

Asia C-327/24 [Lolach]ⁱ

Ennakkoratkaisupyyntö

Jättämispäivä:

3.5.2024

Ennakkoratkaisupyyntön esittänyt tuomioistuin:

Verwaltungsgericht Köln (Kölnin hallintotuomioistuin, Saksa)

Ennakkoratkaisupyyntön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

2.5.2024

Kantaja:

Telekom Deutschland GmbH

Vastaaja:

Saksan liittotasavalta

Verwaltungsgericht Köln (Kölnin hallintotuomioistuin, Saksa)

Välipäätös

[– –]

Hallintolainkäyttöä koskevassa asiassa, jossa asianosaisia ovat

Telekom Deutschland GmbH, [– –] Bonn,

kantajana,

[– –]

vastaan

Saksan liittotasavalta [– –],

vastaajana,

ⁱ Tämän asian nimi on kuvitteellinen nimi. Se ei vastaa oikeudenkäynnin minkään asianosaisen todellista nimeä.

televiestintälainsäädännön vuoksi

Verwaltungsgericht Kölnin 21. jaosto on

2.5.2024

[– –]

tehnyt seuraavan välipäätöksen:

Asian käsittelyä lykätään.

Euroopan unionin tuomioistuimelle esitetään SEUT 267 artiklan nojalla seuraava ennakkoratkaisukysymys:

Onko 11.12.2018 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (EU) 2018/1972 72 ja 73 artiklaa tulkittava siten, että kun kansallinen sääntelyviranomaisen arvioi, ”olisiko” sen asetettava käyttöoikeusvelvoite rakennustekniseen infrastruktuuriin, joka markkina-analyysin mukaan ei ole osa merkityksellisiä markkinoita,

sen on tarkasteltava *ainoastaan* sitä, estetäänkö kestäviä kilpailumarkkinoita kehittymästä tai olisiko loppukäyttäjien edun vastaista, jos kyseistä velvoitetta ei aseteta,

vai

voidaanko tällaista omaisuutta koskevan käyttöoikeusvelvoitteen asettamista tarkasteltaessa mainittujen edellytysten lisäksi ottaa *yhtä lailla* huomioon 11.12.2018 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (EU) 2018/1972 3 artiklan mukaiset muut tavoitteet ja mahdollisesti muut tavoitellut päämäärät yhtenä ”tavoitekokonaisuutena”.

P e r u s t e l u t

I

Riita koskee keskeisiltä osin kantajalle asetettujen käyttöoikeusvelvoitteiden laillisuutta.

Eurooppalaisesta sähköisen viestinnän säännöstöstä 11.12.2018 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä (EU) 2018/1972 (jäljempänä säännöstö) säännellään käyttöoikeusvelvoitteiden asettamista sen 72 ja 73 artiklassa – tältä osin on huomattava, että ainakin 73 artiklan eri kieliversiot poikkeavat toisistaan – seuraavasti:

72 artikla

Rakennusteknisen infrastruktuurin käyttöoikeus

(1) Kansallinen sääntelyviranomaisena voi 68 artiklan mukaisesti asettaa yrityksille velvollisuuksia täyttää kohtuullisina pidettävät pyynnöt, jotka koskevat rakennusteknisen infrastruktuurin käyttöoikeutta ja käyttöä, mukaan luettuina muun muassa rakennukset, rakennusten sisääntulot, rakennusten kaapelointi, myös mastot, antennit, tornit ja muut tukirakennelmat, kaapelikanavat, tyhjat putket, kaapelikaivot ja jakomot, jos se markkina-analyysia tarkasteltuaan katsoo, että käyttöoikeuden epääminen tai käyttöoikeuden antaminen saman vaikutuksen aiheuttavin kohtuuttomin ehdoin estäisi kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä eikä olisi loppukäyttäjien edun mukaista.

