GENERALINIO ADVOKATO DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER IŠVADA,

pateikta 2008 m. balandžio 1 d. [1]

I — Įžanga

1. *Bundesverwaltungsgericht* (Federacinis administracinis teismas) (Vokietija) paprašė Teisingumo Teismą nuspręsti dėl to, koks yra tam tikrų įpareigojimų teikti universaliąsias paslaugas finansavimo turinys 1990 m. birželio 28 d. Komisijos direktyvoje 90/388/EEB dėl konkurencijos telekomunikacijų paslaugų rinkose (toliau – Konkurencijos direktyva arba Direktyva 90/388) [2] ir 1997 m. birželio 30 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvoje 97/33/EB dėl telekomunikacijų tinklų sujungimo siekiant užtikrinti universaliąsias paslaugas ir sąveiką vadovaujantis atvirojo tinklo teikimo (ATT) nuostatomis (toliau – Sujungimo direktyva, arba Direktyva 97/33) [3].

2. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs nacionalinis teismas klausia, ar tokiame sektoriuje, kuriam būdingas liberalizavimas [4], pradėtas skatinti Konkurencijos [5] ir Sujungimo [6] direktyvomis ir užbaigtas „naująja reguliavimo sistema“ [7], priimta 2002 m. kovo 7 d. ir paskelbta 2002 m. balandžio 24 d. [8], galima dominuojančią padėtį rinkoje užimančio viešųjų telekomunikacijų tinklų operatoriaus naudai teisėtai nustatyti sujungimo mokestį papildančius mokėjimus.

3. Šiuos papildomus mokesčius turėjusios mokėti įmonės ginčija jų teisėtumą [9], remda-

1 — Originalo kalba: ispanų.

2 — OL L 192, p. 10.

3 — OL L 199, p. 32.

4 — Kelio į liberalizavimą gaires aš apibūdinau savo išvadose byloje *ISIS Multimedia Firma O2* (2005 m. spalio 20 d. Sprendimas, C-327/03 ir C-328/03, Rink. p. I-8877); byloje *Nuova società di telecomunicazioni* (2006 m. liepos 18 d. Sprendimas, C-339/04, Rink. p. I-6917); byloje *Telefónica 02 Czech Republic* (2007 m. birželio 14 d. Sprendimas, C-64/07, Rink. p. I-4887) ir byloje *Deutsche Telekom AG* (2007 m. lapkričio 22 d. Sprendimas, C-262/06, Rink. p. I-10057).

5 — Iš dalies pakeista 1996 m. kovo 13 d. Komisijos direktyva 96/19/EB, siekiant telekomunikacijų rinkose visiškai įgyvendinti konkurenciją (OL L 74, p. 13).

6 — Ypač laikantis formuluočių, įterptų 1998 m. rugsėjo 24 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 98/61/EB (OL L 268, p. 37), kurios yra taikytinos *ratione tempore*.

7 — Savo išvadoje byloje *Deutsche Telekom* šį terminą aš vartoju šioms keturioms Europos Parlamento ir Tarybos direktyvoms apibūdinti: 2000 m. kovo 7 d. Direktyvai 2002/19/EB dėl elektroninių ryšių tinklų ir susijusių priemonių sujungimo ir prieigos prie jų (Prieigos direktyva); 2000 m. kovo 7 d. Direktyvai 2002/20/EB dėl elektroninių ryšių tinklų ir paslaugų leidimo (Leidimų direktyva); 2000 m. kovo 7 d. Direktyvai 2002/21/EB dėl elektroninių ryšių tinklų ir paslaugų bendrosios reguliavimo sistemos (Pagrindų direktyva) ir 2000 m. kovo 7 d. Direktyvai 2002/22/EB dėl universaliųjų paslaugų ir paslaugų gavėjų teisių, susijusių su elektroninių ryšių tinklais ir paslaugomis (Universaliųjų paslaugų direktyva).

8 — OL L 108, p. 7, 21, 33 ir 51; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 13 sk., 29 t., p. 323, 337, 349 ir 367.

9 — Ispaniška formuluotė „disfrutar de una conminación“ (pažodžiui – „mėgautis pareiga“) yra pati sau prieštaraujanti. Tačiau sąmoningai sukurti paradoksai egzistavo visuomet, pavyzdžiui, operos pavadinimas „Laimingieji vergai“ („Los esclavos felices“). 1820 m. prieš mirtį šią operą sukūrė 20 metų amžiaus Juan Crisóstomo de Arriaga iš Bilbao, vadinamas Ispanijos Mocartu; jis paliko turtingą chromatizmų ir gražių tonacinių nukrypimų muzikinį palikimą.

mosi laisvos konkurencijos, diskriminacijos draudimo ir administracinio skaidrumo principais.

6. Ši tendencija kristalizavosi naujojoje sistemoje, sudarančioje kontrastą su valstybės dalyvavimu teikiant paslaugą, linkusiu pasiduoti dominuojančiai politinei valiai [11], sektoriaus liberalizavimo nenaudai.

II — Taikytini teisės aktai

A — *Bendrijos teisė*

1. Direktyva 90/388 [12]

4. Konkurencingos, suderintos Europos rinkos, pagrįstos laisvu telefonijos operatorių pasirinkimu, kūrimas prasidėjo 1987 m. parengus Žaliąją knygą dėl telekomunikacijų [10].

7. Sprendimas *Italija prieš Komisiją* [13] sukrėtė telekomunikacijų pasaulį, nes jame buvo konstatuota, kad konkurencijos taisyklės taikomos ir specialiąsias arba išimtines teises turinčioms viešosioms institucijoms.

5. Administracinis sektoriaus dereguliavimas reikšmingai pakeitė jo teisinį statusą, pagrįstą sąvoka „publicatio“ arba telekomunikacijų tinklų valdymo išlaikymu viešųjų institucijų rankose: tradicinė valstybės monopolio sistema, negalinti patenkinti dėl pramoninės revoliucijos nuolat augančio vartotojų skaičiaus poreikių, išnyko.

8. Nepaisant Teisingumo Teismo praktikoje padarytų korekcijų, sistemoje tebebuvo reikšmingų spragų, kurias išryškino srities sudėtingumas ir toliau tebeegzistuojančios rinkos, kur dominuojančią padėtį užėmė valstybinis operatorius, kurio dalyvavimą galėjo užtikrinti tik konkrečios įstatyminės priemonės.

9. Dar didesnė reakcija kilo dėl laukto liberalizavimo, kuris buvo įtvirtintas Direk-

10 — „Žalioji knyga dėl telekomunikacijų paslaugų ir įrangos bendrosios rinkos vystymo“, Briuselis, 1987 m. gruodžio 16 d., COM(87) 290, galutinis, p. 6, 16 ir paskesni, papildyta daugybe pasiūlymų, skirtų užtikrinti valstybių narių teisės aktuose numatytų leidimų išdavimo mechanizmų vienodumą, pavyzdžiui, pasiūlymai, įtvirtinti „Žaliojoje knygoje dėl telekomunikacijų infrastruktūros ir kabelinės televizijos tinklų liberalizavimo“, II dalis, Briuselis, 1995 m. sausio 25 d., COM(94) 682, galutinis, p. 61 ir paskesni.

11 — Iš Direktyvos 90/388 preambulės antros ir septintos konstatuojamųjų dalių akivaizdu, kad rengiant direktyvos projektą apie šią situaciją buvo puikiai žinoma.

12 — Ją pakeitė 2002 m. rugsėjo 16 d. Komisijos direktyva 2002/77/EB dėl konkurencijos elektroninių ryšių tinklų ir paslaugų rinkose (OL L 249, p. 21; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 2 t., p. 178).

13 — 1985 m. kovo 20 d. Sprendimas (41/83, Rink. p. 873).

tyva 88/301 [14], o praėjus dvejiems metams konsoliduotas Direktyvoje 90/388, panaikinusioje specialiąsias ir išimtines teises. Buvo numatyta daugybė išimčių, įskaitant, pavyzdžiui, balso telefoniją, kurios atveju rinkos atvėrimas konkurencijai buvo atidėtas iki 1996 m. kovo 13 d. Komisijos direktyvos 96/19, iš dalies pakeitusios Direktyvą 90/388.

10. Direktyvos 90/388 4c straipsniu [15] valstybės narės kviečiamos iš naujo subalansuoti tarifus ir numatomos pagrindinės gairės, leidžiančios padidinti universaliųjų paslaugų teikimo kainą, kartu nepamirštant poreikio garantuoti tokių paslaugų finansinį prieinamumą. Šis straipsnis taip pat yra skirtas užtikrinti operatorių pajamų tolygumą, atsižvelgiant į konkrečias rinkos sąlygas ir laikantis bendradarbiavimo dvasios, ir tai yra be galo svarbu, norint leisti visiems privatiems asmenims naudotis telekomunikacijų paslaugomis.

2. Direktyva 97/33 [16]

11. Kitame fronte teisės aktų derinimo kelias [17], paraleliai pastangoms pašalinti veiksmingą operatorių konkurenciją ribojančias kliūtis, užtikrino nuolatinę pusiausvyrą tarp subjektų, susijusių su atvirojo tinklo teikimu [18], ir taip paskatino naujų operatorių įėjimą į rinką.

12. Tačiau šis kelias iškėlė būtinybę suderinti taip pat ir prieigą prie infrastruktūrų bei jų išsidėstymą ir taip užtikrinti viešųjų tinklų ir jų teikėjų sujungimą.

13. Kaip esu paaiškinęs savo išvadoje byloje *Telefónica O2 Czech Republic* [19], šiam tikslui buvo priimta Direktyva 97/33/EB, kuri susijusi su tam tikrais sujungimo tarp operatorių finansiniais aspektais ir draudžia nustatyti už tikrąsias sąnaudas mažesnius tarifus, kartu užkirsdama kelią merkantiliškoms užgaidoms ir drausdama šią ribą viršijančius mokesčius (dešimta konstatuojamoji dalis).

14. Direktyvos 97/33 7 straipsnio 2 dalyje nustatyta:

„Telekomunikacijų tinklų sujungimo mokesčiai turi būti skaidrūs ir pagrįsti sąnaudomis. Pareiga įrodyti, kad mokesčiai yra nustatyti remiantis faktinėmis sąnaudomis, įskaitant pagrįstą investicijų grąžą, priklauso organizacijoms, teikiančioms galimybę susijungti

14 — 1988 m. gegužės 16 d. Komisijos direktyva dėl konkurencijos galinės telekomunikacinės įrangos rinkose (OL L 131, p. 73; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 1 t., p. 25).

15 — Įterptas Direktyva 96/19.

16 — Pakeista Direktyva 2002/21.

17 — Neginčytinai sustiprintas 1990 m. birželio 28 d. Tarybos direktyva 90/387/EEB dėl telekomunikacijų paslaugų vidaus rinkos sukūrimo įgyvendinant atvirojo tinklo teikimą (OL L 192, p. 1)

18 — Žinomas sutrumpinimu „ATT“.

19 — 5 ir 6 punktai.

su savo įrenginiais. Nacionalinės reguliavimo institucijos gali paprašyti, kad organizacija pateiktų visą informaciją, pateisinančią telekomunikacijų tinklų sujungimo mokesčius, o prireikus pareikalauti, kad mokesčiai būtų pakoreguoti. Ši straipsnio dalis taip pat taikoma organizacijoms, nurodytoms I priedo 3 dalyje, apie kurias nacionalinės reguliavimo institucijos pranešė kaip apie turinčias didelę rinkos galią nacionalinėje telekomunikacijų tinklų sujungimo rinkoje.

<…>“ (Pataisytas vertimas)

15. Siekiant užkirsti kelią sukčiavimui 7 straipsnio 4 dalye nustatyta, kad pagal Bendrijos teisę telekomunikacijų tinklų sujungimo mokesčiai turi būti pakankamai atsieti ir kad iš pareiškėjo negali būti reikalaujama mokėti, ir tai nėra griežtai susiję su paslauga.

16. Be to, priėmus Direktyvą 98/61, kuria į Direktyvos 97/33 12 straipsnį įterpta 7 dalis, abonentams garantuojama teisė gauti komutavimo paslaugas iš bet kurio prisijungusio telekomunikacijų paslaugų teikėjo, o nacionalinės reguliavimo institucijos turi užtikrinti, kad kainos už telekomunikacijų tinklų sujungimą būtų pagrįstos sąnaudomis ir kad nustatyti mokesčiai neatbaidytų nuo naudojimosi tokia paslauga.

17. Bendrijos konkurencijos taisyklėse telekomunikacijų srityje, kurios yra struktūriškai nukreiptos į vartotojų apsaugą, numatyti sujungimo mokesčiai, tačiau, saugant skaidrumo principą, atmetamos bet kokios sumos, neskirtos padengti tikrųjų atitinkamų paslaugų sąnaudų [20].

B — *Vokietijos teisės aktai*

18. 1996 m. liepos 25 d. Telekomunikacijų įstatymo (*Telekommunikationsgesetz*, toliau – TKG) 35 ir paskesniuose straipsniuose nustatytos dominuojančią padėtį rinkoje užimančiam operatoriui tenkančios pareigos prieigos ir tinklų sujungimo srityse [21].

19. Pagal 39, 27 ir paskesnius straipsnius turi būti kreipiamasi dėl leidimo taikyti bet kokius mokesčius, susijusius su prieiga prie tinklo, kad licencijos turėtojas negautų didesnių mokėjimų nei tie, kuriuos patvirtina administracinės valdžios institucijos.

20 — 2005 m. gruodžio 8 d. Sprendime *Komisija prieš Liuksemburgą* (C-33/04, Rink. p. I-10629) Teisingumo Teismas pripažino, kad Liuksemburgo Didžioji Hercogystė neįvykdė įsipareigojimų, nes pažeidė skaidrumo principą ir pagal Direktyvą 97/33, pasitelkdama nepriklausomą kvalifikuotą instituciją, nepatikrino, kaip laikomasi sąnaudų apskaitos sistemos, ir nepaskelbė atitikties deklaracijos.

21 — BGBl., I, 1996, p. 1120.

20. TKG 43 straipsnio 6 dalyje (2002 m. spalio 21 d. Įstatymo redakcija [22]) numatytas apmokestinimas papildomais mokesčiais, skirtais padengti bet kokį dominuojančią padėtį rinkoje užimančio operatoriaus patirtą trūkumą.

III — Faktinės aplinkybės, pagrindinės bylos ir klausimai, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą

21. *Arcor AG & Co. KG*, *Communication Services TELE2 GmbH* ir *Firma 01051 Telekom GmbH* veikia Vokietijoje naudodamosi viešaisiais telekomunikacijų tinklais ir, prisijungusios prie *Deutsche Telekom* vietinio tinklo, teikia savo klientams pasirinktojo operatoriaus paslaugą.

22. Reguliavimo institucija reikalauja, kad *Deutsche Telekom* teiktų paslaugą *Telekom-B.2 (vietinė)* už *Arcor AG & Co. KG*, *Communication Services TELE2 GmbH* ir *Firma 01051 Telekom GmbH* mokamą mokestį.

23. Gavusi *Deutsche Telekom* prašymą, 2003 m. balandžio 29 d. Sprendimu *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* (Telekomunikacijų ir pašto reguliavimo institucija) [23], remdamasi TKG 43 straipsnio 6 dalimi ir atsižvelgdama į tai, kad *Deutsche Telekom* iš galutinių vartotojų tenkančios pajamos nepadengia visų vietinio tinklo aktyvavimo sąnaudų, nurodė nuo 2003 m. liepos 1 d. mokėti papildomą, sąnaudomis nepagrįstą įnašą už paslaugą *Telekom-B. 2 (vietinė)*, kurio dydis – 0,0004 euro už minutę.

24. Praėjus vos vienam mėnesiui Komisija [24] paskyrė *Deutsche Telekom* 12 000 600 eurų baudą už piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, reikalaujant iš konkurentų mokėti už prieigą prie vietinio tinklo didesnę kainą nei ta, kuria apmokestina savo pačios abonentus už naudojimąsi fiksuotuoju tinklu.

25. 2003 m. rugsėjo 23 d. Sprendimu reguliavimo institucija panaikino *(ex nunc)* papildomus įnašus, todėl jie buvo taikomi tik laikotarpiu nuo 2003 m. liepos 1 d. iki 2003 m. rugsėjo 23 dienos.

26. Kiekviena iš trijų įmonių, turėjusių mokėti papildomus mokesčius, atskirai užginčijo juos patvirtinantį administracinį sprendimą.

22 — BGBl., I, 2002, p. 4186.

23 — Šiuo metu *Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* (Federalinė elektros energijos, dujų, telekomunikacijų, pašto ir geležinkelių tinklų agentūra).

24 — 2003 m. gegužės 21 d. Sprendimas 2003/707/EB (OL L 263, p. 9), dėl kurio Pirmosios instancijos teisme byla (T-231/03) buvo nagrinėjama ilgiau nei ketverius metus.

27. 2005 m. lapkričio 3 d. Sprendimu Kelno *Verwaltungsgericht* (administracinis teismas) patvirtino jų reikalavimus, remdamasis Bendrijos teisės, būtent – Direktyvos 97/33, iš dalies pakeistos Direktyva 98/61, 7 straipsnio 2 dalies ir 12 straipsnio 7 dalies pažeidimu.

28. Vokietija ir *Deutsche Telekom* pateikė kasacinį skundą *Bundesverwaltungsgericht*, kuris laikosi nuomonės, kad TKG 43 straipsnio 6 dalis gali prieštarauti Bendrijos teisei. Atsižvelgdamas į tai, *Bundesverwaltungsgericht* sustabdė bylos nagrinėjimą ir, prašydamas priimti prejudicinį sprendimą, pateikė Teisingumo Teismui šiuos klausimus:

„1. Ar 1990 m. liepos 28 d. Komisijos Direktyva 90/388/EEB ir 1997 m. birželio 30 d. Europos Parlamento ir Tarybos Direktyva 97/33/EB aiškintinos taip, kad nacionalinė reguliavimo institucija negali įpareigoti su viešuoju telekomunikacijų tinklu sujungto telekomunikacijų tinklo operatoriaus už 2003 m. dominuojančią padėtį rinkoje užimančiam abonentų tinklo operatoriui mokėti mokestį, skirtą padengti trūkumą, kuris tinklo operatoriui susidaro prijungiant abonentus?

Jeigu į pirmąjį klausimą būtų atsakyta teigiamai:

2. Ar į tokios pareigos pagal vidaus teisės nuostatą prieštaravimą Bendrijos teisei turi atsižvelgti nacionalinis teismas, nagrinėdamas bylą dėl jungiamojo tinklo operatoriaus reikalavimo patenkinimo?“

IV — Procedūra Teisingumo Teisme

29. Prašymas priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismo kanceliarijoje buvo gautas 2007 m. kovo 20 dieną.

30. 2007 m. birželio 1 d. Teisingumo Teismo pirmininkas sujungė šias tris bylas, atsižvelgdamas į jų objektyvias sąsajas.

31. Per Teisingumo Teismo statuto 23 straipsnyje nustatytą terminą pastabas pateikė Vokietijos vyriausybė ir *Deutsche Telekom*, kurios siūlo į abu klausimus atsakyti neigiamai, taip pat įmonės ieškovės pagrindinėse bylose ir Komisija. Pastarosios šalys teigia, kad Teisingumo Teismas turėtų nuspręsti, jog nagrinėjamas reikalavimas yra nesuderinamas su Bendrijos teise.

32. 2008 m. vasario 19 d. posėdyje pastabas žodžiu pateikė rašytinėje stadijoje dalyvavusių šalių, taip pat Jungtinės Karalystės atstovai.

V — Klausimų, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, vertinimas

A — *Pirmasis klausimas*

33. Teisingumo Teismo nagrinėti perduodama daugybė bylų, iš kurių nemenką dalį užima telekomunikacijos. Šį fenomeną buvo galima nuspėti vos tik tokioms paslaugoms pradėjus vystytis, nes naudojimuisi jomis būdingas didelis ekonominis potencialas.

1. Kelios išankstinės pastabos apie universaliąsias paslaugas

34. Gali atrodyti paradoksalu, tačiau nors patentas už telefono išradimą Aleksandrui Grahamui Belui (Alexander Graham Bell) [25] 1876 m. buvo suteiktas tik po ilgų teisinių diskusijų [26], visai neseniai Jungtinių Valstijų kongresas [27] reabilitavo italą Antonio Meucci bei jo laimėjimus ir pripažino, kad iki minėtos datos A. Meucci Niujorke viešai pademonstravo, kaip veikia šis išradimas. Taigi abiem minėtiems asmenims pelnytas statusas buvo priskirtas tik daug vandens nutekėjus [28].

35. „Viena sistema, viena politika, universaliosios paslaugos“ [29]. Šis šūkis [30] atskleidė troškimą sutaikyti visą visuomenę pasitelkiant telefono tinklus [31] ir tuo metu, kai konkurencija tarp Belo sistemos („Bell System“) ir nepriklausomų bendrovių virto isteriją [32].

25 — Jungtinių Valstijų Patentas Nr. 174, 465.

26 — Šiuo klausimu žr. E. Evenson „The Telephone Patent Conspiracy of 1876: The Elisha Gray – Alexander Bell Controversy“, *McFarland Publishing*, 2000, Džefersonas (Šiaurės Karolina); B. Catania „Il Governo degli Stati Uniti contro Alexander Graham Bell – Un importante riconoscimento per Antonio Meucci“, *AEI-Automazione, Energia, Informazione*, 86 tomas, Nr. 10, 1999 m. spalio mėn. priedas, p. 1–12; ir to paties autoriaus paskaita *Antonio Meucci finally recognized*, dalyvaujant Italijos prezidentui Carlo Azeglio Ciampi, 2003 m. gegužės 28 d. – Meucci dieną Romoje.

27 — 2002 m. birželio 11 d. Rezoliucija Nr. 269 (107-tasis Kongresas, 1-oji sesija).

28 — Išklausęs beždžionės žynės atsakymus Don Kichotas, kreipdamasis į Sančą, išpranašavo: „Ateitis parodys <...> nes laikas nieko nepalieka neišvilkęs į dienos šviesą, net jeigu tai būtų paslėpta pačioje žemės šerdyje“. M. Cervantes Saavedra „Don Quijote de la Mancha“. (Neoficialus vertimas)

29 — „One policy, one system, universal service“.

30 — Jį 1907 m. Jungtinėse Valstijose sumanė Theodore Wail, „American Telephone and Telegraph Company“ prezidentas.

31 — M. Mueller „Universal service and the new Telecommunications Act: mythology made law“. Communications of the ACM, Rutgers University SCILS, 1997 m. kovas; E. Renaudin „L'evolution du Service Universel dans le secteur des télécommunications“, *DEA Droit public des Affaires*, 2003–2004 m., Paryžiaus universitetas X, Nanteras.

32 — J. Arlandis „Service Universal: évolution d'un concept-clé“, *Communications et stratégies, primer trimestre*, 1994, Nr. 13, p. 41.

36. Universaliųjų paslaugų tikslas – pasiūlyti atitinkamoje teritorijoje kokybiškas paslaugas už prieinamą kainą: tokie tikslai yra išdėstyti Direktyvos 97/33 3 ir 9 straipsniuose.

37. Tačiau ši viešojo intereso užduotis kelia nemažai sunkumų, nes nesant tinkamo nukreipimo kyla pavojus, kad ją tiesiog sužlugdys visuomenė, pasižyminti dualizmu tarp tų, kurie turi galimybę gauti prieigą prie tam tikrų tinklų ir paslaugų, ir tų, kuriems užkirstas kelias tai padaryti.

38. Sprendžiant šiuos sunkumus Bendrijos teisėje atsižvelgiama ir į visuomenės interesus, ir į konkurencijos taisykles ir siekiama ir bendradarbiavimo, ir prekybinės laisvės, kartu nepamirštant būtinybės apskaičiuoti paslaugos kainą ir paskirstyti ją tarp visų operatorių. Šie tikslai atsispindi Sujungimo direktyvos 5 straipsnyje ir Universaliųjų paslaugų direktyvos 12–14 straipsniuose.

39. Todėl kaip neišvengiama pasekmė atsiranda istorinės operatoriaus sąvokos ir universaliųjų paslaugų teikėjo sąvokos atribojimas; taigi šios užduoties gali imtis bet kuri privati, pakankamai pajėgumų turinti firma, o siekiant išvengti bet kokios painiavos tarp teisėjo ir bylos šalies vaidmenų, valstybė savo statusą keičia iš prievaizdo į paprasčiausio reguliatoriaus [33].

33 — E. Renaudin *op. cit,* p. 11.

2. Vietiniai skambučiai – universaliųjų paslaugų dalis

40. Remiantis 1998 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 98/10/EB dėl atvirojo tinklo teikimo (ATT) nuostatos taikymo balso telefonijai ir universaliųjų telekomunikacijų paslaugų konkurencinėje aplinkoje [34] 5 straipsnio 2 dalimi ir Direktyvos 2002/22/EB 4 straipsnio 2 dalimi, akivaizdu, kad vietiniai skambučiai patenka į universaliųjų paslaugų taikymo sritį.

41. Tačiau savo argumentuose buvusi monopolija, palaikoma Vokietijos vyriausybės, Direktyvos 90/388 4c straipsnį aiškina neįprastu būdu, kuris, mano nuomone, nėra pagrįstas.

42. *Deutsche Telekom* tvirtina, kad ši nuostata nėra taikoma, nes ji pati neprisiėmė jokio įsipareigojimo teikti universaliąsias paslaugas.

43. Vis dėlto šios nuostatos versijų neatitikimai [35] skirtingomis Bendrijos kalbomis

34 — OL L 101, p. 24.

