktualnego niemieckiego operatora telekomunikacyjnego w sieć szerokopasmową, dzięki usunięciu groźby interwencji za pomocą regulacji.

51. Trybunał orzekł już, że interwencja w stosunku do znajdującej się w rękach prywatnych infrastruktury skutkować będzie przede wszystkim zmniejszeniem zachęty do jej rozwijania. Dlatego też, zgodnie z art. 82 WE, nakazanie stworzenia obowiązkowego dostępu do infrastruktury (jako środek zaradczy przeciwko stanowiącej nadużycie odmowie świadczenia usługi) będzie odpowiednim rozwiązaniem wyłącznie

przy spełnieniu jak najsurowszych wymogów [13]. Również dlatego zgodnie ze wspólnotowymi przepisami w dziedzinie telekomunikacji nałożenie obowiązku wszczęcia negocjacji o udzielenie dostępu musi być proporcjonalne i rzeczywiście niezbędne ze względu na warunki konkurencji [14].

52. Zatem można ustalić, że możliwości działania wynikające z regulacji spowodują ograniczenie zachęt do inwestowania w infrastrukturę i innowacje [15]. Zatem jest oczywiste, że aktualny operator telekomunikacyjny nie jest regulacji przychylny; zaś skoro Niemcy pragną wspierać inwestycje w infrastrukturę telekomunikacyjną, powinny zwrócić uwagę na jego obawy. Sprowadza się to do wyboru konkretnej polityki: w imię wspierania inwestycji infrastrukturalnych ograniczy się regulację i odczuje się tego skutki w postaci znaczącej pozycji rynkowej.

53. W zwykłych warunkach Niemcy miałyby prawo dokonać takiego wyboru; ale nie wówczas, gdy istnieją wspólnotowe przepisy dotyczące sektora telekomunikacyjnego. W tym zakresie ustawodawca wspólnotowy zdecydował już o objęciu tego sektora regulacją wraz z wynikającymi z niej wszelkimi możliwościami interwencji [16].

54. Sektor telekomunikacji bez wątpienia obejmuje nowe rynki, zdefiniowane w § 3 pkt 12b TKG. Zatem Niemcy nie mogą cofnąć decyzji ustawodawcy wspólnotowego i wprowadzić zasady wyłączającej nowe rynki spod regulacji.

55. Jednak Niemcy podnoszą, że w rzeczywistości zasada, iż nowe rynki nie powinny podlegać regulacji, jest już obecna we wspólnotowych ramach prawnych.

56. Tak nie jest. Motyw 27 dyrektywy ramowej przestrzega jedynie przed nakładaniem „nieodpowiednich obowiązków" na nowe rynki [17]. Dopiero sama Komisja wypowiedziała się na ten temat szerzej, najpierw w wytycznych Komisji, a potem w zaleceniu

13 — A konkretnie przy wyeliminowaniu jakiejkolwiek konkurencji, zob. wyrok z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 Bronner, Rec. s. I-7791, pkt 41, a w odniesieniu do skutków dla zachęt — opinię rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w tej sprawie, pkt 57.

14 — Wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w prawie C-227/07 Komisja przeciwko Polsce, Zb.Orz. s. I-8403, pkt 40–44 i opinia rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera w tej sprawie, pkt 38, 39, w której stwierdza on, że „nie należy bez powodu ograniczać gospodarki rynkowej".

15 — W szczególności w porównaniu z możliwościami działania w ramach ogólnego systemu prawa konkurencji.

16 — Nie oznacza to, że w regulacji ignoruje się kwestie zachęt i innowacji; warunkują one bowiem wspólnotowe ramy prawne poprzez zapisy art. 8 ust. 2 lit. c) dyrektywy ramowej, o czym poniżej.

17 — W przedmiocie znaczenia motywów dla wykładni, zob. moja opinia w sprawie C-250/07 Komisja przeciwko Grecji, sprawa w toku, pkt 15.

Komisji. Wprawdzie w zaleceniu mowa jest o tym, że nowe rynki nie powinny podlegać regulacji, jednak moim zdaniem problem ten został ujęty lepiej i bardziej wyczerpująco w wytycznych.

B — *Zarzucane uchybienie wynikające z ograniczenia uprawnień dyskrecjonalnych niemieckiego KOR ze względu na nadanie przeważającego znaczenia określonemu celowi ustawowemu*

57. W wytycznych Komisji stwierdza się, że regulacja może zaburzyć warunki kształtujące się na nowych rynkach, lecz jednocześnie, że dostęp do tych rynków nie powinien zostać już na początku zamknięty przez przedsiębiorstwa mające znaczącą pozycję rynkową. Nakłada to na KOR obowiązek szczególnej staranności, jeśli chodzi o działanie na tych rynkach, tym bardziej, że mają one możliwość opóźnienia interwencji do czasu, gdy warunki konkurencji ustabilizują się. Zalecenie Komisji i odwołanie się pozycji rynkowej będącej wynikiem przewagi na skutek szybszego wejścia na taki rynek należy również interpretować w tym świetle.