(2) Kansalliset sääntelyviranomaiset voivat asettaa yritykselle velvollisuuksia antaa käyttöoikeus tämän artiklan mukaisesti riippumatta siitä, onko velvollisuuden kohteena oleva omaisuus osa merkityksellisiä markkinoita markkina-analyysin mukaisesti, jos velvollisuus on tarpeellinen ja oikeassa suhteessa 3 artiklassa esitettyihin tavoitteisiin.

73 artikla

Erityisten verkkoelementtien ja niihin liittyvien toimintojen käyttöoikeuksia ja käyttöä koskevat velvollisuudet

(1) Kansalliset sääntelyviranomaiset voivat 68 artiklan säännösten mukaisesti asettaa yrityksille velvollisuuksia toteuttaa kohtuulliset pyynnöt, jotka koskevat erityisten verkkoelementtien ja niihin liittyvien toimintojen käyttöoikeutta tai oikeutta hyödyntää niitä silloin, kun kansalliset sääntelyviranomaiset katsovat, että käyttöoikeuden epääminen tai saman vaikutuksen aiheuttavat kohtuuttomat ehdot estäisivät kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä vähittäismyyntitasolla tai että se ei olisi loppukäyttäjien edun mukaista.

Kansalliset sääntelyviranomaiset voivat vaatia yrityksiä muun muassa

- a) antamaan kolmansille osapuolille käyttöoikeus tiettyihin fyysisiin verkkoelementteihin ja tarvittaessa niihin liittyviin toimintoihin ja sallimaan niiden käyttö tilaajayhteyksien ja niiden osien eriytetty käyttöoikeus mukaan lukien;
- b) antamaan kolmansille osapuolille tiettyjen aktiivisten tai virtuaalisten verkkoelementtien ja palvelujen käyttöoikeus;
- c) neuvottelemaan käyttöoikeutta pyytävien yritysten kanssa vilpittömässä mielessä;
- d) olemaan peruuttamatta jo myönnettyä toimintojen käyttöoikeutta;
- e) tarjoamaan tiettyjä palveluja tukkumyynnissä kolmansille osapuolille jälleenmyyntiä varten;

- f) myöntämään teknisten rajapintojen, yhteyskäytäntöjen tai muiden keskeisten, palvelujen tai virtuaaliverkkopalvelujen yhteentoimivuuden kannalta välttämättömien tekniikkojen avoin käyttöoikeus;
- g) tarjoamaan rinnakkain sijoittamista tai muita liitännäistoimintojen yhteiskäyttötapoja;
- h) tarjoamaan tiettyjä sellaisia palveluja, joita tarvitaan palvelujen päästä päähän -yhteentoimivuuden varmistamiseksi käyttäjille, tai matkaviestinverkkojen verkkovierailuihin liittyviä toimintoja;
- i) antamaan käyttötukijärjestelmien tai samankaltaisten ohjelmistojärjestelmien käyttöoikeus terveeseen kilpailun varmistamiseksi palvelujen tarjonnassa;
- j) liittämään yhteen verkot tai verkkotoiminnot;
- k) tarjoamaan liitännäispalvelujen, kuten tunnistamis-, paikantamis- ja tilatietopalvelujen käyttöoikeuden.

Kansalliset sääntelyviranomaiset voivat liittää tällaisiin velvollisuuksiin vilpittömyyttä, kohtuullisuutta ja määräaikoja koskevia ehtoja.

2. Kun kansalliset sääntelyviranomaiset harkitsevat tämän artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen mahdollisten erityisvelvollisuuksien asettamisen asianmukaisuutta ja erityisesti kun ne arvioivat suhteellisuusperiaatteen mukaisesti, olisiko velvollisuuksia asetettava ja miten se olisi tehtävä, niiden on analysoitava, olisivatko muunlaiset tukkutason hyödykkeiden käyttöoikeudet joko samoilla tai niihin liittyvillä vähittäismarkkinoilla riittävä keino käsitellä havaittua ongelmaa loppukäyttäjien etujen turvaamiseksi. Arvioinnissa on käsiteltävä kaupallisia käyttöoikeustarjouksia, 61 artiklan mukaista säänneltyä käyttöoikeutta taikka olemassa olevaa tai suunniteltua säänneltyä käyttöoikeutta muihin tukkutason hyödykkeisiin tämän artiklan mukaisesti. Kansallisten sääntelyviranomaisten on otettava huomioon erityisesti seuraavat seikat:

