OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO PEDRA CRUZA VILLALÓNA przedstawiona w dniu 22 czerwca 2010 r.[1]

I —Wstęp

1. Belgijski Grondwettelijk Hof (trybunał konstytucyjny) zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie zakresu obowiązywania przepisów dyrektywy 2002/22/WE dotyczącej powszechnych usług łączności telekomunikacyjnej[2] regulujących kwestię rekompensaty z tytułu świadczenia usług powszechnych. Dokładniej rzecz ujmując, Trybunał Sprawiedliwości musi ustalić, czy wyżej wymieniona dyrektywa, interpretowana w związku ze swą dyrektywą ramową 2002/21/WE[3], umożliwia ustawodawcy działanie w charakterze krajowego organu regulacyjnego i uznanie za „nieusprawiedliwione obciążenie" przynoszącego straty świadczenia usługi powszechnej jedynie na podstawie oceny kosztów dokonanej przed liberalizacją rynku telekomunikacyjnego.

2. Pomimo iż postanowienie odsyłające dotyczy przede wszystkim przepisów belgijskich regulujących kwestię rekompensaty z tytułu wszelkiego rodzaju zobowiązań do świadczenia usługi powszechnej, postępowanie przed sądem krajowym zdaje się głównie dotyczyć szczególnej usługi: tak zwanych taryf socjalnych. Belgijskie przepisy regulujące kwestię rekompensaty z tytułu świadczenie tej usługi zwróciły bowiem również uwagę Komisji Europejskiej, co doprowadziło do wniesienia przez nią skargi do Trybunału Sprawiedliwości o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w sprawie C-222/08 Komisja przeciwko Belgii, opinię w której przedstawiam w tym samym dniu co opinię w niniejszej sprawie.

3. W niniejszym postępowaniu prejudycjalnym grupa przedsiębiorstw telekomunikacyjnych wniosła do Grondwettelijk Hof skargę o stwierdzenie nieważności z uwagi na niezgodność z konstytucją ustawy regulującej kwestię rekompensaty z tytułu świadczenia powszechnej usługi telekomunikacyjnej. Skarżące twierdzą, że są dyskryminowane w porównaniu z „operatorem tradycyjnym" – Belgacom, w zakresie w jakim rekompensata za omawiane usługi przysparza korzyści Belgacom ze szkodą dla innych operatorów.

1 — Język oryginału: hiszpański

2 — Dyrektywa 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. 51).

3 — Dyrektywa 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).

4. W związku z tym Grondwettelijk Hof wnosi do Trybunału Sprawiedliwości o dokonanie wykładni kwestii charakteru, jaki prawo Unii przyznaje krajowym organom regulacyjnym (zwanym dalej „KOR"), a także dotyczącej formy dokonywania rekompensaty za obciążenia wynikające z zobowiązania do świadczenia usługi powszechnej w świetle dyrektywy 2002/22.

II — Obowiązujące przepisy

A — *Prawo Unii Europejskiej*

5. Dyrektywa 2002/21, będąca dyrektywą ramową w dziedzinie telekomunikacji, przewiduje szereg ogólnych przepisów mających zastowanie do KOR. Dla celów niniejszego postępowania należy przywołać art. 3, który stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewnią, by zadania przydzielone krajowym organom regulacyjnym na mocy postanowień niniejszej dyrektywy oraz dyrektyw szczegółowych były realizowane przez uprawnione organy.

2. Państwa członkowskie zagwarantują niezależność krajowych organów regulacyjnych, zapewniając, by były one prawnie oddzielone i funkcjonalnie niezależne od wszelkich organizacji udostępniających sieci, urządzenia lub usługi łączności elektronicznej. Państwa członkowskie, które zachowają prawo własności przedsiębiorstw udostępniających sieci łączności elektronicznej lub usług lub które będą sprawowały nad nimi kontrolę, zobowiązane będą zapewnić skuteczny strukturalny rozdział funkcji regulacyjnych od działalności związanej z wykonywaniem prawa własności lub kontroli.

3. Państwa członkowskie zapewnią, by krajowe organy regulacyjne wykonywały swoje uprawnienia w sposób bezstronny i jawny.

4. Państwa członkowskie ogłoszą w formie łatwo przystępnej zakres zadań, jakie mają być realizowane przez krajowe organy regulacyjne, a w szczególności czy takie zadania zostały przydzielone więcej niż jednemu organowi. […] Jeżeli więcej niż jeden organ jest uprawniony do rozpatrywania takich spraw, państwa członkowskie zapewnią, by odpowiednie zadania każdego organu zostały ogłoszone w formie łatwo przystępnej.

[…]

6. Państwa członkowskie powiadomią Komisję o wszystkich krajowych organach regulacyjnych, którym zostały przydzielone zadania wynikające z postanowień niniejszej dyrektywy oraz dyrektyw szczegółowych oraz odpowiednio o zakresie ich odpowiedzialności".

6. Dyrektywa 2002/22 uściśla przepisy dyrektywy ramowej, odnosząc je do tego aspektu usługi powszechnej, który obejmuje usługę telekomunikacyjną.

7. Artykuł 3 dyrektywy 2002/22 nakazuje państwom członkowskim, aby zapewniły, że usługi telekomunikacyjne są określonej jakości i są świadczone po przystępnej cenie, w sytuacji gdy jest to dokonywane w warunkach odmiennych od normalnych.

8. Świadczenia podstawowe w rozumieniu dyrektywy 2002/22 obejmują: a) podłączenie do publicznej sieci telefonicznej w oznaczonym miejscu, po przystępnej cenie; b) wystarczającą liczbę publicznie dostępnych płatnych aparatów telefonicznych oraz możliwość bezpłatnego zadzwonienia na numery alarmowe, a w szczególności na jeden europejski numer alarmowy 112 z dowolnego telefonu; c) informację o numerach telefonicznych i biuro numerów; oraz d) pewne środki na rzecz użytkowników znajdujących się w trudnej sytuacji społecznej, takich jak zamieszkujących obszary wiejskie lub odizolowane, osób starszych, niepełnosprawnych lub o niskich dochodach, podejmowane, aby zapewnić im dostęp do usług powszechnych na takich samych warunkach, jak innym użytkownikom.

9. Artykuł 8 dyrektywy 2002/22 dotyczy wyznaczania dostawców usługi powszechnej:

„1. Państwa członkowskie mogą wyznaczyć jedno lub więcej przedsiębiorstw [co najmniej jedno przedsiębiorstwo] do [w celu] zagwarantowania świadczenia usługi powszechnej określonej w art. 4–7 oraz, w przypadkach, do których się odnosi [w odpowiednich przypadkach], art. 9 ust. 2, tak aby pokryć całość terytorium kraju. Państwa członkowskie mogą wyznaczać różne przedsiębiorstwa lub zespoły przedsiębiorstw do świadczenia różnych składników usługi powszechnej lub pokrycia różnych części terytorium kraju.

2. Wyznaczając przedsiębiorstwa w części lub na całym terytorium kraju do obowiązku [zobowiązania do] świadczenia usługi powszechnej, państwa członkowskie czynią to z zastosowaniem sprawnego, obiektywnego, przejrzystego i niedyskryminacyjnego mechanizmu wyznaczania, w którym żadne przedsiębiorstwo nie jest z góry wykluczone z procesu wyznaczania. Takie metody wyznaczania mają zapewniać wydajne świadczenie usługi powszechnej oraz mogą być stosowane jako sposób określania kosztów netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej zgodnie z art. 12”.

10. Zgodnie z motywem 10 dyrektywy 2002/22 przystępna cena oznacza „cenę określoną przez państwa członkowskie na poziomie krajowym w świetle konkretnych warunków krajowych i może pociągać za sobą ustanawianie taryf powszechnych niezależnie od lokalizacji lub specjalnych opcji

taryfowych w celu zaspokojenia potrzeb użytkowników o niskich dochodach. Przystępność dla poszczególnych konsumentów jest związana z ich zdolnością do monitorowania i kontrolowania wydatków".

11. Taryfy socjalne zostały uregulowane w sposób ogólny w art. 9 dyrektywy 2002/22:

„1. Krajowe organy regulacyjne monitorują rozwój oraz poziom taryf detalicznych usług wymienionych w art. 4–7 jako podlegających obowiązkowi [zobowiązaniu do] świadczenia usługi powszechnej i świadczonych przez wyznaczone przedsiębiorstwa, szczególnie w odniesieniu do krajowych cen konsumpcyjnych i dochodów konsumentów.

2. Państwa członkowskie mogą, z uwzględnieniem warunków krajowych, zażądać, aby wyznaczone przedsiębiorstwa zapewniły konsumentom opcjonalne taryfy lub pakiety, które odbiegają od tych, które zapewniają na normalnych warunkach, w szczególności w celu zapewnienia, żeby osoby z niskimi przychodami lub mające szczególne potrzeby społeczne nie powstrzymywały się przed ocenianiem lub korzystaniem z publicznie dostępnej usługi telefonicznej [mogły mieć dostęp do publicznie dostępnej usługi telefonicznej lub z niej korzystać].

3. Państwa członkowskie mogą – oprócz jakiegokolwiek postanowienia, że [poza ustanowieniem ewentualnych przepisów, zgodnie z którymi] wyznaczone przedsiębiorstwa mają zapewniać specjalne opcje taryfowe czy stosować się do limitów cenowych lub uśredniania geograficznego – zapewnić wsparcie konsumentom zidentyfikowanym jako mający niskie przychody lub szczególne potrzeby społeczne.

[…]".

12. W celu zapewnienia skuteczności usługi powszechnej art. 13 dyrektywy 2002/22 wprowadza metodę finansowania zobowiązania do świadczenia usługi powszechnej w następujący sposób:

„1. W przypadku gdy na podstawie kalkulacji kosztu netto określonego w art. 12, krajowe organy regulacyjne stwierdzą, iż na danym przedsiębiorstwie spoczywają niesprawiedliwe [nieusprawiedliwione] obciążenia, państwa członkowskie, w odpowiedzi na wniosek wyznaczonego przedsiębiorstwa, decydują [, aby]:

a) wprowadzić mechanizm [re]kompensowania temu przedsiębiorstwu określonego kosztu netto, na przejrzystych warunkach, z funduszy publicznych; lub

b) podzielić koszt netto obowiązku [zobowiązania do] świadczenia usługi powszechnej pomiędzy dostawców sieci i usług łączności elektronicznej.

2. W przypadku gdy koszt netto jest ponoszony wspólnie na mocy ust. 1 lit. b), państwa członkowskie ustanawiają mechanizm dzielenia kosztów, zarządzany przez krajowy organ regulacyjny lub organ niezależny od beneficjantów [zainteresowanych stron] pod nadzorem krajowego organu regulacyjnego. Dopuszcza się finansowanie jedynie kosztu netto, ustalonego zgodnie z art. 12, [wywiązania się z] obowiązku ustanowionego w art. 3–10.

3. Mechanizm dzielenia kosztów respektuje [uwzględnia] zasady przejrzystości, jak najmniejszego naruszenia rynku, niedyskryminacji i proporcjonalności, zgodnie z zasadami [wymienionymi] w załączniku IV część B. Państwa członkowskie mogą zdecydować nie wymagać wkładów od przedsiębiorstw, których krajowy obrót jest niższy od wyznaczonego limitu.

4. Żadne opłaty związane z dzieleniem kosztu obowiązku [zobowiązania do] świadczenia usługi powszechnej nie będą łączone i będą określane oddzielnie dla każdego przedsiębiorstwa. Takich opłat nie nakłada się na i nie pobiera się od przedsiębiorstw, które nie świadczą usług na terytorium państwa członkowskiego, które ustanowiło mechanizm dzielenia kosztów".

13. Etapem poprzedzającym rekompensatę jest ocena kosztów świadczenia usługi powszechnej, której system obliczania został określony w art. 12 dyrektywy 2002/22:

„1. W przypadku gdy krajowe organy regulacyjne uznają, że świadczenie usługi powszechnej określonej w art. 3–10 może stanowić niesprawiedliwe [nieusprawiedliwione] obciążenie przedsiębiorstw wyznaczonych do świadczenia usługi powszechnej, obliczają one koszty netto świadczenia tej usługi.

W tym celu krajowe organy regulacyjne:

a) obliczają koszt netto [wywiązania się z zobowiązania do] obowiązku świadczenia usługi powszechnej, biorąc pod uwagę każdą korzyść rynkową przypadającą na przedsiębiorstwo wyznaczone do świadczenia usługi powszechnej, zgodnie z załącznikiem IV część A; lub

b) wykorzystują koszty netto świadczenia usługi powszechnej określone przez mechanizm wyznaczania zgodnie z art. 8 ust. 2.

2. Rachunki lub inne informacje służące za podstawę obliczania kosztu netto [wywiązania się z zobowiązania do] obowiązku świadczenia usługi powszechnej na mocy ust. 1 lit. a) są przedmiotem audytów lub weryfikacji przeprowadzanych przez krajowy organ regulacyjny lub organ niezależny

od zainteresowanych stron i są zatwierdzane przez ten krajowy organ regulacyjny. Wyniki kalkulacji kosztu oraz wnioski z audytu są publicznie dostępne".

14. Wyżej wymieniony załącznik IV część A stanowi:

„[…]

koszt netto świadczenia usługi powszechnej powinien być obliczany jako różnica pomiędzy kosztem netto działania [prowadzenia działalności] z obowiązkiem [z zobowiązaniem] świadczenia usługi powszechnej a kosztem działania [prowadzenia działalności] bez [zobowiązania do] obowiązku świadczenia usługi powszechnej. Ta zasada stosuje się niezależnie od tego, czy sieć w danym państwie członkowskim jest w pełni rozwinięta, czy też wciąż się rozwija i rozszerza. Należytą uwagę trzeba poświęcić poprawnemu obliczeniu kosztów, których każde wyznaczone przedsiębiorstwo wolałoby uniknąć, gdyby nie [istniało zobowiązanie do] istniał obowiązek świadczenia usługi powszechnej. Kalkulacja kosztów netto powinna oceniać [obejmować] korzyści, włączając [w to] korzyści niematerialne, jakie odnosi dostawca usługi powszechnej.

Kalkulacja ma się opierać na kosztach, które można przypisać do:

i) składników określonych usług, które mogą być świadczone jedynie ze stratą lub na warunkach kosztowych, które nie mieszczą się w normalnych standardach handlowych.

   Ta kategoria może zawierać składniki usługi, takie jak dostęp do telefonicznych służb ratunkowych, zapewnienie pewnych publicznych automatów telefonicznych, zapewnienie pewnych usług lub sprzętu dla osób niepełnosprawnych itd.;

ii) określonych użytkowników końcowych lub grup użytkowników końcowych, których – biorąc pod uwagę koszt zapewnienia określonej sieci i usług, wygenerowane przychody oraz wszelkie geograficzne uśrednianie cen nałożone przez państwa członkowskie – można obsługiwać jedynie ze stratą lub na warunkach kosztowych niemieszczących się w normalnych standardach cenowych.

   Ta kategoria obejmuje tych użytkowników końcowych lub grupy użytkowników końcowych, których nie obsługiwałby komercyjny operator, który nie miałby obowiązku [zobowiązania do] świadczenia usługi powszechnej.

Kalkulacja kosztów netto określonych aspektów obowiązku [zobowiązania do] świadczenia usługi powszechnej ma być dokonywana oddzielnie i tak, aby uniknąć podwójnego liczenia wszelkich bezpośrednich i pośrednich korzyści i kosztów. [Całkowity koszt netto wywiązania się z obowiązku [zobowiązania do] świadczenia usługi powszechnej ponoszonego przez dane przedsiębiorstwo obliczany jest jako suma kosztów netto poszczególnych elementów wchodzących w zakres obowiązku [zobowiązania do] świadczenia usługi powszechnej, z uwzględnieniem wszelkich korzyści niematerialnych. Odpowiedzialność za sprawdzenie prawdziwości kosztów netto spoczywa na krajowym organie regulacyjnym]".

B — *Prawo belgijskie*

15. Ustawa z dnia 13 czerwca 2005 r. o łączności elektronicznej, zmieniona ustawą z dnia 25 kwietnia 2007 r. (zwana dalej „zmienioną ustawą z 2005 r."), wprowadza mechanizm finansowania zobowiązania do świadczenia usługi powszechnej, wprowadzając rozróżnienie pomiędzy taryfami socjalnymi i innymi zobowiązaniami do świadczenia usługi powszechnej.

16. Artykuł 74 zmienionej ustawy z 2005 r. (w brzmieniu nadanym mu przez art. 173 ustawy z dnia 25 kwietnia 2007 r.) zawiera podstawowe zasady regulujące rekompensaty pomiędzy operatorami, uznając „szczególne warunki taryfowe dla niektórych kategorii beneficjentów" za składnik usługi powszechnej [4].

17. Compete al Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (belgijski instytut usług pocztowych i telekomunikacyjnych, zwany dalej „BIUPT") jest zobowiązany do przekazania ministrowi corocznego sprawozdania określającego liczbę „abonentów społecznych", których obsługują różne przedsiębiorstwa, w odniesieniu do ich udziału w rynku telefonii publicznej [5].

18. Jeśli operatorzy złożyli odpowiednie wnioski do BIUPT, wypłata odszkodowania za „taryfy socjalne" jest zadaniem posiadającego osobowość prawną funduszu zarządzanego przez BIUPT [6].

19. W celu udzielenia rekompensaty za obciążenie „klientami socjalnymi", które przyjmuje na siebie każde przedsiębiorstwo, art. 74 akapity szósty i siódmy przewiduje podział funduszy proporcjonalnie do całości osiąganego przez to przedsiębiorstwo obrotu. Rekompensaty są natychmiast wymagalne, nawet jeżeli te, które muszą zostać dokonane za pośrednictwem funduszu, są faktycznie dokonywane dopiero, gdy zacznie on działać, a najpóźniej – w ciągu roku następującego po wejściu w życie art. 74 [7].

20. Koszt netto „taryf socjalnych" dla każdego operatora, który w tym celu złożył wniosek, BIUPT oblicza zgodnie z metodami określonymi w załączniku [8]. Podobnie BIUPT może określać metody obliczania kosztów i rekompensat w granicach określonych ustawą [9].

21. Zgodnie z art. 45 bis wymienionego załącznika koszt netto taryf socjalnych odpowiada różnicy pomiędzy przychodami, jakie przedsiębiorstwo uzyskałoby w normalnych warunkach rynkowych, a tymi, jakie uzyskuje faktycznie na podstawie obniżek socjalnych przewidzianych w ustawie na korzyść beneficjentów taryf socjalnych. Ponadto przepis ten ustanawia mającą przejściowy charakter zasadę, zgodnie z którą w ciągu pierwszych pięciu lat od dnia wejścia w życie ustawy rekompensata, którą otrzymuje tradycyjny dostawca, zostaje (w razie potrzeby) obniżona o wyrażoną w procentach wielkość określoną przez BIUPT na podstawie zysku

4 — Artykuł 74 akapit pierwszy.
5 — Artykuł 74 akapit trzeci.
6 — Artykuł 74 akapit czwarty.
7 — Artykuł 74 akapit ósmy.
8 — Artykuł 74 akapit dziewiąty.
9 — Artykuł 74 akapit dziesiąty.

pośredniego; BIUPT przyjmuje przy tym za podstawę obliczenia, jakich dokonał w celu ustalenia ponoszonych przez tego usługodawcę kosztów netto taryf socjalnych.

22. Artykuł 202 ustawy z 2007 r. zawiera wykładnię ostatniego akapitu art. 74 ustawy 2005 r. i stanowi, że rekompensaty z funduszu są natychmiast wymagalne. Ten artykuł 202 wskazuje, że podczas prac przygotowawczych nad wyżej wymienioną ustawą z 2005 r., uwzględniając warunki przewidziane w dyrektywie 2002/22, na podstawie wniosku tradycyjnego operatora usługi powszechnej oraz po ustaleniu przez BIUPT kosztu netto usługi powszechnej, ustawodawca belgijski, działając jako krajowy organ regulacyjny, przystąpił do oceny obciążeń dawnego monopolisty. Ustawodawca doszedł do wniosku, że uwzględniając zysk pośredni (w tym zysk niematerialny), każda przynosząca straty sytuacja powoduje powstanie nieuzasadnionego obciążenia.

III — Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

23. W dniu 8 listopada 2007 r. Base, Euphony Benelux, Mobistar, Uninet International, T2 Belgium i KPN Belgium wniosły do Grondwettelijk Hof skargę o stwierdzenie nieważności ustawy z dnia 25 kwietnia 2007 r. z uwagi na naruszenie art. 10 i 11 Grondwet (konstytucji belgijskiej).

24. Skarżące powołują się na różnicę w traktowaniu wobec Belgacom, która ich zdaniem wynika z tych przepisów z tego względu, że to ustawodawca ustalił, iż świadczenie usługi powszechnej stanowi dla dawnego monopolisty „nieusprawiedliwione obciążenie", efektem czego ta kwalifikacja może być w przyszłości zmieniona tylko w drodze ustawy. W przypadku skarżących natomiast to „nieusprawiedliwione obciążenie" może zostać ustalone i w razie potrzeby uaktualnione jedynie przez BIUPT.

25. Skarżące dodają, że w celu ustalenia kosztu netto Belgacom NV ustawodawca oparł się na danych pochodzących z dokumentów księgowych odnoszących się do 2001 r., podczas gdy ocena tych kosztów ponoszonych przez skarżące została przeprowadzona przez BIUPT na podstawie aktualnych danych.

26. Jednakże Grondwettelijk Hof wychodzi z założenia, iż ustawodawca, działając jako krajowy organ regulacyjny, stwierdził, że świadczenie usługi powszechnej na nierentownych warunkach, stanowi „nieusprawiedliwione obciążenie" dla wszystkich usługodawców. Z tego względu wyjaśnia swe stanowisko, zadając następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy art. 12 dyrektywy 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 (»dyrektywy

o usłudze powszechnej«) można interpretować w ten sposób, że pozwala on właściwemu ustawodawcy państwa członkowskiego, działającemu jako krajowy organ regulacyjny, na stwierdzenie w sposób ogólny i na podstawie kalkulacji kosztów netto dostawcy usługi powszechnej, który uprzednio był jedynym dostawcą, że świadczenie usługi powszechnej może stanowić nieusprawiedliwione obciążenie przedsiębiorstw wyznaczonych do świadczenia usługi powszechnej?".

IV — Postępowanie przed Trybunałem

27. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do sekretariatu Trybunału w dniu 8 września 2008 r.

28. Rząd belgijski, Base i Belgacom oraz Komisja przedstawiły uwagi na piśmie.

29. Rozprawa dotycząca łącznie niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i sprawy C-222/08 miała miejsce w dniu 17 marca 2010 r. Uczestniczyli w niej przedstawiciele Królestwa Belgii, Base i in., Belgacom NV oraz Komisji.

V — Analiza pytania prejudycjalnego

30. Uwzględniając brzmienie przedstawionej przez Grondwettelijk Hof kwestii, należy, po pierwsze, ustalić, czy belgijski ustawodawca podjął działanie zgodne z dyrektywą 2002/22, dokonując oświadczenia interpretacyjnego ze skutkiem wstecznym takiego jak to z 2007 r., zważywszy, że wyżej wymieniona dyrektywa wyraźnie przyznaje uprawnienie do podejmowania tej decyzji KOR. W przypadku gdy odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, należy następnie sprawdzić, czy ogólna i abstrakcyjna ocena danych dotyczących tylko Belgacom – dawnego monopolisty – może zostać rozszerzona na inne przedsiębiorstwa bez uwzględnienia ich szczególnej sytuacji.

A — *W przedmiocie KOR i interwencji belgijskiego ustawodawcy*

31. W celu zapewnienia wykonywania funkcji regulacyjnych określonych w dyrektywie 2002/21 państwa członkowskie powierzyły je niezależnym organom posiadającym specjalistyczną wiedzę techniczną. Wynika to z art. 3 ust. 2 tej dyrektywy, który wyjaśnia, że takie organy – KOR – muszą być „prawnie oddzielone i funkcjonalnie niezależne od wszelkich organizacji udostępniających sieci, urządzenia lub usługi łączności elektronicznej".

32. Przyjęcie tego mającego daleko idące konsekwencje instytucjonalne środka wynika z otwarcia strategicznych rynków, tradycyjnie

zmonopolizowanych przez państwo, takich jak rynek telekomunikacji; pociąga ono za sobą nałożenie na państwo, na podstawie prawa Unii, obowiązku rozdzielenia funkcji z jednej strony mediatora działającego w ramach uprawnień władzy publicznej oraz z drugiej strony przedsiębiorcy mającego uzasadnione oczekiwania osiągnięcia zysku.

33. W celu pogodzenia tych dwóch aspektów funkcje regulacyjne zostają powierzone niezależnym organom, które w dziedzinie telekomunikacji otrzymują nazwę krajowych organów regulacyjnych (KOR, jak je nazwałem). Brzmienie dyrektyw zdaje się przemawiać za niezależnością, z jakiej korzystają te organy, lecz państwom członkowskim przysługuje również swoboda uznania w określaniu dokładnego zakresu tej niezależności. W związku z tym należy podkreślić istnienie dwóch poziomów ochrony/określenia niezależności KOR: pierwszy z nich istnieje na poziomie prawa Unii, a dyrektywy ustanawiają jego bardziej ogólne ramy; drugi z nich, istniejący na poziomie prawa wewnętrznego, ma za zadanie dokładniejsze określenie treści tej niezależności.

34. Ten drugi poziom kształtowania niezależności KOR został uznany w samej dyrektywie ramowej. W jej preambule przyznano, że swoboda działania, jaką posiadają te organy w zakresie regulacji, nie powinna uchybiać „autonomii innych instytucji [instytucjonalnej] ani konstytucyjnym obowiązkom państw członkowskich czy też zasadzie bezstronności, przy uwzględnieniu obowiązujących w państwach członkowskich zasad ustroju własności zgodnie z art. 295 traktatu […] [10]".

35. W celu uzupełnienia tych ram prawnych Trybunał dostarczył ostatnio kilku użytecznych zasad interpretacyjnych, przyczyniając się w ten sposób do pogodzenia niezależności KOR z autonomią instytucjonalną państw członkowskich.

1. Orzecznictwo Trybunału dotyczące KOR i autonomii instytucjonalnej państw członkowskich

36. Zgodnie z utrwaloną zasadą wyznaczenie organów państw członkowskich, do których należy wykonanie zobowiązań wynikających z prawa Unii, odbywa się zgodnie z właściwymi systemami konstytucyjnymi [11]. Jednakże podział kompetencji dokonywany przez państwa członkowskie nie może zagrażać ani brzmieniu, ani skuteczności (effet utile) przepisów prawa Unii.

10 — Motyw 11.

11 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 16 grudnia 1976 r. w sprawie 33/76 Rewe, Rec. s. 1989, pkt 5; w sprawie 45/76 Comet, Rec. s. 2043, pkt 13; z dnia 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-312/93 Peterbroeck, Rec. s. I-4599, pkt 12; z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-453/99 Courage Crehan, Zb.Orz. s. I-6297, pkt 29; z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-13/01 Safalero, Rec. s. I-8679, pkt 49; z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 Unibet, Zb.Orz. s. I-2271, pkt 39; z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawach połączonych od C-222/05 do C-225/05 Van der Weerd i in., Zb.Orz. s. I-4233, pkt 28.

37. To napięcie pomiędzy autonomią instytucjonalną i skutecznością prawa Unii intensyfikuje się jeszcze bardziej w sytuacji, gdy europejski ustawodawca harmonizuje dany sektor i wprowadza środki organizacji instytucjonalnej mające zastosowanie do państw członkowskich. Dzieje się tak, jak powszechnie wiadomo, w przypadku dyrektyw w dziedzinie telekomunikacji, w której to dziedzinie dyrektywa ramowa nakłada na państwa członkowskie obowiązek tworzenia niezależnych i wyspecjalizowanych organów [12]. W tej sytuacji potrzeba dostosowania krajowego porządku instytucjonalnego do prawa Unii staje się niezbędna, co nie oznacza jednakże, że państwa zostają pozbawione jakiejkolwiek swobody działania.

38. Orzecznictwo Trybunału rzeczywiście potwierdziło, że tworzenie i system prawny KOR wpisuje się w ogólne, abstrakcyjne ramy ustalone przez dyrektywy w dziedzinie telekomunikacji i że państwom członkowskim przysługuje znaczna swoboda uznania w ich ustalaniu. Te i inne zasady, które są szczególnie użyteczne dla rozstrzygnięcia niniejszego pytania prejudycjalnego, wynikają z dwóch wyroków mających znaczenie w tej dziedzinie: w sprawie Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [13] i w sprawie Komisja przeciwko Niemcom [14].