58. Jeśli chodzi o wyłączenie nowych rynków spod regulacji, jest więc jasne, że przeskok od zwykłych zaleceń zachowania ostrożności do wiążącej normy prawnej nie leżał w intencjach wspólnotowego ustawodawcy.

59. W związku z tym Niemcy nie mogą ustanawiać dla nowych rynków zasady wyłączającej je spod regulacji, jak to uczyniły w § 9a ust. 1 TKG.

60. Niemcy utrzymują jednak, że nie ustanowiły ogólnego wyłączenia ustawowego. Podnoszą, że § 9a TKG należy interpretować w świetle ustępu drugiego, w którym określono przesłanki niezbędne do tego, by miała zastosowanie regulacja, a pierwszy ustęp jest jedynie prostą konsekwencją braku spełnienia tych przesłanek. W tym względzie Niemcy twierdzą, że jedynie ukierunkowują — lub też, jak to ujmują „wstępnie porządkują" — działanie niemieckiego KOR na nowych rynkach.

61. Kluczowym elementem tego „wstępnego porządkowania" jest wyszczególnienie w § 9a ust. 2 TKG celu wspierania inwestycji i innowacji [18]. Cel ten odpowiada art. 8 ust. 2 lit. c) dyrektywy ramowej; jednak pozostałe cele wymienione w art. 8 dyrektywy ramowej i tak obowiązują na mocy § 2 TKG. W opinii

18 — Kolejnym warunkiem określonym w § 9a ust. 2 TKG, na który zwróciła uwagę Komisja, były przeszkody, w braku regulacji, w rozwoju trwałego konkurencyjnego rynku. Jednak warunek ten stanowi również wymaganie w odniesieniu do jakiejkolwiek regulacji na mocy § 10 ust. 2 TKG (strukturalne przeszkody dla długofalowej skutecznej konkurencji), co w większości odzwierciedla treść motywu 9 zalecenia Komisji, i wydaje się zgodny z proporcjonalnym i prawidłowym zastosowaniem regulacji (zob. odesłania w przypisie 14).

Niemiec celom wspólnotowych ram prawnych można przypisywać różną wagę, a niemiecki ustawodawca właśnie „poinstruował" niemiecki KOR, jak ma ważyć te cele, z przewagą jednego określonego celu [19].

62. Niemcy podnoszą, że takie instrukcje mieszczą się w zakresie swobodnego uznania dopuszczalnego przy dokonywaniu transpozycji wspólnotowych ram prawnych [20]. Chodzi więc o to, komu zgodnie ze wspólnotowymi ramami prawnymi przypada zadanie ważenia poszczególnych celów: ustawodawcy krajowemu w ramach transpozycji tych ram prawnych, czy KOR, w ramach oceny konkretnych spraw?

63. Muszę tu podkreślić, że odpowiedź będzie taka sama, bez względu na to, do którego zmierza się celu. Może się okazać, że Niemcy mają rację i że w odniesieniu do nowych rynków należy przywiązywać szczególną wagę do wspierania infrastruktury i innowacji. Jednak powierzenie zadania ważenia celów krajowemu ustawodawcy będzie miało odmienne skutki niż powierzenie go KOR. Istnieje powód, dla którego KOR zostały utworzone i wyposażone w określone uprawnienia przez wspólnotowe ramy prawne: oczekuje się, że pozostaną one poza sferą oddziaływania określonych interesów i że będą podejmowały decyzje, kierując się wyłącznie kryteriami ustanowionymi w tychże ramach prawnych.

64. Uważam, że ważenie celów określonych w ramach prawnych leży po stronie KOR. Artykuł 8 dyrektywy ramowej wyraźnie powierza realizację tych celów — a zatem ich ważenie — KOR, a nie ustawodawcy krajowemu.

65. Stwarza to układ instytucjonalny, w którym zadanie ustawodawcy krajowego ogranicza się do tego, by zapewnił, że KOR podejmuje wszelkie niezbędne działania w celu realizacji tych celów, co wielokrotnie potwierdzał Trybunał [21]. Nawet autonomia państw członkowskich w zakresie organizacji i kształtowania KOR została podporządkowana temu dążeniu [22].

19 — Na rozprawie Niemcy wysunęły bardziej subtelny argument: paragraf 9a ust. 2 TKG jest ich zdaniem niezbędny w celu umożliwienia kontroli sądowej uprawnień uznaniowych niemieckiego KOR. Jednak kontrola sądowa ograniczona do jednego celu sprowadza się do instrukcji, by nadać mu pierwszeństwo w stosunku do innych.