35 — Tarp 4c straipsnio versijų skirtingomis kalbomis yra neatitikimų: versijos prancūzų („imposées“) ir vokiečių kalbomis („auferlegt wurden“) leidžia spėti apie paskyrimą, o versijos anglų („entrusted“), italų („assegnati“) ir ispanų kalbomis („confiadas“) suteikia atitinkamoms pareigoms kur kas lankstesnę reikšmę.

pasirodo esą tipiniai, todėl norint šią nuostatą teisingai išaiškinti būtina atsižvelgti į bendrą sistemą ir pagrindinį jos tikslą [36], taip pat remtis kitomis kalbinėmis versijomis [37].

44. Taip aiškinant, minėtą argumentą nesunku atmesti, turint omenyje liberalizavimą, kai bet koks pareigų nustatymas yra tik antraeilės svarbos. Administracinis įsikišimas ir pareigų nustatymas būtų neišvengiamas tik tuomet, jeigu operatoriai negalėtų teikti universaliųjų paslaugų. Tačiau iki atsirandant šiai išimtinei situacijai universaliosios paslaugos yra bendrai patikėtos visai rinkai.

45. Bet kuriuo atveju faktinės aplinkybės rodo, kad iki liberalizavimo ir po jo (daugiau kaip 95 % liberalizavimo) *Deutsche Telekom* veikė universaliųjų paslaugų vietinių skambučių segmente.

36 — 1967 m. gruodžio 5 d. Sprendimas *Van der vecht* (16/67, Rink. p. 446); 1977 m. spalio 27 d. Sprendimas *Bouchereau* (30/77, Rink. p. 1999) ir visai neseniai priimti 2000 m. gruodžio 7 d. Sprendimas *Komisija prieš Italiją* (C-482/98, Rink. p. I-10861); 2004 m. balandžio 1 d. Sprendimas *Borgman* (C-1/02, Rink. p. I-3219) ir 2007 m. balandžio 19 d. Sprendimas *Profisa* (C-63/06, Rink. p. I-3239).

37 — 1990 m. kovo 27 d. Sprendimas *Cricket St. Thomas* (C-372/88, Rink. p. I-1345, 19 punktas).

3. Universaliųjų paslaugų finansavimas

a) Tarifų subalansavimas iš naujo [38]

46. Generalinis advokatas P. Léger [39] pastebėjo, kad sukūrus esmines sąlygas telekomunikacijų rinkai atverti veiksminga konkurencija reikalauja iš naujo subalansuoti tarifus, ir tai leistų užkirsti kelią tam, jog operatoriai savo veiklą sutelks į labiausiai pelningus rinkos segmentus (nacionalinius ir tarptautinius skambučius) ir nustums į šalį mažiau pelningas paslaugas (vidaus skambučius), kurios taip pat turi būti teikiamos pagal įpareigojimus teikti universaliąsias paslaugas.

47. Šio tikslo siekiama Direktyva 90/388, iš dalies pakeista Direktyva 96/19. Pastarosios direktyvos preambulės dvidešimtoje konstatuojamojoje dalyje aprašoma situacija, kurią siekiama pakeisti, kai tam tikros telefono skambučių kategorijos yra teikiamos nuostolingai ir kryžmiškai subsidijuojamos iš konkrečios įmonės veiklos kituose segmentuose pelno.

48. Dirbtinai mažos vietinių skambučių kainos trukdo konkurencijai ir neteikia

38 — Pagal anglosaksų terminiją „rebalancing“.

39 — 2003 m. liepos 10 d. Išvada byloje *Komisija prieš Ispaniją* (2004 m. sausio 7 d. Sprendimas, C-500/01, Rink. p. I-583, 3 ir 4 punktai).

potencialiems konkurentams jokių paskatų įsilieti į ne tokias pelningas sritis.

49. Nors 2004 m. sausio 7 d. Sprendime *Komisija prieš Ispaniją* [40] Teisingumo Teismas pripažino, kad Direktyvos 90/388 4c straipsnyje nenustatytas laikotarpis, per kurį tarifai turi būti iš naujo subalansuoti, kartu konstatavo, jog Direktyva 96/19 numatė tokį subalansavimą vykdyti nepertraukiamu tempu ir užbaigti ne vėliau kaip 1998 m. sausio 1 d. (32 punktas).

50. Direktyvos 96/19 preambulės penktoje konstatuojamojoje dalyje teigiama, kad neišplėtotiems [41] arba labai mažiems [42] tinklams bus suteikiamos šio termino išimtys, tačiau visais atvejais taikomas detalus grafikas.

51. Nė viena šių išimčių nebuvo iškelta Teisingumo Teisme, todėl darytina išvada, kad iki 2003 m. tarifai Vokietijoje turėjo būti subalansuoti iš naujo. Panašioje byloje Teisingumo Teismas pripažino, jog Prancūzija pažeidė įsipareigojimus ir nesilaikė šių terminų, nes buvo nustatyta, kad Direktyvos 90/388 su pakeitimais 4c straipsnio trečiojoje pastraipoje numatytas reikalavimas iš naujo subalansuoti tarifus nebuvo baigtas vykdyti iki 1998 m. sausio 1 d., ir Prancūzija nenusiuntė Komisijai savo planų dėl laipsniško likusių netolygumų likvidavimo ar detalaus tokio likvidavimo grafiko [43].

b) Kryžminis subsidijavimas: netinkamas finansavimo mechanizmas konkurencijai atvertoje rinkoje

52. Be liberalizavimo tam, kad sušvelnintų tam tikras sąveikos sąlygas, Direktyvoje 97/33 naudojami teisingumo ir proporcingumo ingredientai, pagardinti nediskriminavimo principu (antra konstatuojamoji dalis) ir patiekti apskaitos atskyrimo forma, siekiant išvengti bet kokių sunkumų, susijusių su neteisėtu kryžminiu subsidijavimu [44], kurį visada nelengva įsisavinti prie laisvos konkurencijos stalo.

53. Skirtingai nei monopolio atveju, kai tokie vidiniai pervedimai (kuriais pelnas iš veiklos, kuriai netaikomi apribojimai, buvo skiriamas padengti nuostolius, patirtus teikiant socialines, pavyzdžiui, universaliąsias, paslaugas) buvo priimtini, pagal naująją liberalizavimo sistemą jie netoleruojami. Priežastis ta, kad dominuojančią padėtį rinkoje užimančios įmonės gali tokią praktiką pasitelkti kaip ginklą konkurentams pašalinti, t. y. sąmo-

40 — C-500/01 (minėtas ankstesnėje išnašoje).

41 — Kaip buvo Ispanijoje, Airijoje, Graikijoje ir Portugalijoje.

42 — Dėl akivaizdžių priežasčių – Liuksemburgo.

43 — 2001 m. gruodžio 6 d. Sprendimas *Komisija prieš Prancūziją* (C-146/00, Rink. p. I-9767, 35 punktas).

44 — Van Bael & Bellis „Competition Law of the European Community“, *Kluwer Law*, 4-asis leidimas, p. 939.

ningai palaikyti grobikiškas kainas [45] ir, užuot rinkdamos sumas iš klientų, perkelti jas kitiems operatoriams, kaip savo rašytinėse pastabose teigia ieškovės pagrindinėse bylose.

54. Taigi konkurencija yra iškraipoma, nes norėdami gauti pelno naujieji operatoriai, kurie verčiami mokėti papildomus mokesčius, turi padidinti kainas savo konkurencingumo sąskaita. Todėl Vokietijos vyriausybės posėdyje pateiktas paaiškinimas, kad nagrinėjama padėtis naudinga kitiems operatoriams, įskaitant *Arcor*, yra niekuo nepagrįstas.

55. Vadinasi, *Deutsche Telekom* naudojasi EB 82 ir paskesniuose straipsniuose draudžiamu protekcionizmu, kuris taip pat pasirodo endogaminis, nes, kaip ši įmonė pripažino savo pastabose, Vokietijos Federacinei Respublikai priklauso 31,7 % jos kapitalo dalies, o posėdyje *Firma 01051 Telekom GmbH* atstovas nurodė, kad valstybei priklauso 43 % pastarosios bendrovės kapitalo [46].

45 — 1996 m. lapkričio 14 d. Sprendime *Tetra Pak II* (C-333/94, Rink. p. I-5951) Teisingumo Teismas pateikė metodus grobikiškoms kainoms nustatyti.

46 — 2003 m. gegužės 13 d. Sprendime *Komisija prieš Ispaniją* (C-463/00, Rink. p. I-4581) ir 2007 m. gruodžio 6 d. Sprendime *Federconsumatori ir kt.* (C-463/04 ir C-464/04, Rink. p. I-10419) Teisingumo Teismas konstatavo, kad „negalima neigti intereso, kuris, atsižvelgiant į aplinkybes, gali pateisinti tam tikrą valstybių narių įtaką viešosios teisės reglamentuojamose įmonėse, privatizuojamose tada, kai jos veikia bendrojo intereso paslaugų arba strateginėse srityse“.

c) Prieigos deficitas

56. Nuostoliai atsiranda tada, kai sąnaudos sudarant naujosios įmonėms sąlygas naudotis vietiniu tinklu viršija pajamas, gautas vykdant šią užduotį.

57. Toks trūkumas yra giliai įsišaknijęs, pradedant monopolijų era, kai finansiniai parametrai buvo sudaromi atsižvelgiant į galutinio vartotojo pastangas, o bendradarbiavimo dvasia neleido nustatyti pernelyg didelių mokesčių, ir tai reiškė, kad tikrosios paslaugos teikimo sąnaudos nebuvo padengiamos.

58. Tačiau Vokietijos vyriausybės ir *Deutsche Telekom* pateiktas požiūris nebeatitinka Bendrijos teisės, nes 1998 m. sausio 1 d. (su galimybe pratęsti iki 2000 m. sausio 1 d.) yra lūžio taškas, iki kurio per pereinamąjį laikotarpį ankstesnės monopolijos turėjo prisitaikyti prie naujosios padėties ir iš naujo subalansuoti renkamus mokesčius.

59. Tai matyti iš 1998 m. balandžio 8 d. Komisijos rekomendacijos 98/322/EB [47] ir iš jos pirmtako, t. y. 1996 m. lapkričio 27 d. pranešimo [48].

60. Priežastis yra akivaizdi. Skirtumas tarp sujungimo mokesčių ir universaliosios paslaugos mokesčių taptų neaiškus, jeigu kaip alternatyvą tarifams subalansuoti iš naujo leistume rinkti kitus mokesčius, kai toks subalansavimas konkrečiai skatina panaikinti operatorių pasirinkimo kliūtis ir pašalinti bet kokį trūkumą.

d) Sujungimo mokesčius papildantys mokėjimai: trumpalaikė priemonė

61. Vokietijos ir *Deutsche Telekom* argumentai, kad atitinkamos direktyvos nedraudžia tokio finansavimo, yra nepagrįsti.

62. Turėčiau atkreipti dėmesį į prieštaravimus tvirtinant, kad, viena vertus, Direktyvos 90/388 4c straipsniu draudžiami mokesčiai, mažesni nei tikrosios paslaugos teikimo sąnaudos, ir, kita vertus, kad 4c straipsniu nedraudžiama toliau taikyti tokių nuostolių kompensacijos.

63. Akivaizdu, kad jeigu Bendrijos teisė tokius nuostolius oficialiai draudžia, tuomet siūlymas, kad juos galima neutralizuoti padengiant minėtu būdu, prilygsta tokių nuostolių pateisinimui [49].

64. Todėl iškyla būtinybė papildomus ir pagrindinius mokėjimus susieti su vienodos rūšies pasekmėmis [50], ir tai leidžia daryti išvadą, kad apmokėjus skolą dingsta ir jos pasekmės.

65. Kaip tikra hipochondrikė [51] *Deutsche Telekom* nepaliauja skųstis dėl istoriškai susiklosčiusios skolos, už kurią, mano nuomone, atsakomybė tenka tik jai vienai.

66. Aš pritariu šios bylos dėl prejudicinio sprendimo priėmimo šalims, kad vietinio tinklo nuostolius 2003 m. lėmė dominuojančią padėtį rinkoje užimančio operatoriaus praktika, nes nematau absoliučiai jokių kliūčių, kurios būtų užkirtusios kelią šiems nuostoliams padengti didinant kainas.

47 — 1998 m. balandžio 8 d. Komisijos rekomendacija 98/322/EB dėl sujungimo liberalizuotoje telekomunikacijų rinkoje (2 dalis – Apskaitos atskyrimas ir sąnaudų apskaita) (OL L 141, p. 6).

48 — 19996 m. lapkričio 27 d. Komisijos pranešimas dėl nacionalinių schemų universaliųjų paslaugų sąnaudoms apskaičiuoti ir šioms paslaugoms finansuoti vertinimo kriterijų ir valstybėms narėms skirtų gairių dėl tokių schemų veikimo (COM(96) 608).

49 — Taip savo pastabose tvirtina *Firma 01051 Telecom GmbH*.

50 — *Sublato principali, tollitur accessorium*.

51 — Kūrinyje „Hipochondrikas“ Moljeras groteskiškai pasakoja apie išsigalvotų ligų vergo hipochondriko Argano bėdas, mėginant apvesdinti savo dukterį Andželiką su daktaro sūnumi, nes šie santykiai Arganui garantuotų medicininę priežiūrą iki gyvos galvos.

67. Mane stebina *Deutsche Telekom* argumentai, kad sprendime *Komisija prieš Ispaniją* [52] pateiktos gairės negali būti pritaikytos nagrinėjamai bylai, nes pirmojoje byloje atsakomybė už finansinius trūkumus buvo padalyta tarp telekomunikacijų organizacijos ir nacionalinių valdžios institucijų, todėl, *Deutsche Telekom* nuomone, šios situacijos negalima prilyginti tokiai situacijai, kai „trūkumai yra priskirtini tik aptariamai įmonei“ [53].

68. Teisingumo Teismas konstatavo, kad Ispanija pažeidė šias direktyvas, nes jos reguliavimo institucija nustatė griežtas viršutines kainų ribas. Tačiau, mano nuomone, netgi turint tam tikrą veiksmų laisvę reikia turėti omenyje, kad konkurenciją tarp įmonių taip pat pažeidžia papildomi mokesčiai, sukurti palaikyti vienos iš šių įmonių kapitalą.

69. Jeigu universaliųjų paslaugų finansavimas yra pagrįstas tik sąnaudomis, tuomet prijungimą prie vietinio tinklo, kurio galutinis paslaugos gavėjas yra atitinkamas vartotojas, šis paslaugos gavėjas subsidijuoja per abonentų linijos mokestį, o prasmė įvertinti trūkumus [54] ir juos padengti akivaizdžiai atsiranda ne tada, kai nuostolius lemia paties operatoriaus verslo strategija, o tik tais atvejais, kai pasirinktasis operatorius susiduria su sunkumais iš naujo subalansuodamas savo tarifus (o taip nėra nagrinėjamu atveju).

70. Pritardamas Komisijos tvirtinimams, kad papildomi mokesčiai, skirti padengti prijungimo sąnaudas, nėra mokėjimas už sujungimo paslaugas, esu linkęs sutikti su nuomone, kad įstatyminių kliūčių neapsunkintoje srityje tokie papildomi mokesčiai tampa į valstybės pagalbą panašiu užmaskuotu finansiniu mechanizmu [55], kurį draudžia Bendrijos teisė.

71. Tačiau dėl bet kokių nepagrįstų mokesčių, kylančių iš įpareigojimų teikti universaliąsias paslaugas, turi būti imamasi priemonių, nes juos reikia neutralizuoti, naudojant tinkamas paskirstymo sistemas.

72. Ši taisyklė nėra besąlygiška, nes pagal Teisingumo Teismo praktiką [56] į EB 87 straipsnio 1 dalies taikymo sritį nepatenka tam tikros administracinės intervencijos, esančios atlyginimu už privalomas viešąsias paslaugas [57], jeigu jos nepagerina atitinkamų įmonių padėties.

52 — Byla C-500/01.

53 — Posėdyje Vokietijos vyriausybė pabrėžė, kad nuo 1997 m. gruodžio mėn. *Deutsche Telekom* galėjo nevaržoma iš naujo subalansuoti savo kainas.

54 — 1998 m. sausio 8 d. Komisijos rekomendacijos 98/195/EB dėl sujungimo liberalizuotoje telekomunikacijų rinkoje (1 dalis – Sujungimo sąnaudų apskaičiavimas) (OL L 73, p. 42) I priedas.

55 — 1961 m. vasario 23 d. Sprendime *Steenkolenmijnen in Limburg prieš Aukštąją instituciją* (30/59, Rink. p. 91), Teisingumo Teismas pateikė plačią pagalbos apibrėžtį, pagal kurią, be pozityvios naudos, pavyzdžiui, subsidijos, pagalba taip pat apima kitokią naudą, kuri įvairiomis formomis sušvelnina mokesčius, įprastai įtraukiamus į įmonės biudžetą. Šiuo požiūriu Bendrijos teisė draudžia teikti privilegijas, bet kuriuo būdu tiesiogiai ar netiesiogiai palaikančias įmonę arba teikiančias ekonominę naudą, kurios įmonė gavėja nebūtų gavusi įprastomis rinkos sąlygomis (1996 m. liepos 11 d. Sprendimo *SFEI ir kiti*, C-39/94, Rink. p. I-3547, 60 punktas ir 1999 m. balandžio 29 d. Sprendimo *Ispanija prieš Komisiją*, C-342/96, Rink. p. I-2459, 41 punktas).

56 — Dėl viešųjų transporto paslaugų žr. 2003 m. liepos 24 d. Sprendimą *Altmark Trans ir Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00, Rink. p. I-7747); dėl kompensavimo už naftos produktų likučių surinkimą ir šalinimą žr. 1985 m. vasario 7 d. Sprendimą *ADBHU* (C-240/83, Rink. p. 531); dėl mokesčio, kurį tiesioginiam pardavimui taiko farmacijos laboratorijos, netaikymo tais atvejais, kai mokestis atitinka papildomas sąnaudas, kurias vykdydami savo prievolę teikti viešąsias paslaugas patiria didmeniniai platintojai, žr. 2001 m. lapkričio 22 d. Sprendimą *Ferring* (C-53/00, Rink. p. I-9067).

57 — Ši koncepcija labiau būdinga tokioms teisės tradicijoms, kaip antai Prancūzijos ir Ispanijos, nei anglakalbių šalių teisės tradicijoms.

73. Tačiau reikia ypač pasirūpinti, kad nebūtų pakenkta konkurentams, todėl šiuo tikslu telekomunikacijų srityje Direktyvos 90/388 4c straipsnyje numatyta, kad valstybės narės dalijasi šiomis neekonominėmis pasekmėmis naudodamosi papildomais mokesčiais arba universaliųjų paslaugų fondais, jeigu tai yra „būtina“.

74. Savaime suprantama, kad šią neapibrėžtą teisinę koncepciją galima papildyti tik įstatyminėmis priemonėmis, draudžiančiomis iš naujo subalansuoti vietinio tinklo tarifus, nes tokių kliūčių nesant šie papildomi mokesčiai būtų nepateisinami [58].

75. Poreikis padengti nuostolius taip pat yra nurodytas Direktyvos 97/33 5 straipsnio 1 ir 3 dalyse, į kurias atsižvelgus akivaizdu, kaip svarbu įnašus skaičiuoti remiantis galimomis palyginti sumomis [59], išimtinai pagrįstomis tiesioginėmis paslaugos teikimo sąnaudomis. Tai skiriasi nuo situacijos pagrindinėje byloje, kuri yra susijusi su patvirtintais, visoms įmonėms nustatytais mokesčiais, neatsižvelgiant į bendrą situaciją.

76. Paskutinė grandis aptinkama Universaliųjų paslaugų direktyvos 13 straipsnio 1 dalies a ir b punktuose, kuriais remiantis akivaizdu, kad sprendimą galima rasti naudojant viešuosius fondus arba bendrąjį kompensavimo fondą, į kurį įnašus daro visi paslaugų teikėjai, tačiau specialių mokėjimų tarp įmonių koncepcija su galimu sprendimu yra nesuderinama.

77. Atsižvelgiant į tai, Bendrijos teisės neatitinka visos priemonės, skirtos minimizuoti reikalaujamą tarifų subalansavimą iš naujo. Tokia išvada skatina valstybes nares nustatyti tarifus [60], t. y. atlikti užduotį, kurią prireikus jos turi vykdyti skaidriai, be jokių slaptų užmačių ir siekdamos tik kompensavimo.

78. Tokioje atviroje rinkoje, kaip antai telekomunikacijos, skaidrumui teikiama itin didelė reikšmė [61], nes jį skatina viešojo intereso reikalavimai ir poreikis užtikrinti operatorių lygybę, t. y. esminiai reikalavimai, nuo kurių be pateisinamų priežasčių negalima nukrypti.

79. Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, atsakydamas į pirmąjį klausimą, dėl kurio pateiktas

58 — Šiuo požiūriu Komisijos rekomendacija 98/195/EB yra visiškai aiški.

59 — Tai jau savaime reikalauja nurodyti atskirus telekomunikacijų rinkoje veikiantiems operatoriams tenkančius įnašus.

60 — Komisijos rekomendacijos 98/195/EB preambulės trečioje konstatuojamojoje dalyje kaip tik pastebėta, kad pagal subsidiarumo principą pareiga nustatyti sujungimo tarifus tenka valstybėms narėms.

61 — Atsižvelgiant į laipsniską skaidrumo principo stiprinimą Teisingumo Teismo praktikoje, akivaizdu, kad šis principas yra nerašytinis Bendrijos teisės šaltinis. Žr. 1996 m. balandžio 25 d. Sprendimą *Komisija prieš Belgiją* (C-87/94, Rink. p. I-2043) ir 1999 m. lapkričio 18 d. Sprendimą *Unitron Scandinavia ir 3-S* (C-275/98, Rink. p. I-8305).

prašymas priimti prejudicinį sprendimą, Teisingumo Teismas turėtų pripažinti, kad Konkurencijos ir Sujungimo direktyvos draudžia tokią taisyklę, kokia įtvirtinta Vokietijos teisėje, pagal kurią dominuojančią padėtį rinkoje užimančios įmonės nuostoliai gali būti padengiami sujungimo mokesčius papildančiais įnašais, kurie apskaičiuojami ne vien išimtinai remiantis paslaugos teikimo sąnaudomis.

B — *Antrasis klausimas*

80. Atsakius į pirmąjį klausimą būtina išsklaidyti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo netikrumą dėl to, ar reikia atitinkamas direktyvas taikyti vietoje joms prieštaraujančių nacionalinių nuostatų.

81. Labai svarbu pasitelkti pagrindinį Bendrijos teisės viršenybės principą ir, atsižvelgiant į Teisingumo Teismo praktiką, ištirti šių nuostatų veiksmingumą bei taip pašalinti abstrakčią painiavą, iškreipiančią abejonių nekeliantį šios situacijos vaizdą.

1. Visiška viršenybė

82. Bendrijos teisės vientisumas reikalauja, kad ir jos pirminės, ir antrinės teisės nuostatoms būtų teikiama ta pati reikšmė, kad jos būtų lygiai taip pat privalomai taikomos ir kad jų dalykas būtų tas pats visose valstybėse narėse. To nebūtų įmanoma pasiekti be absoliučios Bendrijos teisės viršenybės [62].

83. Tačiau šis besąlygiškumas susilpnėja, jeigu suabejojame Bendrijos teisės viršenybės nedalumu arba besąlygišku pobūdžiu, pro pirštus žvelgdami į tai, kad šis principas yra susijęs su Bendrijos teise apskritai ir taikomas visoms nacionalinės teisės nuostatoms.

84. Šiuo požiūriu pačiu Europos bendrijos apyaušriu Teisingumo Teismas konstatavo, jog [63] „iš Sutarties kylanti teisė <…> negali būti silpnesnė už nacionalinės teisės nuostatas, kad ir kokios formos jos būtų“, ir jog „Bendrijos teisės nuostatos yra viršesnės už bet kurią joms prieštaraujančią nacionalinę nuostatą“, ir tai reiškia, kad viršenybės principas be jokių išimčių yra taikomas ir valstybių narių konstitucijoms.

85. Be to, antrojoje išvadoje byloje *Pfeiffer* [64] nepritariau teiginiams, kad viršenybė gali būti priskiriama tik pirminei Bendrijos teisei ir daugių daugiausia reglamentams, nes toks skirstymas yra pasmerktas kritikai dėl dirbtinumo ir netikslumo.

62 — D. Simon „Le système juridique communautaire“, 2-asis leidimas, *Presses Universitaires de France*, Paryžius, 1998, p. 284.

63 — 1964 m. liepos 15 d. Sprendimas *Costa prieš ENEL* (6/64, Rink. p. 1141).

64 — 2004 m. spalio 5 d. Sprendimas *Pfeiffer ir kt.* (C-397/01–C-403/01, Rink. p. I-8835). 2004 m. balandžio 27 d. Išvados šioje byloje 42 punkte nagrinėjau sprendimą *Simmenthal*, kuriame Teisingumo Teismas patvirtino ir Sutarties, ir tiesiogiai taikomų institucijų priemonių viršenybę, ir pateikiau nuomonę, kad jeigu Bendrijos teisė draudžia valstybės narės teisės nuostatą, beveik prieš 40 metų įtvirtintu viršenybės principu reikia remtis, nepaisant to, koks tai Bendrijos teisės šaltinis – Sutartis, reglamentas ar direktyva.

2. Konkurencijos ir Sujungimo direktyvų tiesioginis veikimas

86. Tiesioginio veikimo teoriją Teisingumo Teismas pradėjo plėtoti sprendime *Van Gend ir Loos* [65]. Sprendime *Van Duyn* [66] Teisingumo Teismas šią teoriją išplėtė direktyvoms, kiek tai susiję su teisėmis, kurias direktyvos suteikia privatiems asmenims [67], o susistemino sprendimuose *Ratti* [68] ir *Becker* [69].

87. Teisingumo Teismas išmintingai akcentuoja direktyvos funkcijas ir konstatuoja, kad norint direktyva remtis, ji turi būti pakankamai tiksli [70], ir kad per nustatytą laikotarpį neturi būti priimta nacionalinių priemonių arba nacionalinės teisės aktai turi būti nesuderinami su Bendrijos teise dėl klaidingo arba netinkamo perkėlimo [71].

88. Atitinkamai, jeigu Bendrijos teisės veiksmingumas yra saugomas ir jo nesusilpnina direktyvos neįgyvendinimas arba neteisingas perkėlimas, privačių asmenų teisės sustiprėja.

89. Kartu šie veiksniai sukuria argumentų sistemą, pagrindžiančią Direktyvos 90/388 4c straipsnio ir Direktyvos 97/33 12 straipsnio 7 dalies, kurių neatitinka 1996 m. TKG 43 straipsnio 6 dalis, tiesioginį taikymą [72].

90. Jeigu nacionalinės teisės neįmanoma aiškinti Bendrijos teisę atitinkančiu būdu, reikalauti, kad teismai veiktų siekdami harmonijos, reiškia, jog dingsta plonytė skiriamoji riba tarp teisės kūrimo ir teisės aiškinimo [73].

91. Remiantis ginčijamomis nuostatomis, akivaizdu, kad pagal orientavimosi į sąnaudas taisyklę (Direktyvos 97/33 7 straipsnio 2 dalis ir 12 straipsnio 7 dalis) po 1998 m. sausio 1 d. (Direktyvos 90/388 4c straipsnis) Vokietijoje buvo neteisėta nustatyti prijungimo mokesčius papildančius įnašus.

65 — 1963 m. vasario 5 d. Sprendimas *Van Gend and Loos* (26/62, Rink., 1963, p. 3).

66 — 1974 m. gruodžio 4 d. Sprendimas *Van Duyn* (41/74, Rink. p 1337).

67 — Šį aspektą Teisingumo Teismas patvirtino 1975 m. vasario 26 d. Sprendime *Bonsignore* (67/74, Rink. p. 297); 1975 m. spalio 28 d. Sprendime *Rutili* (36/75, Rink. p. 1219); 1976 m. balandžio 8 d. Sprendime *Royer* (48/75, Rink. p. 497); 1977 m. spalio 27 d. Sprendime *Bouchereau* (30/77, Rink. p. 1999); 1976 m. liepos 7 d. Sprendime *Watson ir Belmann* (118/75, Rink. p. 1185); 1977 m. liepos 14 d. Sprendime *Sagulo ir kt.* (8/77, Rink. p. 1495) ir 1980 m. liepos 3 d. Sprendime *Pieck* (157/79, Rink. p. 2171).

68 — 1979 m. balandžio 5 d. Sprendimas *Ratti* (148/78, Rink. p. 1629).

69 — 1982 m. sausio 19 d. Sprendimas *Becker* (8/81, Rink. p. 53).

70 — M. Wathelet „Du concept de l'effet direct à celui de l'invocabilité au regard de la jurisprudence récente de la Cour de Justice", *A true European Law. Essays for Judge David Edward,* Mark Hoskins & William Robinson, Oksfordas ir Portlendas (Oregonas), 2003, p. 370, teigiama, kad reikalavimo, jog direktyva turi būti tiksli ir besąlygiška, reikia laikytis ne tada, kai, remiantis Bendrijos teisės nuostata, siekiama nacionalinės nuostatos netaikyti, o tik tada, jeigu tokią nacionalinę teisės nuostatą ketinama pakeisti, nors Teisingumo Teismas yra konstatavęs, kad šio reikalavimo turi būti laikomasi abiem atvejais.

71 — 1989 m. birželio 22 d. Sprendimas *Fratelli Costanzo* (103/88, Rink. p. 1839) ir 1999 m. birželio 1 d. Sprendimas *Kortas* (C-319/97, Rink. p. I-3143).

72 — Šiuo požiūriu pritariu tam, kad prašyme priimti prejudicinį sprendimą (44 ir paskesniuose punktuose) akivaizdžiai netgi neabejojama dėl to, jog šiomis direktyvomis sukuriamos tikslios ir besąlygiškos teisės.

73 — F. Emmert „Les jeux sont faits: rien ne va plus ou une nouvelle ocassion perdue par la CJCE", *Revue trimestrielle de droit européen*, Nr. 1, 1995, p. 17.

92. Nagrinėjamoji byla yra susijusi ne su abstrakčiais principais, o su konkrečiomis teisės aktų nuostatomis, kurios suteikia telekomunikacijų operatoriams teisę į sujungimo mokestį įtraukti tik prijungimo prie vietinio tinklo sąnaudas.

93. Be to, šias teises įtvirtinančios nuostatos yra pagrįstos laisvos konkurencijos principu [74], kurį Teisingumo Teismas pripažino [75] kaip galintį sukurti tiesiogiai veikiančias teises, įskaitant (horizontalius) santykius tarp privačių asmenų, kurias nacionaliniai teismai privalo užtikrinti.

94. Nustatant galutinę kainą yra atsižvelgiama į specifinę sąnaudomis pagrįstų tarifų koncepciją, nors ji ir nepaneigia atitinkamos teisės esmės.

95. Rimtus argumentus, kuriuos Vokietijos vyriausybė ir *Deutsche Telekom* pateikė siekdamos užmaskuoti šių nuostatų tikslumą, niekais paverčia rimta painiava jų formuluotėse, kurią galima išsklaidyti supratus, kad šiais argumentais klaidingai lyginama „inkorporavimo“ užduotis ir abstrakti direktyvos „įgyvendinimo“ koncepcija.

96. Taigi nacionalinė reguliavimo institucija nustato mokesčio dydį, naudodamasi teisiniu pagrindu, kuris yra pakankamai tikslus ir besąlygiškas (papildomų mokesčių, nereikalingų sąnaudoms padengti, draudimas) ir kuris nereikalauja jokių papildomų Bendrijos ar nacionalinės teisės priemonių.

97. Bet kuriuo atveju reikia turėti omenyje, kad pagal Teisingumo Teismo praktiką, kaip savo išvadoje [76] byloje *Félix Palacios de la Villa* [77] pažymi generalinis advokatas J. Mázak, jeigu direktyva turi išimčių arba nustato pateisinančias priežastis, tai dar nereiškia, kad ji nepasižymi tiesioginiu veikimu.

3. Vertikalūs, horizontalūs ir trišaliai santykiai

98. Tiesioginio veikimo doktrina pasireiškia vertikalioje, vienakryptėje plokštumoje (nuo privataus asmens valstybės link), nes tiek eismas priešinga kryptimi (atvirkštiniai vertikalūs santykiai) [78], tiek statmeni keliai, kurie leistų direktyva remtis tarp privačių asmenų (horizontalus tiesioginis veikimas) yra draudžiami [79].

74 — EB 82 straipsnis.

75 — Savo nusistovėjusioje praktikoje, kaip akivaizdu iš 1974 m. balandžio 30 d. Sprendimo *Sacchi* (C-155/73, Rink. p. 409); 1974 m. sausio 30 d. Sprendimo *BRT prieš SABAM* (C-127/73, Rink. p. 51); 1991 m. gruodžio 10 d. Sprendimo *Merci Convenzionali porto di Genova* (C-179/90, Rink. p. I-5889); 1997 m. kovo 18 d. Sprendimo *Guérin automobiles prieš Komisiją* (C-282/95, Rink. p. I-1503); 1997 m. liepos 17 d. Sprendimo *GT-Link* (C-242/95, Rink. p. I-4449); 1999 m. rugsėjo 16 d. Sprendimo *Becu ir kt.* (C-22/98, Rink. p. I-5665); 2000 m. birželio 8 d. Sprendimo *Carra ir kt.* (C-258/98, Rink. p. I-4217) ir 2004 m. balandžio 1 d. Sprendimo *Komisija prieš Italiją* (C-99/02, Rink. p. I-3353).

76 — Kurioje jis rėmėsi sprendimo *Pfeiffer ir kt.* 105 punktu. Antrojoje išvadoje byloje *Pfeiffer* (36 punkte) pabrėžiau, kad svarbu nesužlugdyti progreso, padaryto tiesioginio veikimo srityje.

77 — 2007 m. spalio 16 d. Sprendimas *Félix Palacios de la Villa prieš Cortefiel Servicios SA* (C-411/05, Rink. p. I-8531).

78 — 1996 m. gruodžio 12 d. Sprendimas *X* (C-74/95 ir C-129/95, Rink. p. I-6609).

79 — 1986 m. vasario 26 d. Sprendimas *Marshall I* (152/84, Rink. p. 723).