39. Wyrok w sprawie Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones odnosił się do kwestii, czy państwo członkowskie może rozdzielić pomiędzy różne organy funkcje przydzielania krajowych zasobów numeracyjnych i zarządzanie krajowymi planami numeracyjnymi. Te funkcje zostały określone w art. 10 ust. 1 dyrektywy ramowej, a Hiszpania rozdzieliła ich wykonywanie pomiędzy krajowe organy regulacyjne i rząd. Trybunał rozstrzygnął to zagadnienie, potwierdzając, że dyrektywa ramowa nie sprzeciwia się temu, aby państwo członkowskie rozdzieliło pomiędzy różne organy funkcje, które ta dyrektywa powierza KOR. Jednakże Trybunał, wydając ten wyrok, wprowadził istotne zastrzeżenie, stwierdzając, że państwa członkowskie nie tylko mają obowiązek zapewnić niezależność funkcjonalną organów regulacyjnych w stosunku do organizacji udostępniających sieci, urządzenia lub usługi łączności elektronicznej, „lecz również ogłaszać w łatwo dostępnej formie zakres zadań, jakie mają być realizowane przez wspomniane organy regulacyjne, i przekazywać Komisji nazwy organów regulacyjnych, którym zostały przydzielone te zadania, oraz informacje na temat ich poszczególnych zakresów odpowiedzialności [15]".

40. Konflikt istniejący pomiędzy hiszpańskimi KOR a rządem tego kraju został ostatecznie rozwiązany przez Tribunal Supremo (hiszpański sąd najwyższy), który zastosował wyżej wymienione orzecznictwo, orzekając na

12 — W tym kontekście zobacz S. Muñoz Machado i J. Esteve Pardo (Dir.), Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, w: *Derecho de la regulación económica*, Vol. I, Iustel, Madrid 2009, s. 133.

13 — Wyrok z dnia 6 marca 2008 r. w sprawie C-82/07, Zb.Orz. s. I-1265.

14 — Wyrok z dnia 3 grudnia 2009 r. C-424/07, Zb.Orz. s. I-11431.

15 — Punkt 25.

rzecz KOR [16]: z jednej strony zostało dopuszczone istnienie odmiennych niezależnych organów regulacyjnych mających charakter KOR, z drugiej strony państwo członkowskie powinno dokonać tego rozdziału w taki sposób, aby został osiągnięty minimalny poziom przewidywalności, określając wyraźnie, jakie kompetencje przysługują każdemu organowi i poinformować o nich bezzwłocznie Komisję [17].

41. Drugim orzeczeniem Trybunału, które należy uwzględnić, jest wydany niedawno wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom. W tej skardze o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego Komisja utrzymywała, że Republika Federalna Niemiec naruszyła dyrektywy w dziedzinie telekomunikacji, ograniczając ustawowo zarówno zastosowanie uregulowań do wrażliwych rynków, jak i możliwości ukierunkowania i działań KOR dotyczące określonych celów regulacji. W swym wyroku Trybunał wypowiedział się w przedmiocie dwóch zagadnień, które mają szczególne znaczenie dla niniejszego sporu. Z jednej strony podkreślił rolę KOR w prowadzeniu analizy właściwych rynków, głównie w celu ustalenia przez nie, czy przedsiębiorstwa obecne na tym rynku posiadają znaczącą pozycję rynkową mogącą zakłócić jego funkcjonowanie. Trybunał orzekł, że w zakresie, w jakim niemiecki ustawodawca wyłączył KOR z definiowania i analizy nowych rynków, pozbawił on rzeczone organy możliwości przyznanych im *wyraźnie* przez dyrektywy [18]. Z drugiej strony Trybunał orzekł o niezgodności z prawem normy prawnej, która ustanawia dla KOR określone zamierzone cele, a wyłącza inne, wymienione w dyrektywach. W tym względzie Trybunał potwierdził, że w przypadku gdy ustawodawca uprzywilejowuje tylko jeden z celów, które dyrektywa ustanawia dla KOR, „dokonuje ważenia wspomnianych celów, mimo iż ważenie to leży w kompetencji KOR w ramach wykonywania powierzonych mu zadań regulacyjnych" [19].

42. Rzecznik generalny M. Poiares Maduro dokładnie przeanalizował tę ostatnią kwestię w opinii przedstawionej w sprawie Komisja przeciwko Niemcom i podkreślił, że pełnienie funkcji powierzonych KOR może niekiedy zostać zakazane ustawodawcy. Jak potwierdza rzecznik w pkt 63 wyżej wymienionej opinii, „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".

16 — Wyrok z dnia 10 marca 2009 r. wydany przez izbę ds. sporów administracyjnych hiszpańskiego Tribunal Supremo, sekcja trzecia.

17 — Zobacz M. Cienfuegos Mateo i F. Armengol Ferrer, Cuestión prejudicial comunitaria, pluralidad de organismos nacionales reguladores en el ámbito de las telecomunicaciones y conflicto potencial de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, w: *Unión Europea Aranzadi*, październik 2008.

18 — Punkty 81–83.

19 — Punkt 93.

43. Właśnie dlatego że ustawodawca pełni szczególną misję w każdym krajowym systemie konstytucyjnym, podzielam opinię rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura, iż istnieją okoliczności, w których ta misja nie będzie zgodna z zadaniami spoczywającymi na KOR. Okoliczność, że dokonywanie prac przygotowawczych przy przeprowadzaniu analizy rynków czy ważeniu celów, jak również wydawanie indywidualnych decyzji należy do tych organów, oznacza, iż dyrektywy powierzają im te kompetencje w przekonaniu, że są one instytucją z technicznego i prawnego punktu widzenia najwłaściwszą, aby pełnić te obowiązki w ramach regulacyjnych Unii [20].

44. Uwzględniając powyższe rozważania, należy wyciągnąć następujące wnioski.

45. W pierwszej kolejności każde państwo członkowskie korzysta z szerokiego zakresu swobodnego uznania przy przyznawaniu KOR szczególnych powierzonych im w dyrektywach funkcji. W konsekwencji dyrektywy nie sprzeciwiają się temu, aby istniały na tym samym rynku różne KOR, z których każda wykonuje oddzielne funkcje, jeśli taki ich podział nie pociąga za sobą braku pewności prawa. Przyznanie statusu KOR różnym organom musi zatem zapewniać minimalny poziom przewidywalności i przejrzystości.

46. W drugiej kolejności pełnienie niekiedy przez ustawodawcę określonych funkcji KOR, w przypadku gdy państwo członkowskie uważa to za właściwe, nie jest wykluczone, pod warunkiem że spełnione są wyżej wymienione warunki przewidywalności i przejrzystości. Istnieje nawet możliwość wydawania przez ustawodawcę decyzji mających bezpośredni wpływ na funkcje KOR, przy czym nie może on przyznać sobie statusu KOR [21]. Z wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom wynika, że aby to działanie było jednak zgodne z dyrektywami, nie może ono ograniczać ani wykluczać funkcji, które wyraźnie zostały przyznane KOR w dyrektywach. To ograniczenie władzy ustawodawczej państw członkowskich znajduje podstawę w samej istocie funkcjonowania KOR stworzonych i wprowadzonych, aby służyć szczególnym celom, które państwa, przyjmując dyrektywę, pragnęły powierzyć do realizacji

20 — N. Komesar, *Imperfect Alternatives – Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago, University of Chicago Press 1994, s. 176 i nast.

21 — Zgodnie z motywem 13 dyrektywy 2009/140/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz.U. L 337, s. 37) zmieniającej dyrektywy z 2002 r. w dziedzinie telekomunikacji ustawodawca nie jest najodpowiedniejszą instancją do wykonywania funkcji ciążących na KOR, lecz ustawodawca europejski nie wypowiada się w tym względzie w tej dyrektywie w sposób kategoryczny. Wręcz przeciwnie, dwuznaczność motywu, który ogranicza się do odradzenia państwom członkowskim stosowania działań ustawodawczych, zdaje się potwierdzać, że ustawodawcy mogą działać w charakterze KOR, pod warunkiem że przestrzegają pewnych warunków: „[…] W tym celu należy wprowadzić do prawa krajowego wyraźne przepisy zapewniające, aby krajowy organ regulacyjny, który odpowiada za regulację rynku ex ante lub rozstrzyganie sporów między przedsiębiorcami, był chroniony podczas wykonywania swoich zadań przed ingerencją zewnętrzną lub naciskami politycznymi, które mogłyby zagrozić niezależności wydawanych przez niego ocen w sprawach, którymi się zajmuje. *Takie zewnętrzne wpływy powodują, że krajowy organ ustawodawczy nie jest odpowiedni do pełnienia roli krajowego organu regulacyjnego w zakresie ram regulacyjnych*" (podkreślenie moje).

organom technicznym oddzielonym funkcjonalnie od prac rządowych i od działalności parlamentarnej.

2. Belgijskie ramy prawne w świetle dyrektyw i ich wykładni sądowej

47. Na tym etapie należy ustalić, czy belgijski ustawodawca wykonywał zgodnie z prawem funkcje, które dyrektywa ramowa 2002/22 przyznaje co do zasady KOR. W przeciwnym razie należy również zbadać, czy belgijski ustawodawca, mimo że przyznał sobie status KOR, mógł tak postąpić zgodnie z prawem.

48. Artykuł 12 ust. 1 dyrektywy 2002/22 wyraźnie stanowi, że do KOR należy zbadanie, czy świadczenie usługi powszechnej może stanowić nieusprawiedliwione obciążenie przedsiębiorstw świadczących tę usługę. W tym celu obliczają one koszt netto świadczenia usługi, uwzględniając kryteria ustalone w lit. a) i b) tego ustępu. Po dokonaniu tego obliczenia KOR podejmuje formalnie decyzję, czy na danym przedsiębiorstwie spoczywają nieusprawiedliwione obciążenia na podstawie art. 13 dyrektywy 2002/22. Począwszy od tej chwili, przepis przestaje jednoznacznie dotyczyć KOR i stanowi, że „*państwa członkowskie*, w odpowiedzi na wniosek wyznaczonego przedsiębiorstwa, *decydują*" [22] o wprowadzeniu mechanizmu rekompensaty z funduszy publicznych lub mechanizmu podziału kosztów netto pomiędzy dostawców usług łączności elektronicznej.

49. Metoda ustanowiona w dyrektywie 2002/22 jest bardzo jasna i charakteryzuje funkcje, które pełni każda z instytucji. Jest oczywiste, że KOR zostały wyraźnie powołane do wykonywania zadań poprzedzających analizę i określenie rynku oraz kosztów usługi powszechnej. Zadania te zostały im powierzone po to, aby perspektywiczne badanie rynku zostało dokonane przez organ technicznie wiarygodny i funkcjonalnie niezależny. Zostało to uregulowane w ten sposób dlatego, że mimo iż rekompensata z tytułu świadczenia usługi powszechnej jest środkiem dopuszczalnym z punktu widzenia rynku, to niemniej prawdą jest również, że istnieje ryzyko nadużycia prowadzące w ostatecznym rozrachunku do zmiany sytuacji konkurencyjnej niektórych operatorów. W związku z tym zgodnie z dyrektywą 2002/22 to do KOR należy ustalenie podstaw, które następnie umożliwią przeniesienie kapitału na rzecz jednego lub wielu usługodawców.

50. Od tej chwili, począwszy od stwierdzenia istnienia wystarczającej podstawy technicznej i prawnej dla dokonania rekompensaty, w dyrektywie 2002/22 przyznano „państwom członkowskim" kompetencje, które można uznać za istotę procesu decyzyjnego. KOR

22 — Podkreślenie moje.

znikają zatem w chwili przyjęcia tego, co jest niewątpliwie rozwiązaniem o zasadniczym znaczeniu: systemu rekompensat i jego potencjalnego indywidualnego stosowania. W konsekwencji dyrektywa 2002/22 stworzyła dwufazowy mechanizm, którego pierwszy etap o charakterze prognostycznym i technicznym należy do wyłącznej właściciwości KOR, a drugi – będący w gestii państw członkowskich – może zostać przyznany instytucji uznanej za najodpowiedniejszą, zgodnie z zasadą autonomii instytucjonalnej każdego kraju. Nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby ustawodawca był organem właściwym dla ustanowienia systemu rekompensat, pod warunkiem że będzie przestrzegał zasad ustalonych w art. 13 dyrektywy 2002/22.