20 — Dotyczy to instrukcji wiążących. Należy zauważyć, że § 10 ust. 2 i § 11 ust. 1 TKG już odnoszą się do zalecenia Komisji i wytycznych Komisji, zezwalając na to, by ich niewiążące zalecenia miały zastosowanie do nowych rynków.

21 — Wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie C-380/05 Centro Europa 7, Zb.Orz. s. I-349, pkt 81; ww. w przypisie 14 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Polsce, pkt 63. W wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r. w sprawie C-387/06 Komisja przeciwko Finlandii, pkt 23, Trybunał orzekł, że w celu wykazania, że zaistniały przeszkody w wypełnianiu celów dyrektywy zawartych w art. 8 dyrektywy ramowej, Komisja musiała szczegółowo wyliczyć wszystkie uprawnienia KOR. Podobnie w ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Polsce, pkt 66, Trybunał uznał, że KOR przysługuje „szeroki zakres uprawnień do działania" w celu realizacji celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej.

22 — Wyrok z dnia 6 marca 2008 r. w sprawie C-82/07 Comision del Mercado de las Telecomunicaciones, Zb.Orz. s. I-1265, pkt 24.

66. Zakłada się również, że KOR, w obliczu konkretnych ocen, są w stanie lepiej zdecydować, jak należy ważyć poszczególne cele, aby maksymalizować ich realizację. Innymi słowy, podjęta przez krajowego ustawodawcę decyzja o nadaniu przeważającego znaczenia danemu celowi miałaby w rzeczywistości wpływ na sposób, w jaki zgodnie z wolą wspólnotowego ustawodawcy powinno dokonywać się oceny rynku w konkretnych przypadkach: przez KOR, z uwzględnieniem poszczególnych celów dla każdego przypadku oddzielnie. Brak we wspólnotowych ramach prawnych systemu nadawania pierwszeństwa poszczególnym celom i wynikająca z niego swoboda uznania przysługująca KOR były zatem ze strony ustawodawcy wspólnotowego w pełni zamierzonym działaniem.

67. W związku z tym Niemcy nie mogą ograniczyć uprawnień dyskrecjonalnych niemieckiego KOR w odniesieniu do działań na nowych rynkach, obwarowując je warunkami, takimi jak warunki określone w § 9a ust. 2 TKG, nadające przeważające znaczenie określonemu celowi ustawowemu [23].

68. Niemcy uchybiły więc zobowiązaniom ciążącym na nich na mocy przepisów ustanawiających cele wspólnotowych ram prawnych lub odsyłających do nich: art. 7 ust. 1 i art. 8 dyrektywy ramowej, art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie i art. 17 ust. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej [24].

C — *Zarzucane naruszenia dotyczące systemu zapewnienia jawności, systemu współpracy, definiowania rynku i analizy rynku*

69. Wszystkie pozostałe przepisy, na które powołuje się Komisja, dotyczą czynności proceduralnych prowadzących do podjęcia przez niemiecki KOR decyzji o tym, czy należy podjąć działanie, zgodnie ze wspólnotowymi ramami prawnymi: systemem zapewnienia jawności, systemem współpracy między KOR i Komisją, definiowaniem rynku i analizą rynku.

70. Jako że w odniesieniu do działania podejmowanego przez niemiecki KOR zostało już ustalone, że zmiany do TKG wykraczały poza

23 — Wymieniony w przypisie 14 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Polsce, pkt 42–44 również potwierdza ten wniosek. Trybunał uznał w nim, że decyzja Polski o wspieraniu dostępu do urządzeń sieciowych, pomijając konkretne warunki konkurencji, stanowi niewłaściwą transpozycję dyrektywy o dostępie, a w szczególności obowiązku realizacji celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej.

24 — Istnieją również przepisy odpowiadające art. 8 ust. 1 dyrektywy ramowej w dyrektywie o dostępie i w dyrektywie o usłudze powszechnej: odpowiednio art. 8 ust. 1 i art. 17 ust. 1. Jednak Komisja nie podniosła tej sprawy przed Trybunałem.

zakres swobodnego uznania przysługujący Niemcom przy dokonywaniu transpozycji wspólnotowych ram prawnych, kwestia, czy zmiany te stanowią również uchybienie przez Niemcy zobowiązaniom dotyczącym kwestii proceduralnych, jest nieistotna.

IV — Wnioski

71. W świetle powyższych rozważań proponuję, by Trybunał orzekł, że przyjmując przepisy § 3 pkt 12b i § 9a, zmieniające niemiecką ustawę o telekomunikacji, Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążą na mocy art. 7 ust. 1 i art. 8 dyrektywy ramowej, art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie oraz art. 17 ust. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej.