

Mål C-327/24 [Lolach]ⁱ**Begäran om förhandsavgörande****Datum för ingivande:**

3 maj 2024

Domstol som begär förhandsavgörande:

Verwaltungsgericht Köln (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

2 maj 2024

Klagande:

Telekom Deutschland GmbH

Motpart:

Förbundsrepubliken Tyskland

Verwaltungsgericht Köln**Beslut**

[utelämnas]

I det förvaltningsrättsliga målet Telekom Deutschland GmbH, [utelämnas] Bonn, klagande, [utelämnas] mot Förbundsrepubliken Tyskland [utelämnas], motpart, beträffande telekommunikationslagstiftningen, har tjugoförsta avdelningen vid Verwaltungsgericht Köln den 2 maj 2024 [utelämnas] fattat följande beslut:

Målet förklaras vilande.

Följande fråga hänskjuts till Europeiska unionens domstol med begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF:

Ska artiklarna 72 och 73 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 tolkas så, att de nationella regleringsmyndigheterna vid prövningen av huruvida en tillträdesskyldighet

ⁱ Förevarande mål har getts ett fiktivt namn. Detta namn motsvarar inte någon av rättegångsdeltagarnas verkliga namn.

ska införas till anläggningsinfrastruktur som inte är en del av den relevanta marknaden enligt marknadsanalysen,

endast ska pröva huruvida uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt marknad skulle hindras eller att det skulle strida mot slutanvändarnas intresse att inte införa en sådan skyldighet,

eller

om de vid prövningen av införandet av en tillträdesskyldighet till sådana anläggningar, utöver nämnda villkor, dessutom i ett ”paket av mål” på ett *likvärdigt* sätt kan beakta de ytterligare målen i artikel 3 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 och i förekommande fall ytterligare målsättningar?

S k ä l

I.

Tvisten rör huvudsakligen frågan huruvida införandet av tillträdesskyldigheter gentemot klaganden, Telekom Deutschland GmbH (nedan kallad Telekom Deutschland, eller bolaget) är lagenligt.

I Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 regleras införandet av tillträdesskyldigheter i artiklarna 72 och 73 – avvikande språkversioner föreligger i vart fall avseende artikel 73 jämfört med den tyska språkversionen – på följande sätt:

Artikel 72

Tillträde till anläggningsinfrastruktur

1. En nationell regleringsmyndighet får i enlighet med artikel 68 införa skyldigheter för företag att tillgodose varje rimlig begäran om tillträde till och användning av anläggningsinfrastruktur, inbegripet, men inte begränsat till, byggnader eller ingångar till byggnader, ledningar i byggnader inklusive fastighetsnät, antenner, torn och andra stödkonstruktioner, stolpar, master, kanalisation, rör, tillsynsbrunnar, inspektionsbrunnar och kopplingskåp, i situationer där den nationella regleringsmyndigheten efter att ha beaktat marknadsanalysen kommer fram till att nekat tillträde, eller tillträde som ges på orimliga villkor som ger en liknande verkan, skulle hindra uppkomsten av en marknad med hållbar konkurrens eller inte skulle ligga i slutanvändarnas intresse.

2. Nationella regleringsmyndigheter får införa skyldigheter för ett företag att tillhandahålla tillträde i enlighet med denna artikel, oberoende av om de tillgångar som påverkas av skyldigheten utgör en del av den relevanta

marknaden enligt marknadsanalysen, förutsatt att skyldigheten är nödvändig för att uppnå, och står i proportion till, målen i artikel 3.

Artikel 73

Skyldigheter avseende tillträde till och användning av specifika nätelement och tillhörande faciliteter

1. Nationella regleringsmyndigheter får, i enlighet med artikel 68, införa skyldigheter för företag att tillgodose varje rimlig begäran om tillträde till och användning av specifika nätelement och tillhörande faciliteter, i situationer då de nationella regleringsmyndigheterna anser att ett nekat tillträde eller orimliga villkor som ger liknande verkan skulle hindra uppkomsten av en hållbar konkurrens på slutkundsmarknaden och att det inte skulle ligga i slutanvändarnas intresse.

Nationella regleringsmyndigheter får ålägga företag bland annat att

- a) bevilja tredje part tillträde till och användning av specifika fysiska nätelement och tillhörande faciliteter, beroende på vad som är lämpligt, inklusive separat tillträde till accessnät och delaccessnät,
- b) bevilja tredje part tillträde till specifika aktiva eller virtuella nätelement och nättjänster,
- c) att förhandla med god vilja med företag som begär tillträde,
- d) att inte upphäva ett redan beviljat tillträde till faciliteter,
- e) erbjuda specificerade tjänster i grossistledet för återförsäljning av tredje part,
- f) att bevilja öppet tillträde till tekniska gränssnitt, protokoll och annan nyckelteknik som är nödvändig för samverkan mellan tjänster eller virtuella nättjänster,
- g) erbjuda samlokalisering eller andra möjligheter till gemensamt nyttjande av tillhörande faciliteter,
- h) erbjuda specifika tjänster som är nödvändiga för att säkerställa interoperabilitet för tjänster ända fram till slutanvändarna, eller roaming i mobilnät,
- i) att erbjuda tillträde till driftstödssystem eller liknande programsystem som krävs för att garantera sund konkurrens när det gäller tillhandahållande av tjänster,
- j) att förbinda nät eller nätfaciliteter,

k) att erbjuda tillträde till tillhörande tjänster, såsom identitets-, lokaliserings- och närvarotjänster.

De nationella regleringsmyndigheterna får förena dessa skyldigheter med villkor som gäller rättvis behandling, rimlighet och läglighet.

2. När de nationella regleringsmyndigheterna överväger lämpligheten i att införa någon av de möjliga specifika skyldigheter som avses i punkt 1 i denna artikel och i synnerhet när de i enlighet med proportionalitetsprincipen bedömer om och hur sådana skyldigheter ska införas, ska de analysera huruvida andra former av tillträde till resurser i grossistledet, antingen på samma marknad eller på en närliggande grossistmarknad, skulle vara tillräckliga för att avhjälpa det identifierade problemet i slutanvändarnas intresse. Bedömningen ska inbegripa kommersiella tillträdeserbjudanden, reglerat tillträde enligt artikel 61, eller befintligt eller planerat reglerat tillträde till andra resurser i grossistledet enligt denna artikel. Nationella regleringsmyndigheter ska särskilt beakta följande faktorer:

a) Den tekniska och ekonomiska bärkraften för användning och installation av konkurrerande faciliteter i ljuset av marknadsutvecklingen, med beaktande av arten och typen av samtrafik eller tillträde, bland annat bärkraften för andra tillträdesalternativ i tidigare led, såsom tillträde till kanalisering.

b) Hur den förväntade tekniska utvecklingen kommer att påverka nätens utformning och förvaltning.

c) Behovet av att säkerställa teknikneutralitet för att möjliggöra för parterna att utforma och förvalta sina egna nät.

d) Möjligheten att tillhandahålla det erbjudna tillträdet med tanke på den tillgängliga kapaciteten.

e) Den ursprungliga investeringen för ägaren till faciliteten, med beaktande av varje offentlig investering och de risker som investeringen medför med särskilt beaktande av investeringar i och risknivåer förknippade med nät med mycket hög kapacitet.

f) Behovet av att värna om konkurrensen på lång sikt, särskilt vad gäller ekonomiskt effektiv infrastrukturbaserad konkurrens och innovativa affärsmodeller som stöder hållbar konkurrens, till exempel sådana som bygger på saminvestering i nät.

g) Alla berörda immateriella rättigheter, när så är lämpligt.

h) Tillhandahållande av alleuropeiska tjänster.