51. Czy w Belgii podążono tą właśnie drogą?

52. W świetle wydarzeń, które miały miejsce w latach 2005–2007, oczywiste jest, że odpowiedź może być wyłącznie przecząca.

53. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w czasie fazy wstępnej, która zgodnie z dyrektywą 2002/22 została powierzona wyraźnie KOR i która w niniejszej sprawie została przeprowadzona przez ustawodawcę w 2005 r., pominięto jakąkolwiek wzmiankę dotyczącą oceny kosztów, jak również okoliczność, że istniało „nieusprawiedliwione obciążenie". Dopiero w 2007 r., po wszczęciu przez Komisję postępowania poprzedzającego wniesienie skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, belgijski ustawodawca przyjął akt, w którym dokonał wykładni ze skutkiem wstecznym, uściślając, że w ustawie z 2005 r. przeprowadzono taką analizę, potwierdzając istnienie „nieusprawiedliwionego obciążenia". To zachowanie zatem jest sprzeczne z samą istotą art. 12 dyrektywy 2002/22, którego celem jest zapewnienie przewidywalności i charakteru technicznego tego pierwszego etapu postępowania. Zostało to uregulowane w ten sposób, ponieważ – jak orzekł Trybunał w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Mercado de las Telecomunicaciones – pełnienie przez dany organ, w tym przypadku przez ustawodawcę, funkcji KOR, może odbywać się po ogłoszeniu w łatwo dostępnej formie jasnego określenia zakresów odpowiedzialności każdego podmiotu, jak również po zgłoszeniu tego faktu Komisji [23]. Belgia nie tylko nie złożyła przed 2005 r. oświadczenia tego rodzaju, lecz również zachowała się w sposób zupełnie przeciwny, ponieważ belgijski ustawodawca przyznał sobie takie funkcje ze skutkiem wstecznym, co z trudnością można pogodzić ze znaczeniem, jakie dyrektywy przyznają wartościom stabilności i pewności prawa w tej dziedzinie.

54. Nawet przy założeniu, że ustawodawca pragnął działać nie w charakterze KOR, lecz jako suwerenny organ władzy ustawodawczej, takie działanie byłoby również niezgodne z dyrektywą 2002/22. Wyżej wymieniony art. 12 powierza bowiem KOR i wyłącznie im prace badawcze o charakterze techniczno-prawnym mające na celu ustalenia, czy przedsiębiorstwa, na których spoczywa zobowiązanie do świadczenia usług powszechnych, doznają „nieusprawiedliwionego

23 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Comisión Nacional de Telecomunicaciones, pkt 25.

obciążenia". Artykuł 13 dyrektywy 2002/22 ustanawia odstępstwa od tego monopolu tylko na etapie określania i stosowania konkretnego sytemu rekompensat. Mimo iż ustawodawca jest w pełni uprawniony przez tą dyrektywę do dokonania wyboru pomiędzy jednym z modeli rekompensat określonych przez ustawodawstwo Unii i w ramach szerokiego zakresu swobodnego uznania, który zapewnia autonomia instytucjonalna państw członkowskich dla potrzeb chwili bardzo związanej z decyzją o ściśle majątkowym charakterze, na poprzedzającym to etapie analizy i prognozowania zachodzi wręcz przeciwna sytuacja. Belgijski ustawodawca, pełniąc przewidziane w art. 12 i 13 dyrektywy 2002/22 funkcję uprzednią i tą polegającą na przyjęciu decyzji o majątkowym charakterze, osłabił ustaloną w ten sposób równowagę pomiędzy KOR i innymi organami krajowymi, a zatem – naruszył prawo Unii.

B — *Obliczanie kosztów zobowiązania do świadczenia usługi powszechnej*

55. W świetle odpowiedzi zaproponowanej na pierwsze pytanie prejudycjalne nie ma potrzeby szczegółowego badania innych kwestii podniesionych przez Grondwettelijk Hof. Rozstrzygnięcie zgodne z powyższymi rozważaniami powinno doprowadzić sąd krajowy do jednoznacznego wniosku: ponieważ zarówno ustawa z 2005 r., jak i ustawa z 2007 r. są sprzeczne z prawem Unii ze względu na wprowadzenie systemu, który nie uwzględnia zasad postępowania uregulowanego w dyrektywie 2002/22, skarga wniesiona do sądu krajowego jest bezprzedmiotowa.

56. W związku z tym i pomimo że sąd krajowy przedstawił w swym odesłaniu prejudycjalnym dodatkowe pytania, kwestię merytoryczną podniesioną w ramach niniejszego sporu należy uznać za właściwie wyjaśnioną poprzez rozstrzygnięcie, które proponuję niniejszym Trybunałowi, wyjaśniając, iż można także powołać się na moją opinię w sprawie C-222/08.

VI — Wnioski

57. Z uwagi na powyżej przedstawione rozważania proponuję, aby Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział na pytanie prejudycjalne w następujący sposób:

„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 sprzeciwia się temu, aby krajowy ustawodawca stwierdził istnienie nieusprawiedliwionego obciążenia na podstawie kalkulacji kosztów poniesionych przez dostawcę usługi powszechnej ze względu na to, że te funkcje zostały wyraźnie powierzone w dyrektywie 2002/22 krajowym organom regulacyjnym. W przypadku gdy krajowy ustawodawca przyznaje sobie status krajowego organu regulacyjnego, państwo członkowskie musi przed rozpoczęciem pełnienia funkcji jasno zadeklarować, po konsultacji z Komisją, jakie szczególne uprawnienia zostają przyznane każdemu organowi."