99. Teisingumo Teismo teigimu, tiesioginio direktyvų veikimo doktrinos išplėtimas į santykių tarp privačių asmenų sferą prilygtų kompetencijos nustatyti privačių asmenų pareigas suteikimui Bendrijai, nors tokia kompetencija apsiriboja tik reglamentų ir sprendimų priėmimu [80].

100. Vis dėlto laikas neužgniaužė raginimų pripažinti horizontalų tiesioginį veikimą. Generalinis advokatas C. O. Lenz [81] tokį raginimą išreiškė išvadoje byloje *Faccini Dori* [82], savo ruožtu remdamasis argumentais, anksčiau pateiktais generalinių advokatų W. Van Gerven [83] ir F. G. Jacobs [84].

101. Panašu, kad šiuos autorius vargina jausmas apie praleistą progą [85], nepaisant to, kad Teisingumo Teismas nesusvyravęs šią doktriną [86] pritaikė tokiais atvejais, kai direktyva daro poveikį privačių asmenų, kurie nėra vertikalių santykių dalis, teisėms, ir taip davė pagrindą trišalių santykių teorijai [87].

102. Tačiau sprendime *Wells* [88], susijusiame su aplinkos apsauga [89], t. y. sritimi, kur ginami interesai nėra apibrėžti, Teisingumo Teismas pateikė tvirtesnes gaires. Pažymėjęs, kad „privatus asmuo negali remtis direktyva prieš valstybę narę, kai klausimas yra susijęs su valstybės įsipareigojimu, tiesiogiai siejamu su kito įsipareigojimo vykdymu, pagal šią direktyvą tenkančiu trečiajai šaliai“ (56 punktas), vis dėlto toliau Teisingumo Teismas pirmą kartą konstatavo, kad „neigiamas poveikis trečiųjų šalių teisėms, net jeigu toks poveikis yra tikras, nepateisina draudimo privačiam asmeniui remtis direktyvos nuostatomis prieš atitinkamą valstybę narę“ (57 punktas).

4. Išvada, kad TKG neatitinka Bendrijos teisės

103. Bendrijos teismų praktikos repertuare nėra vietos disharmonijai, nors tokiais

80 — 1996 m. kovo 7 d. Sprendimas *El Corte Inglés* (C-192/94, Rink. p. I-1281).

81 — Generalinis advokatas C. O. Lenz ragino Sutartimi grįstus teisės aktus plėtoti laikantis vienodo, veiksmingo Bendrijos teisės taikymo intereso, taigi išplėsti šią doktriną santykiams tarp privačių asmenų ir taip patenkinti teisėtus Sąjungos piliečių brandinamus lūkesčius.

82 — 1994 m. liepos 14 d. Sprendimas *Faccini Dori* (C-91/92, Rink. p. I-3225).

83 — 1993 m. sausio 26 d. Išvada byloje *Marshall II* (1993 m. rugpjūčio 2 d. Sprendimas *Marshall II*, C-271/91, Rink. p. I-4367).

84 — 1994 m. sausio 27 d. Išvada byloje *Vaneetveld* (1994 m. kovo 3 d. Sprendimas *Vaneetveld*, C-316/93, Rink. p. I-763).

85 — Be minėto F. Emmert darbo, toks požiūris taip pat pateikiamas T. Tridimas „Horizontal effect of directives: a missed opportunity?“, *European Law Review*, Nr. 6, 1994, p. 621–636.

86 — Šį aspektą nurodžiau savo antrosios išvados byloje *Pfeiffer ir kt.* 41 punkte.

87 — Viešųjų pirkimų srityje žr. sprendimą *Fratelli Costanzo*; dėl prekybos patentiniais medicinos produktais žr. 1996 m. lapkričio 12 d. Sprendimą *Smith & Nephew ir Primecrown* (C-201/94, Rink. p. I-5819); dėl techninių reglamentų žr. 1996 m. balandžio 30 d. Sprendimą *CIA Security* (C-194/94, Rink. p. I-2201) ir 2000 m. rugsėjo 26 d. Sprendimą *Unilever* (C-443/98, Rink. p. I-7535).

88 — 2004 m. sausio 7 d. Sprendimas *Wells* (C-201/02, Rink. p. I-723).

89 — Nors Teisingumo Teismas jau buvo patvirtinęs netiesioginio horizontalaus veikimo taikymą aplinkos apsaugos srityje 1999 m. rugsėjo 16 d. Sprendime *World Wildlife Fund ir kt.* (C-435/97, Rink. p. I-5613).

atvejais, koks nagrinėjamas, šis repertuaras užleidžia vietą trišalių santykių melodijai.

104. Mano nuomone, nėra jokio pagrindo atmesti tokią išvadą. Svarbu prisiminti, kad nagrinėjamus prašymus priimti prejudicinį sprendimą pagrindžiantys faktiniai ir teisiniai santykiai yra susiję su privačiais asmenimis (*Arcor*, *TELE2* ir *Telekom GmbH*), kurie pateikė ieškinius ne prieš kitą privatų asmenį, o prieš valstybę (*Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*).

105. Čia slypi pagrindinis skirtumas tarp nagrinėjamos bylos ir kitų bylų, ypač *Telefónica O2 Czech Republic*, kuri buvo susijusi su dviejų telekomunikacijų operatorių ginču dėl prieigos prie tinklo, peraugusiu į civilinę bylą tarp šių šalių, o reguliavimo institucija apsiribojo tik mediatorės vaidmeniu.

106. Tačiau, kiek tai susiję su ginčijamo mokesčio nustatymu, pažymėtina, kad byloje nagrinėjamame ginče nėra jokios veiksmų laisvės, taigi ir vietos privatinei teisei, nes tiek pagal Bendrijos, tiek pagal Vokietijos teisę išimtinė kompetencija šiuo klausimu tenka valstybei.

107. Šiomis aplinkybėmis papildomo mokesčio nustatymas yra nepriklausomas nuo sujungimo mokesčio (kuris neabejotinai nulemia sutartinių santykių atsiradimą) išankstinio patvirtinimo ir įgyja tokias svarbias charakteristikas, kad tampa atskira problema.

108. Nėra jokio pagrindo nuliūdinti *Bundesverwaltungsgericht*, kad teisė, kuria remiamasi nagrinėjamoje byloje, visiškai nesusijusi su viešosiomis valdžios institucijomis ir negali sukelti žalos kitam privačiam asmeniui, kaip buvo, pavyzdžiui, sprendime *Busseni* [90]; iš tiesų panašiai, kaip ir sprendimuose *Wells* ir *Fratelli Constanzo*, žala kyla būtent iš valstybės veiksmų.

109. Taigi dominuojančią padėtį rinkoje užimanti įmonė nepatiria nei horizontalaus tiesioginio veikimo, nei tikros žalos. Be to, teisę, kurios priverstinio vykdymo ši įmonė siekia, sukūrė Bendrijos teisės neatitinkanti nuostata, o šios įmonės padėtis yra veikiama tik netiesiogiai, nes ji negali nustatyti neteisėtų mokesčių.

110. Atrodo, kad atsižvelgiant į Bendrijos teisės viršenybės principą, pagal kurį nacionalinis teismas privalo garantuoti iš direktyvų kylančias privačių asmenų teises, jeigu nacionalinė teisė neužtikrina pagarbos šioms teisėms, teigiamas atsakymas į antrąjį klausimą yra neišvengiamas.

90 — 1990 m. vasario 22 d. Sprendimas *Busseni*, C-221/88, Rink. p. I-495.

VI — Išvada

111. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui į klausimus, dėl kurių *Bundesverwaltungsgericht* pateikė prašymą priimti prejudicinį sprendimą, atsakyti paskelbiant, kad:

„1. 1990 m. birželio 28 d. Komisijos direktyvos 90/388/EEB dėl konkurencijos telekomunikacijų paslaugų rinkose 4c straipsnis ir 1997 m. birželio 30 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 97/33/EB dėl telekomunikacijų tinklų sujungimo siekiant užtikrinti universaliąsias paslaugas ir sąveiką vadovaujantis atvirojo tinklo teikimo (ATT) nuostatomis 7 straipsnio 2 ir 4 dalys draudžia nacionalinei reguliavimo institucijai reikalauti, kad su viešuoju telekomunikacijų tinklu sujungtas telekomunikacijų tinklo operatorius dominuojančią padėtį rinkoje užimančiam operatoriui mokėtų įnašus, skirtus padengti trūkumą, kuris susidaro teikiant vietinį tinklą.

2. Nacionalinis teismas turi atsižvelgti į nacionalinės teisės nuostatos prieštaravimą Bendrijos teisei byloje, kurioje dominuojančią padėtį užimantis operatorius siekia įvykdyti minėtą reikalavimo.“