Om en nationell regleringsmyndighet i enlighet med artikel 68 överväger att införa skyldigheter på grundval av artikel 72 eller den här artikeln, ska den undersöka om införande av skyldigheter enbart i enlighet med artikel 72 skulle vara ett proportionellt sätt att främja konkurrens och slutanvändarens intressen.

3. När ett företag åläggs skyldigheter att tillhandahålla tillträde i enlighet med denna artikel, får de nationella regleringsmyndigheterna föreskriva tekniska eller operativa villkor för tillhandahållaren eller den som ges sådant tillträde om det är nödvändigt för att säkerställa normal drift av nätet. Skyldigheter att följa särskilda tekniska standarder eller specifikationer ska följa de standarder och specifikationer som fastställts i enlighet med artikel 39.

Den tyska lagstiftaren har slagit samma dessa båda bestämmelser i en bestämmelse, 26 § i Telekommunikationsgesetz (telekommunikationslagen, nedan kallad TKG) av den 23 juni 2021 i dess lydelse av den 10 september 2021, vid den här relevanta tidpunkten senast ändrad genom lag av den 20 juli 2022 (BGBl. I s. 1166) – på följande sätt:

26 § – Tillgångsskyldigheter

(1) Bundesnetzagentur (den federala regleringsmyndigheten) kan ålägga företag med betydande inflytande på marknaden att bevilja andra företag tillträde om uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt slutkundsmarknad hindras och slutanvändarnas intressen påverkas negativt.

(2) Vid prövningen om tillträdesskyldigheter enligt stycke 1 är motiverade och i så fall vilka samt huruvida dessa skyldigheter är proportionella i förhållande till målen i 2 § ska Bundesnetzagentur pröva huruvida

1. befintliga eller planerade skyldigheter enligt denna del eller kommersiella tillträdesavtal som redan ingåtts eller erbjudits på samma marknad eller på en besläktad grossistmarknad och

2. införande av skyldigheter enbart i enlighet med stycke 3 punkt 10

kan vara tillräckliga för att de mål som anges i 2 § ska kunna uppnås. Därvid beaktar Bundesnetzagentur särskilt följande:

1. Den tekniska och ekonomiska bärkraften för användning och installation av konkurrerande faciliteter i ljuset av marknadsutvecklingen, med beaktande av arten och typen av samtrafik och tillträde, bland annat bärkraften för andra tillträdesalternativ i tidigare led.

2. Möjligheten att erbjuda det föreslagna tillträdet med tanke på den tillgängliga kapaciteten.

3. Nyinvesteringarna för ägaren till faciliteten, med beaktande av eventuella offentlig investering och de risker som investeringen medför, särskilt sådana risker som är förknippade med investeringar i nät med mycket hög kapacitet.

4. Behovet av att värna om konkurrensen på lång sikt med särskild uppmärksamhet på ekonomiskt effektiv konkurrens i samband med infrastruktur och innovativa affärsmodeller.

5. Alla berörda immateriella rättigheter.

6. Tillhandahållandet av tjänster inom hela unionen.

7. Hur den förväntade tekniska utvecklingen kommer att påverka nätens utformning och förvaltning.

(3) Bundesnetzagentur kan med beaktande av led 1 bland annat ålägga företag som har betydande inflytande på marknaden följande skyldigheter:

1. Erbjuder tillträde till specifika fysiska nätelement och tillhörande faciliteter inklusive separat fysiskt tillträde till accessnät.

2. Inte upphäva ett redan beviljat tillträde till faciliteter.

3. Erbjuder tillträde till specifika aktiva eller virtuella nätelement och nättjänster, inklusive separat virtuellt tillträde till bredband.

4. Erbjuder specifika tjänster som är nödvändiga för att säkerställa interoperabilitet för tjänster ända fram till slutanvändarna, eller roaming i mobilnät.

5. Erbjuder tillträde till driftstödssystem eller liknande mjukvarusystem som krävs för att säkerställa sund konkurrens när det gäller tillhandahållande av tjänster, samtidigt som det säkerställs att befintliga faciliteter är effektiva.

6. Erbjuder tillträde till tillhörande tjänster, såsom identitets-, lokaliserings- och närvarotjänster.

7. Möjliggöra samtrafik mellan offentliga telekommunikationsnät.

8. Bevilja öppet tillträde till tekniska gränssnitt, protokoll och annan nyckelteknik som är nödvändig för samverkan mellan tjänster eller för tjänster för virtuella telekommunikationsnät.

9. Erbjuder samlokalisering eller andra möjligheter till gemensamt nyttjande av tillhörande faciliteter samt när som helst ge parter som begär tillträde eller deras utsedda företrädare tillträde till dessa faciliteter.

10. Ge tillträde till anläggningsinfrastruktur, inbegripet, utan begränsning, byggnader eller ingångar till byggnader, kablar i byggnader inklusive fastighetsnät, antenner, torn och andra stödkonstruktioner, stolpar, master, ledningar, rör, tillsynsbrunnar, inspektionsbrunnar och kopplingskåp, även om dessa inte utgör del av den relevanta marknaden enligt 10 §, såvida tillträdesskyldigheten är nödvändig och står i proportion till det problem som identifierats i marknadsanalysen enligt 11 §.

(4) Om ett företag visar att bevarandet av nätintegriteten eller den säkra driften av nätet hotas genom utnyttjandet av tjänsten, ska Bundesnetzagentur inte införa den aktuella tillträdesskyldigheten eller införa den i en annan form. Nätintegriteten eller den säkra driften av nätet ska bedömas enligt objektiva kriterier.

(5) När ett företag åläggs en tillträdesskyldighet får Bundesnetzagentur föreskriva tekniska eller operativa villkor för tillhandahållaren eller den som ges sådant tillträde om det är nödvändigt för att säkerställa normal drift av telekommunikationsnätet. Skyldigheter att följa särskilda tekniska standarder eller specifikationer ska följa de standarder och specifikationer som fastställts i enlighet med artikel 39 i direktiv (EU) 2018/1972.

(6) Inom ramen för fullgörandet av tillträdesskyldigheten ska möjligheterna att använda tillträdestjänster samt samarbetsmöjligheter mellan de företag som har rätt att erhålla tillträde tillåtas, såvida inte ett företag i det enskilda fallet visar att en användningsmöjlighet eller ett samarbete inte är möjligt eller endast är begränsat möjligt av tekniska skäl.

II.

Telekom Deutschland är ett företag som erbjuder telekommunikationstjänster och i detta sammanhang inom ramen för identifieringen av marknaden av den 10 oktober 2019 har klassificerats som företag med betydande inflytande på marknaden på den enhetliga aktuella marknaden när det gäller tillträde till accessnät på fasta platser. Identifieringen av marknaden omfattade emellertid *inte* tillträde till anläggningsinfrastruktur.

Därefter ålade Förbundsrepubliken Tyskland genom Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur) genom beslut av den 21 juli 2022 Telekom Deutschland bland annat följande:

”1.1. Tillhandahålla andra företag tillträde till vid tidpunkten för begäran befintliga kabelkanalsystem samt master och stödsystem för ledningar ovan jord i syfte att anlägga och driva nät med mycket hög kapacitet på fasta platser eller för tillträde till accessnät vid delaccessnät respektive MSAN (Multi-Service Access Node) (punkterna 1.2 eller 1.3) inom ramen för den befintliga kapaciteten, varvid (bolaget) får behålla en viss rimlig driftsreserv och i första hand får tillgodose sina egna behov. Såvida tillträdet inte främjar

tillträdet till accessnätet inträder skyldigheten samt de därmed sammanhängande ytterligare skyldigheterna enligt punkterna 2, 4 och 5 den 1 januari 2024.

1.2. Tillhandahålla andra företag separat fysiskt tillträde till kopparaccessnätet vid korskopplingen eller vid en annan punkt som befinner sig närmare accessnätet (särskilt delaccessnät), såvida bolaget inte kan eller måste neka tillträde enligt bestämmelserna i bilaga 1 – Nekat tillträde till accessnät som inte är nära korskopplingen – och bilaga 2 – Nekat tillträde till accessnät som är nära korskopplingen – som rör denna punkt ...”

Som motivering uppgav Bundesnetzagentur bland annat följande:

”Tillträdesskyldigheter

Den beslutande avdelningen har [utelämnas] bibehållit respektive ändrat de tillträdesskyldigheter som (bolaget) ålagts på den aktuella marknaden genom föreläggande BK3g-09/085 av den 21 mars 2011 (i dess lydelse enligt beslut BK3g-15/004 av den 1 september 2016) på följande sätt:

1. Prövningsförfarande enligt 26 § TKG

Införandet av tillträdesskyldigheter följer av 26 § TKG.

Enligt 26 § stycke 1 första meningen TKG kan Bundesnetzagentur ålägga leverantörer av allmänna kommunikationsnät med stort inflytande på marknaden att tillhandahålla tillträde inklusive frigörande i enlighet med begäran, särskilt när uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt slutkundsmarknad annars skulle hindras eller inte skulle ligga i slutanvändarnas intresse. Vid prövningen huruvida, och i så fall vilka, tillträdesskyldigheter som är motiverade och huruvida dessa står i proportion till regleringsmålen enligt 2 § TKG, ska Bundesnetzagentur särskilt beakta de kriterier som anges i 26 § stycke 2 andra meningen punkterna 1–7 TKG. Av den aktuella bestämmelsen och hänvisningen där till syftet (och principerna) med regleringen i 2 § TKG framgår att de ålagda åtgärderna ska fullgöra ett omfattande paket av mål och samtidigt iaktta vissa gränsvillkor (avseende 21 § TKG 2004, se Bundesverwaltungsgericht, dom av den 21 september 2018 – 6 C 50/16 – punkt 48, Bundesverwaltungsgericht, dom av den 21 september 2018 – 6 C 8/17 – BVerwGE 163, 181-232, punkt 51). Det paket av mål som är relevant i förevarande sammanhang utgörs av fyra grundläggande mål som delvis omfattar olika ytterligare nyanser.

Det första av dessa grundläggande mål utgör säkerställande av konnektiviteten samt främjande av tillträde till och nyttjande av nät med mycket hög kapacitet för alla unionsmedborgare och företag (26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycket 2 punkt 1 TKG). Det andra grundläggande målet är främjandet av konkurrensen. I förevarande mål är främst konkurrensen på slutkundsmarknaden relevant (26 § stycke 1 TKG).

Främst ska hållbara konkurrensutsatta telekommunikationsmarknader och därmed sammanhängande investeringar i infrastruktur och innovationer främjas (26 § stycke 1, 26 § stycke 2 andra meningen punkt 4, 26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 2 punkt 2 och punkt 3 e och stycke 3 punkt 4 TKG). Konkurrensen ska dessutom vara rättvis (26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 2 punkt 2 och stycke 3 punkt 2 TKG). Vid främjandet av konkurrensen ska vederbörlig hänsyn tas såväl till problem inom området (26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 2 punkt 2 in fine TKG) som till de varierande konkurrensförhållandena i de olika geografiska områdena i Förbundsrepubliken Tyskland (26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 3 punkt 5 andra alternativet TKG). Enligt det tredje grundläggande målet ska användarna skyddas, särskilt konsumenternas intressen inom telekommunikationsområdet (26 § stycke 1 in fine, 26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 2 punkt 3 TKG). Störst möjliga nytta för användarna ska eftersträvas, särskilt vad gäller urval, priser och kvalitet (26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 2 punkt 3 b TKG). Användarnas och konsumenternas intressen ska i sin tur särskilt främjas genom säkerställandet av konnektivitet, utbredd tillgång samt skyndsamt utbyggnad av nät med mycket hög kapacitet och främjandet av deras nyttjande (26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 2 punkt 1 och punkt 3a TKG). Vidare ska likvärdiga levnadsvillkor säkerställas i tätorter och på landsbygden (26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 2 punkt 3b TKG). Vederbörlig hänsyn ska även tas till de varierade förhållandena för konsumenter i de olika geografiska områdena i Förbundsrepubliken Tyskland (26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 3 punkt 5 tredje alternativet TKG). För det fjärde ska utvecklingen av Europeiska unionens inre marknad främjas (26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 2 punkt 4 TKG). Detta omfattar även tillhandahållande av alleuropeiska tjänster (26 § stycke 2 andra meningen punkt 6 TKG).

Vid fullgörandet av detta paket av mål ska olika gränsvillkor iakttas. I 2 § stycke 3 TKG regleras generellt att Bundesnetzagentur ska tillämpa objektiva, transparenta, icke-diskriminerande och proportionerliga regleringsprinciper för att uppnå de mål som anges i stycke 2. Dessa principer preciseras ytterligare i 2 § stycke 3 samt i 26 § stycke 2 andra meningen TKG. Inom ramen för analysen huruvida åtgärderna är nödvändiga ska man särskilt beakta den tekniska och ekonomiska bärkraften för användning och installation av konkurrerande faciliteter i ljuset av marknadsutvecklingen (26 § stycke 2 andra meningen punkt 1 TKG) samt frågan huruvida redan ålagda skyldigheter enligt andra delen av TKG eller kommersiella tillträdesavtal som redan ingåtts eller erbjudits på samma marknad eller på en besläktad grossistmarknad (26 § stycke 2 första meningen punkt 1 TKG) och införandet av tillträdesskyldigheter enbart för kabelkanalsystem samt master och stödsystem för ledningar ovan jord (26 §

stycke 2 första meningen punkt 2 TKG) är tillräckliga för att säkerställa de regleringsmål som anges i 2 § TKG (26 § stycke 2 första meningen TKG).

Vid bedömningen av lämpligheten ska de berörda parternas grundläggande rättigheter till fritt yrkesval (artikel 12.1 i Grundgesetz (grundlagen, nedan kallad GG) och skydd av egendom (artikel 14.1 GG) beaktas. Detta gäller särskilt möjligheten att tillhandahålla tillträde med tanke på den tillgängliga kapaciteten (26 § stycke 2 andra meningen punkt 2 TKG) samt med avseende på den ursprungliga investeringen för ägaren till faciliteten, med beaktande av varje offentlig investering och de risker som investeringen medför (26 § stycke 2 andra meningen punkt 3 TKG) samt allmänt med hänsyn till det investerande företags investeringsrisker samt inom ramen för samarbeten mellan investerare och de som söker tillträde (26 § stycke 1 första meningen in fine, 26 § stycke 2 andra meningen punkt 4, 26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 2 punkt 2 första meningen och stycke 3 punkt 4 TKG). Vidare skulle principerna om berättigade förväntningar och rättssäkerhet kunna vara relevanta. Exempelvis ska regleringsmässig förutsägbarhet främjas genom att Bundesnetzagentur bibehåller en enhetlig regleringsstrategi över en lämplig tidsperiod (26 § stycke 2 första meningen jämförd med 2 § stycke 3 punkt 1 TKG). Även påverkan på andra rättsliga intressen såsom immateriella rättigheter och tillhandahållande av alleuropeiska tjänster (26 § stycke 2 andra meningen punkterna 5 och 6 TKG) samt intresset av att bevara nätintegriteten samt en säker drift av nätet (26 § styckena 4 och 5 TKG) kan vara relevanta i det enskilda fallet.”

Med hjälp av detta bedömningskriterium prövade Bundesnetzagentur sedan införandet av ovan nämnda tillträdesskyldigheter, däribland även tillträde till anläggningsinfrastruktur.

Den 19 augusti 2022 överklagade Telekom Deutschland detta beslut från Bundesnetzagentur av den 21 juli 2022 till Verwaltungsgericht Köln och har bland annat yrkat att nämnda domstol ska

”1. delvis upphäva Bundesnetzagenturs beslut av den 21 juli 2022 (BK3i-19/020) i den del Telekom Deutschland har ålagts följande skyldigheter:

- a) Skyldigheten enligt punkt 1.1 i beslutsdelen att tillhandahålla andra företag tillträde till kabelkanalsystem samt master och stödsystem för ledningar ovan jord i syfte att anlägga och driva nät med mycket hög kapacitet på fasta platser.

Alternativt till yrkande a):

- b) Skyldigheten enligt punkt 1.1 i beslutsdelen, att även tillhandahålla andra företag tillträde till sådana nyuppförda kabelkanalsystem samt master och stödsystem för ledningar ovan jord i syfte att anlägga och driva nät med mycket hög kapacitet på fasta

platser som Telekom Deutschland har uppfört för att anlägga sitt FTTB/FTTH-nät (fiber to the building/fiber to the home).

Alternativt till yrkandena a) och b),:

c) Skyldigheten enligt punkt 1.1 i beslutsdelen, att även tillhandahålla andra företag tillträde till kabelkanalsystem samt master och stödsystem för ledningar ovan jord i syfte att anlägga och driva nät med mycket hög kapacitet på fasta platser som färdigställts för mindre än sju år sen.

d) Skyldigheten enligt punkt 4 i beslutsdelen att offentliggöra ett referenserbjudande för tillträdestjänster för kabelkanalsystem samt master och stödsystem för ledningar ovan jord i syfte att anlägga och driva nät med mycket hög kapacitet på fasta platser.

e) Skyldigheten enligt punkt 5.1 i beslutsdelen att godkänna avgifter för tillträde till kabelkanalsystem samt master och stödsystem för ledningar ovan jord i syfte att anlägga och driva nät med mycket hög kapacitet på fasta platser i enlighet med 39 §§ TKG.

f) Skyldigheten enligt punkt 4 i beslutsdelen att offentliggöra ett referenserbjudande för tillträdestjänster för det virtuella separata tillträdet i form av en "layer 2"-tillträdesprodukt vid växeln/BNG (broadband network gateway) i samband med FTTB/FTTH-infrastrukturer som är marknadsföringsbara i stor skala.

2. Alternativt till yrkandena under punkt 1, upphäva Bundesnetzagenturs beslut av den 21 juli 2022 (Bk3j-19/020) i dess helhet, om domstolen anser att beslutet inte går att dela upp."

När det gäller den fråga som har hänskjutits för förhandsavgörande uppger Telekom Deutschland att Bundesnetzagentur har grundat införandet av tillträdesskyldigheter enligt 26 § stycke 1 TKG på en felaktig tolkning av bestämmelsen. När det gäller redogörelsen för granskningsförfarandet grundas motiveringen till föreläggandet på den inte längre aktuella ordalydelsen i 21 § stycke 1 första meningen TKG 2004, trots att denna emellertid avviker från den numera gällande 26 § stycke 1 TKG. Närmare bestämt har ordet "särskilt" strukits i bestämmelsen och villkoren "hindra konkurrensen på slutkundsmarknaden" samt "negativ påverkan på slutanvändarnas intressen" är numera sammanlänkade med ett "och" i stället för ett "eller". Bundesnetzagentur har inte beaktat någon av dessa båda ändringar och grundat sitt beslut på ett felaktigt prövningsförfarande. Ändringarna är inte enbart redaktionella, utan medvetna beslut från lagstiftaren, vilket framgår av förarbetena. Någon tolkning i enlighet med direktivet är inte möjlig. Detta skulle strida mot den tyska lagstiftarens uttryckliga vilja enligt förarbetena. Slutligen föreligger det inte någon skillnad mellan direktivet och nationell rätt. Således skulle myndigheten inledningsvis ha fastställt inom ramen för 26 § stycke 1 TKG att de kumulativa villkoren är uppfyllda, innan man kunde

övergå till en prövning enligt 26 § stycke 2 TKG och utöva det skönsrättsliga utrymmet med avseende på valet av åtgärder. Genom Bundesnetzagentur avvikande tillvägagångssätt förringas de huvudsakliga mål med regleringen av tillträdet som lagstiftaren uttryckligen har framhävt och den företagna avvägningen har blivit förvrängd. Slutligen har villkoren i 26 § stycke 1 TKG inte prövats kumulativt i föreläggandet.

Vad gäller de frågor som är relevanta förhandsavgörandet anser Förbundsrepubliken Tyskland att Bundesnetzagentur inte har grundat föreläggandet på en felaktig tolkning av bestämmelserna. I synnerhet har myndigheten inte tillämpat villkoren i den tidigare gällande 21 § stycke 1 första meningen TKG 2004. 26 § stycke 1 TKG ska i överensstämmelse med direktivet tolkas så, att det faktum att villkoren förbinds genom ordet ”och” inte medför att de är kumulativa, utan att det är frågan om en uppräkningslista. Vidare är den allmänna redogörelsen för prövningsförfarandet inte relevant när det gäller frågan huruvida avvägningsbeslutet är korrekt, utan enbart det faktiska avvägningsbeslutet i sig. Båda villkoren i 26 § stycke 1 TKG har beaktats i avvägningsbeslutet. Lydelsen av 26 § stycke 1 TKG gör inte att man kan dra slutsatsen att det skulle föreligga några begränsningar för Bundesnetzagentur vid prövningen av de båda rekvisiten. Tvärtom skulle myndigheten mot bakgrund av 26 § stycke 2 TKG kunna beakta ytterligare aspekter vid avvägningen. Bundesverwaltungsgerichts praxis angående prövningen av paket av mål i samband med 21 § stycke 1 första meningen TKG 2004 ska tillämpas på 26 § TKG.

[utelämnas] [ytterligare ansökan om interimistiska åtgärder]

III.

Den gemenskrättsliga fråga som hänskjutits är avgörande för utgången i målet. Principen om en direktivkonform tolkning är tillämplig i förevarande mål (1.). Utgången i målet beror på hur artiklarna 72 och 73 i direktiv 2018/1972 tolkas (2.).

1. Principen om en direktivkonform tolkning är tillämplig i förevarande mål. En direktivkonform tolkning är visserligen utesluten om det föreligger *entydiga* nationella bestämmelser. Detta är emellertid inte fallet i förevarande mål. I nationell lagstiftning föreligger både omständigheter som talar för att 26 § TKG ska tolkas så, att myndigheten varit skyldig att genomföra en prövning ”i förväg” enbart på grundval av rekvisiten i 26 § stycke 1 TKG (a), och omständigheter som talar för att myndigheten fortfarande är skyldig att besluta om åläggande av tillträdesskyldigheter inom ramen för ett ”paket av mål” (b).

a) Inledningsvis förefaller bestämmelsens lydelse tala för att 26 § TKG ska tolkas så, att myndigheten haft en skyldighet att genomföra en prövning ”i förväg” enbart på grundval av rekvisiten i 21 § stycke 1 TKG (”... om uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt marknad på slutkundens nivå annars skulle hindras eller det skulle strida mot slutanvändarnas intresse.”). I 26 § stycke 1 TKG har ordet

”särskilt” nämligen utgått, till skillnad från i 21 § stycke 1 första meningen i telekommunikationslagen av den 22 juni 2004, vilken upphävdes genom artikel 61 i lagen av den 23 juni 2021 (BGBl. I s. 1858). För en sådan tolkning av 26 § stycke 1 TKG kan vidare anföras att lagstiftaren medvetet har valt att stryka ordet ”särskilt” i bestämmelsen för att förtydliga att ”regleringen av tillträdet på grossistnivå är inriktat på att undanröja konkurrensproblemet på slutkundsmarknaden (se BT-Drs. 19/26108, s. 263). Av detta kan man i förekommande fall dra slutsatsen att lagstiftarens syfte var att begränsa möjligheten att ålägga tillträdesskyldigheter till särskilda situationer där det krävs en reglering genom att frångå det hittillsvarande förfarandet när det gäller frågan huruvida en skyldighet ska åläggas. Här kan även anföras att lagstiftaren i systematiskt hänseende har delat upp den hittillsvarande 21 § stycke 1 TKG 2004 på två stycken i 26 § TKG. Detta talar för att 26 § stycke 1 TKG ska tolkas fristående och för detta talar även följande: I systematiskt hänseende skulle 26 § stycke 1 TKG som innehåller en uttömmande uppräkningslista av olika situationer där det krävs reglering, inte vara nödvändig om det i slutändan ändå skulle föreligga en skyldighet eller en möjlighet att genomföra en gemensam prövning. Endast vid en prövning i flera steg framgår att 26 § stycke 1 TKG skulle ha något självständigt tillämpningsområde.

b) Emellertid *talar* även starka skäl för att myndigheten hade en skyldighet att besluta om åläggande av tillträdesskyldigheter inom ramen för ett paket av mål. I förarbetena motiveras strykningen av ordet ”särskilt” visserligen med att ”regleringen av tillträdet i grossistledet syftar till att undanröja konkurrensproblemet på slutkundsmarknaden” skulle förtydligas. Strykningen av ordet ”särskilt” motiverades *samtidigt* emellertid även med beaktandet av den motsvarande strykningen i artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972. Denna hänvisning är obegriplig. Artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972 innehåller visserligen inte ordet ”särskilt”, men uppräkningslistan av olika situationer i vilka reglering är nödvändig inleds även i den gällande versionen med orden ”i situationer då”. Denna inledning återfinns även i andra språkversioner, exempelvis i den nederländska (”onder andere wanneer”), den franska (”notamment lorsqu’elles”) och den italienska (”in particolare qualora”). Den engelska språkversionen talar däremot förmodligen inte för att det frågan om någon uppräkningslista (”in situations when”). Det går endast att spekulera i huruvida man i de tyska förarbetena till TKG har utgått från att den engelska språkversionen är den ”korrekta versionen”. Således kan man av förarbetena till 26 § stycke 1 TKG endast dra slutsatsen att de väcker fler frågor än de tillhandahåller svar. Det främsta argumentet är emellertid följande: För denna andra uppfattning kan anföras att Bundesverwaltungsgerichts praxis gällande möjligheten att skapa ett ”paket av mål” inom ramen för prövningen enligt 21 § stycke 1 TKG 2004 inte grundas på nämnda bestämmelse och ordet ”särskilt” som fortfarande återfanns där, utan direkt på 21 § stycke 1 andra meningen TKG 2004, genom vilken en koppling upprättades till första meningen genom orden ”vid prövningen” (BVerwG, dom av den 21 september 2018 – 6 C 8.17 –, juris punkt 43 och 6 C 50.16 punkterna 41 och 47). Mot denna bakgrund kan 26 § stycke 2 TKG som inleds med samma ord som 21 § stycke 1 andra meningen TKG 2004 möjligen

fortfarande tolkas som den avgörande bestämmelsen för det (enhetliga och gemensamma) prövningsförfarandet. Däremot kan det fortfarande anföras att 26 § stycke 2 första meningen TKG numera utöver den tidigare 21 § stycke 1 första meningen TKG 2004 (enligt ordalydelsen) främst innehåller det så kallade ”tillräcklighetstestet” i 26 § stycke 2 första meningen TKG och att den möjliga prövningen med hänvisning till målen i 2 § TKG enbart förefaller hänföra sig till denna. I 26 § stycke 2 andra meningen TKG hänvisas emellertid till ytterligare omständigheter som ska beaktas, vars koppling till ”tillräcklighetstestet” dels inte är helt klarlagd och vars självständiga betydelse dels inte är begriplig (såvida inte första meningen andra delen även beaktas).

2. Med hänsyn till möjligheten till en direktivkonform tolkning är utgången i målet beroende av hur de uppkomna frågorna besvaras. Telekom Deutschlands talan ska bifallas (a) om artiklarna 72 eller 73 i direktiv 2018/1972 utgör hinder mot en nationell lagstiftning, respektive tolkningen av denna lagstiftning, enligt vilken den automatiska prövningen huruvida regleringsmyndigheten ska införa en tillträdesskyldighet till anläggningsinfrastruktur, utöver de villkor som anges i artikel 72.1 (hindrande av uppkomsten av en marknad med hållbar konkurrens och att det inte skulle ligga i slutanvändarnas intresse) även skulle kunna inkludera målen i artikel 3 i direktiv 2018/1972 och i förekommande fall ytterligare målsättningar inom ramen för en kombinerad prövning. Telekom Deutschlands talan ska däremot ogillas (a) om artiklarna 72 eller 73 i direktiv 2018/1972 inte utgör hinder mot en nationell lagstiftning, respektive tolkningen av denna lagstiftning, enligt vilken den automatiska prövningen huruvida regleringsmyndigheten ska införa en tillträdesskyldighet till anläggningsinfrastruktur, utöver de villkor som anges i artikel 72.1 nämnda direktiv (hindrande av uppkomsten av en marknad med hållbar konkurrens och att det inte skulle ligga i slutanvändarnas intresse) även skulle kunna inkludera syftena i artikel 3 i direktiv 2018/1972 och i förekommande fall ytterligare målsättningar inom ramen för en kombinerad prövning.

a) Telekom Deutschlands talan ska bifallas om artiklarna 72.1 eller 72.2 i direktiv 2018/1972 jämförda med artikel 68.1 i direktiv 2018/1972 utgör hinder mot en nationell lagstiftning, respektive tolkningen av denna lagstiftning, enligt vilken den automatiska prövningen huruvida regleringsmyndigheten ska införa en tillträdesskyldighet till anläggningsinfrastruktur, utöver de villkor som anges i artikel 72.1 (hindrande av uppkomsten av en marknad med hållbar konkurrens och att det inte skulle ligga i slutanvändarnas intresse) även skulle kunna inkludera målen i artikel 3 i direktiv 2018/1972 och i förekommande fall ytterligare målsättningar inom ramen för en kombinerad prövning. I så fall måste 26 § styckena 1 och 2 TKG nämligen tolkas så, att myndigheten varit skyldig att genomföra en prövning ”i förväg” enbart på grundval av rekvisiten i 21 § stycke 1 TKG (”om uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt marknad på slutkundens nivå annars skulle hindras eller det skulle strida mot slutanvändarnas intresse.”) Detta skulle leda till att det överklagade beslutet vore rättsstridigt. Detta gäller oberoende av frågan huruvida prövningen om en tillträdesskyldighet ska införas inledningsvis endast ska vara ”allmän” i bemärkelsen att den hänför sig till vilken

tillträdesskyldighet som helst i den mening som avses i 3 § punkt 74 TKG eller ”konkret” med beaktande av ett av de alternativ till tillhandahållandet av tillträde som anges i 26 § stycke 3 TKG. Detta framgår redan genom att myndigheten inte har hänvisat till bestämmelsen i 26 § stycke 1 TKG i dess nya lydelse, utan till 21 § TKG i dess tidigare lydelse, även om relevanta ändringar har gjorts. Redan detta talar för att ett fel har begåtts. Inte heller i sak har myndigheten företagit någon självständig prövning huruvida uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt slutkundsmarknad generellt skulle hindras eller slutanvändarnas intresse skulle påverkas negativt om något tillträde inte tillhandahålls. Dessa fel kan inte avhjälpas genom de enskilda prövningar av dessa kriterier som myndigheten har gjort. I den mån myndigheten på s. 106–107 i det angripna föreläggandet (i dess offentliga version) även hänvisar till främjandet av konkurrensen och tillgodoseende av konsumenternas intressen inom ramen för ett paket av mål, är detta inte tillräckligt för att uppfylla kraven i 26 § stycke 1 TKG om de tolkas på detta sätt. Inledningsvis prövas inte huruvida uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt slutkundsmarknad generellt skulle hindras eller slutanvändarnas intresse skulle påverkas negativt om något tillträde inte tillhandahålls. ”Främjande”, respektive ”tillgodoseende” av vissa intressen och ”hindrande”, respektive ”påverkan” måste anses utgöra olika bedömningskriterier. Vidare beaktades ytterligare intressen utöver dessa båda angivna intressen. Detsamma gäller för resonemanget på s. 117, 119, 129 och 134–135 i det angripna föreläggandet (offentlig version). Detta påverkas inte heller om ordet ”och” skulle ersättas med ordet ”eller” i artikel 26 § stycke 1 TKG (såsom i 21 § stycke 1 TKG i tidigare lydelse) till följd av en tolkning i enlighet med gemenskapsrätten. Myndigheten har nämligen varken företagit någon tillfredsställande prövning huruvida uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt slutkundsmarknad skulle hindras eller huruvida slutanvändarnas intresse skulle påverkas negativt (se ovan).

b) Däremot ska Telekom Deutschlands talan ogillas om artiklarna 72.1 eller 73 i direktiv 2018/1972 inte utgör hinder mot en nationell lagstiftning, respektive tolkningen av denna lagstiftning, enligt vilken den automatiska prövningen huruvida regleringsmyndigheten ska införa en tillträdesskyldighet till anläggningsinfrastruktur, utöver de villkor som anges i artikel 72.1 i nämnda direktiv (hindrande av uppkomsten av en marknad med hållbar konkurrens och att det inte skulle ligga i slutanvändarnas intresse) även skulle kunna inkludera målen i artikel 3 i direktiv 2018/1972 och i förekommande fall ytterligare målsättningar inom ramen för en kombinerad prövning. I så fall måste 26 § styckena 1 och 2 TKG nämligen tolkas så, att myndigheten varit skyldig att genomföra en prövning ”i förväg” enbart på grundval av rekvisiten i 21 § stycke 1 TKG (”om uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt marknad på slutkundens nivå annars skulle hindras eller det skulle strida mot slutanvändarnas intresse.”) Det överklagade beslutet kan i så fall antas vara lagenligt, eftersom myndigheten varit skyldig att vidta en prövning av ett paket av mål, vilket även är fallet.

Det faktum att utgången i målet är beroende av besvarandet av nämnda fråga påverkas inte heller av att det överklagade beslutet skulle upphävas av andra skäl. I den mån Telekom Deutschland har framfört andra argument än de just återgivna

för att angripa Bundesnetzagenturs beslut förmår dessa argument inte övertyga (se beslutet i det interimistiska förfarandet).

IV.

Verwaltungsgericht Köln kan inte besvara den uppkomna frågan i form av en ”acte clair”. Enligt Verwaltungsgericht Köln kan den uppkomna frågan inte besvaras direkt genom artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972 (1.) och inte heller genom artikel 72.1 i nämnda direktiv (2.). Det är emellertid osäkert hur artikel 73.2 i direktiv 2018/1972 ska tillämpas (3.).

1. Den uppkomna frågan kan enligt Verwaltungsgericht Köln inte besvaras omedelbart med ledning av artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972. Enligt den nationella domstolens uppfattning beror detta inledningsvis på att endast artikel 72 i direktiv 2018/1972 är tillämplig på införandet av tillträde till anläggningsinfrastruktur (*lex specialis*). Om detta emellertid inte anses vara fallet uppkommer tre problem i samband med den uppkomna frågan genom artikel 73 i direktiv 2018/1972. Inledningsvis skiljer sig de olika språkversionerna av denna bestämmelse åt (a) och dessutom är innehållet i artikel 73.2 i direktiv 2018/1972 inte klarlagt (b). Slutligen är förhållandet till artikel 68.4 c i direktiv 2018/1972 osäkert (c).

a) Inledningsvis skiljer sig språkversionerna av artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972 sig åt i samband med den uppkomna frågan. Den tyska språkversionen av artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972 innehåller visserligen inte ordet ”insbesondere [särskilt]”, men även i den gällande lydelsen inleds uppräknigen av situationer i vilka det krävs en reglering genom formuleringen ”unter anderem wenn [bland annat när]”. En motsvarande öppning finns även i andra språkversioner, exempelvis den nederländska (”onder andere wanneer”), den franska (”notamment lorsqu’elles”) och den italienska (”in particolare qualora”). Den engelska språkversionen innehåller däremot förmodligen inte någon sådan öppning för en uppräknig (”in situations when”). Motsatsen är emellertid fallet vad gäller artikel 72.1 i direktiv 2018/1972. I samtliga språkversioner som Verwaltungsgericht Köln kan förstå har denna bestämmelse samma innehåll.

b) I samband med artikel 73.2 i direktiv 2018/1972 uppkommer dessutom frågan huruvida det framgår av denna bestämmelse att ytterligare omständigheter, utöver de intressen till vilka hänvisas i artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972, ska beaktas vid avvägningen. För en begränsning till ett ”tillräcklighetstest” talar den direkta ordalydelsen i artikel 73.2 i direktiv 2018/1972. För motsatsen talar emellertid de kriterier som anges i artikel 73.2 tredje meningen d, e, f och h i nämnda direktiv, av vilka någon riktig koppling till ett ”tillräcklighetstest” inte framgår. Även skäl 188 och följande skäl i direktivet kan snarare anses tala för att bestämmelsens innehåll inte är begränsat till ”tillräcklighetstestet” (se för ett liknande resonemang även Bromel i Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, femte upplagan 2023, inledning B

punkt 30). Om man utgår från att de åtgärder som anges i artikel 73.2 i direktiv 2018/1972 inte enbart ska beaktas inom ramen för tillräcklighetstestet uppkommer vidare frågan huruvida utöver de kriterier som anges i artikel 73.2 tredje meningen a–h i direktiv 2018/1972, även målen i artikel 3 i nämnda direktiv ska beaktas.

c) Slutligen kan förhållandet till artikel 68.4 c i direktiv 2018/1972 anses vara problematiskt. Enligt denna bestämmelse måste de skyldigheter som ålagts enligt artikel 68 vara motiverade mot bakgrund av målen i artikel 3 i direktiv 2019/1972. Denna bestämmelse ska även beaktas vid åläggandet av skyldigheter enligt artikel 73 i nämnda direktiv (artikel 68.2, 68.3 första stycket och artikel 73.1 första stycket). Numera innehåller artikel 73.1 första stycket i likhet med artikel 72.1 i direktiv 2018/1972 och till skillnad från artikel 72.2 i nämnda direktiv inte någon hänvisning till målen i artikel 3 i nämnda direktiv. Ska målen i artikel 3 i direktiv 2018/1972 redan beaktas vid prövningen huruvida en tillträdesskyldighet ska införas oberoende av denna systematik? Eller ska systematiken i artikel 73.1 första stycket, respektive artikel 72.1 i direktiv 2018/1972 i förhållande till artikel 72.2 i nämnda direktiv tolkas så, att målen i artikel 3 i direktivet inledningsvis inte ska beaktas vid prövningen inom ramen för de båda förstnämnda bestämmelserna när man prövar huruvida en tillträdesskyldighet ska åläggas? Först när det i detta första steg har slagit fast att en tillträdesskyldighet ska åläggas ska man sedan i ett andra steg återkomma till artikel 68.4 c i direktiv 2018/1972 vid prövningen av de konkreta åtgärderna.

2. Verwaltungsgericht Köln anser inte heller att den uppkomna frågan kan besvaras direkt med hjälp av artikel 72.1 i direktiv 2018/1972. Nämnda bestämmelse kan anses kräva att anläggningsinfrastrukturen utgjorde del av den relevanta marknaden. För detta talar hänvisningen i nämnda bestämmelse till artikel 68 i direktiv 2018/1972 (se även Neumann, N&R 2019, 152 <158>) och bestämmelsen i artikel 72.2 i direktiv 2018/1972 (slutsats *e contrario*). Så är inte fallet i förevarande mål. Således saknar det inledningsvis betydelse att artikel 72.1 i direktiv 2018/1972 enligt dess ordalydelse – i samtliga ovannämnda språkversioner som den nationella domstolen förstår – innehåller en avgränsad eller uttömmande uppräkningslista av situationer i vilka en reglering krävs, vilket talar mot att en prövning av ett paket av mål är tillåten. Vidare kan det, liksom i samband med artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972, lämnas utan avseende att förhållandet mellan artikel 72.1 och artikel 68.4 c i direktiv 2018/1972 är oklart (IV 1 c).

3. Enligt Verwaltungsgericht Kölns uppfattning kan artikel 72.2 i direktiv 2018/1972 anses vara den avgörande bestämmelsen för lösningen av problemet. Enligt ordalydelsen, vilken omfattar en hänvisning till målen i artikel 3 i direktiv 2018/1972, förefaller det som om den uppkomna frågan entydigt ska besvaras så, att de nationella regleringsmyndigheterna vid prövningen huruvida en tillträdesskyldighet ska införas för anläggningsinfrastruktur som enligt marknadsanalysen inte utgör en del av den relevanta marknaden i vart fall även får pröva huruvida skyldigheten är nödvändig för att uppnå, och står i proportion till,

målen i artikel 3. I detta avseende föreligger det även en symmetri med artikel 68.4 c i direktiv 2018/1972. Bestämmelsen är emellertid endast skenbart entydig, eftersom såväl förhållandet till artikel 72.1 i direktiv 2018/1972 (a) som till artikel 73 i direktiv 2018/1972 (b) inte är klarlagt.

a) Inledningsvis är det oklart hur förhållandet mellan artikel 72.1 och 72.2 i direktiv 2018/1972 ska tolkas. Å ena sidan kan artikel 72.1 i direktiv 2018/1972 mot bakgrund av artikel 68 i nämnda direktiv enligt bestämmelsens ordalydelse endast anses omfatta ett företag med betydande inflytande på en eventuell marknad för anläggningsinfrastruktur (se ovan). Detta skulle innebära att artikel 72.2 i direktiv 2018/1972 kan anses utgöra ett separat regleringsinstrument med självständiga förutsättningar för de situationer i vilka – såsom i det här aktuella fallet – en sådan marknad inte har lagts till grund. Detta skulle emellertid innebära att ett företag med betydande inflytande på en marknad för anläggningsinfrastruktur endast kunde åläggas tillträdesskyldigheter i samband med anläggningsinfrastruktur på striktare villkor än när det gäller situationer på vilka artikel 72.2 i direktiv 2018/1972 är tillämplig. Det framgår emellertid inte direkt vilket syfte en sådan åtskillnad skulle kunna tjäna. Å andra sidan skulle artikel 72.1 i direktiv 2018/1972 i förekommande fall kunna tolkas som en grundläggande bestämmelse, vilken endast konkretiseras genom artikel 72.2 i direktiv 2018/1972 i särskilda fall. För en sådan tolkning talar att artikel 72.2 i direktiv 2018/1972 enligt dess ordalydelse hänvisar till ett ”tillträde i enlighet med denna artikel”. Uppenbarligen är utgångspunkten således ett tillträde tillhandahålls på enhetliga grundläggande förutsättningar och att ett enhetligt innehåll kan fastställas med avseende på artikel 72.1 och 72.2 i direktiv 2018/1972.

b) Vidare är det oklart hur förhållandet mellan artikel 72.2 och artikel 73 i direktiv 2018/1972 ska tolkas. Det är svårt att fastställa huruvida villkoren i artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972 även är tillämpliga på åtgärder enligt artikel 72.2 i nämnda direktiv, när bedömningen görs inom ramen för ett åtgärdspaket (aa). Ytterligare problem uppkommer om man utgår från en ”enhetlig” tolkning av artikel 72.1 och 72.2 i direktiv 2018/1972, såsom just påpekats ovan under IV 3 a) (bb).

aa) Det är oklart huruvida villkoren i artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972 även är tillämpliga på åtgärder enligt artikel 72.2 i nämnda direktiv, när bedömningen görs inom ramen för ett åtgärdspaket. Visserligen skulle avsaknaden av de aspekter som prövningen ska omfatta, nämligen ”hindra uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt marknad på slutkundens nivå eller och att det inte skulle ligga i slutanvändarnas intresse” i artikel 72.2 i direktiv 2018/1972 – även i förhållande till artikel 72.1 i nämnda direktiv – i princip kunna förklaras med att lagstiftaren har utgått från att åtgärder enligt artiklarna 73 och 72 i direktiv 2018/1972 åläggs genom ett åtgärdspaket. Detta skulle innebära att begränsningarna enligt artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972 även är tillämpliga vid åläggandet av skyldigheter enligt artikel 72.2 i nämnda direktiv och medföra en symmetri mellan villkoren enligt artiklarna 73.1 första stycket och 72.2 i direktiv 2018/1972. För detta skulle även artikel 73.2 andra

stycket i direktiv 2018/1972 kunna anses tala och en sådan tolkning förefaller även den tyska lagstiftaren ha gjort. Detta skulle medföra att svårigheterna vid tolkningen av artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972 (IV 1.) även påverkar artikel 72.2. i nämnda direktiv.

En sådan tolkning för vidtagandet av åtgärder inom ramen för ett ”åtgärdspaket”, med följd att villkoren i artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972 även ska tillämpas på åtgärder enligt artikel 72.2 i nämnda direktiv, framgår emellertid inte av bestämmelsens ordalydelse. Mot en symmetri mellan villkoren för åtgärder enligt artikel 72.2 och enligt artikel 73 i direktiv 2018/1972 talar tvärtom att formuleringen ”införande av skyldigheter enbart” i artikel 73.2 andra stycket i direktiv 2018/1972, särskilt enligt den tyska språkversionen, tyder på att unionslagstiftaren i princip anser att tillträdesskyldigheten beträffande anläggningsinfrastruktur medför ett mindre intensivt ingrepp. I denna riktning talar även skäl 187 i direktiv 2018/1972 (se Neumann, N&R 2016, 262 <267> och N&R 2018, 204 <206–207>; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Om detta är fallet talar det för att mindre långtgående, och inte överensstämmande, villkor ska tillämpas på åtgärder enligt artikel 72.2 i direktiv 2018/1972.

bb) Ytterligare problem uppkommer om man utgår från en ”enhetlig” tolkning av artikel 72.1 och 72.2 i direktiv 2018/1972, i enlighet med vad som angetts under IV 3 a). Om man nämligen betraktar förhållandet mellan artikel 72.1 och artikel 73 i direktiv 2018/1972 – vilket eventuellt är avhängigt av de olika språkversionerna av artikel 73 i nämnda direktiv – fastställs nämligen ett mer snävt prövningsförfarande genom artikel 72.1 jämfört med artikel 73.1 första stycket i direktiv 2018/1972. Emellertid talar artikel 73.2 andra stycket i direktiv 2018/1972 för att unionslagstiftaren i princip anser att tillträdesskyldigheten beträffande anläggningsinfrastruktur medför ett mindre intensivt ingrepp (se ovan). Detta strider i sin tur till viss del mot artikel 72.1 i direktiv 2018/1972, vilken i detta avseende är mer restriktiv vad gäller de situationer i vilka reglering är nödvändig i förhållande till artikel 73.1 första stycket i nämnda direktiv – i den tyska språkversionen, se ovan – och särskilt eventuellt inte öppnar upp för ytterligare intressen vid avvägningen. Typiskt nog frågas inom ramen för artikel 73.2 andra stycket i direktiv 2018/1972 inte efter huruvida införandet av skyldigheter enbart enligt artikel 72 i nämnda direktiv utgör ett proportionerligt medel för att hindra ”uppkomsten av en hållbar konkurrensutsatt marknad”, utan huruvida skyldigheten enligt artikel 72 i direktivet skulle vara ett proportionellt sätt att ”främja konkurrens och slutanvändarens intressen”. Huruvida något hindras eller endast främjas utgör två olika bedömningskriterier.

[utelämnas]