- a) kilpailevien toimintojen käytön tai asentamisen tekninen ja taloudellinen kannattavuus markkinoiden kehitysasteen kannalta katsottuna, ottaen huomioon kyseessä olevan yhteenliittämisen tai käyttöoikeuden luonne ja laatu, sekä muiden alkuvaiheen käyttöoikeustuotteiden, kuten kaapelikanavien käyttöoikeuden, kannattavuus;
- b) odotettavissa oleva teknologian kehitys, joka vaikuttaa verkon suunnitteluun ja hallintaan;

- c) tarve varmistaa teknologianeutraalius, joka antaa osapuolille mahdollisuuden omien verkkojen suunnitteluun ja hallintaan;
- d) tarjotun käyttöoikeuden toteuttamiskelpoisuus suhteessa käytettävissä olevaan kapasiteettiin;
- e) toiminnon omistajan tekemät perusinvestoinnit ottaen huomioon tehdyt julkiset investoinnit ja investointeihin liittyvät riskit ja erityisesti erittäin suuren kapasiteetin verkkoon tehtävät investoinnit ja niihin liittyvät riskitasot;
- f) tarve turvata kilpailu pitkällä aikavälillä ottaen erityisesti huomioon taloudellisesti tehokas infrastruktuurikilpailu ja kestävää kilpailua tukevat innovatiiviset liiketoimintamallit, kuten ne, jotka perustuvat verkkoihin tehtäviin yhteisinvestointeihin;
- g) mahdolliset asiaan liittyvät teollis- ja tekijänoikeudet;
- h) yleiseurooppalaisten palvelujen tarjoaminen.

Kun kansallinen toimivaltainen viranomais harkitsee 68 artiklan mukaisesti velvollisuuksien asettamista 72 artiklan tai tämän artiklan perusteella, sen on tutkittava, olisiko pelkkä velvollisuuksien asettaminen 72 artiklan perusteella oikeasuhteinen keino edistää kilpailua ja loppukäyttäjän etuja.

3. Asettaessaan yritykselle velvollisuuden tarjota käyttöoikeus tämän artiklan mukaisesti kansalliset sääntelyviranomaiset voivat, jos se on verkon normaalin toimivuuden varmistamiseksi tarpeen, asettaa teknisiä tai käyttöä koskevia ehtoja tällaisen käyttöoikeuden tarjoajalle tai käyttöoikeuden saajalle. Erityisten teknisten standardien tai eritelmien noudattamisvelvoitteiden on oltava 39 artiklan mukaisesti säädettyjen standardien ja/tai eritelmien mukaisia.

Saksan lainsäätäjät on yhdistänyt nämä kaksi säännöstä yhdeksi säännökseksi, joka sisältyy 23.6.2021 annetun televiestintälain (Telekommunikationsgesetz) 26 §:ään, sellaisena kuin se on muutettuna 20.7.2022 annetulla lailla (BGBI. I, s. 1166) – jäljempänä TKG – ja jonka sanamuoto on seuraava:

26 § Käyttöoikeusvelvoitteet

(1) Bundesnetzagentur (liittovaltion verkkoviranomais) voi velvoittaa huomattavan markkinavoiman yrityksen antamaan käyttöoikeuden muille yrityksille, jos muutoin estettäisiin kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä vähittäismyyntitasolla ja heikennettäisiin loppukäyttäjien etuja.

(2) Kun Bundesnetzagentur arvioi, ovatko 1 momentin mukaiset käyttöoikeusvelvoitteet perusteltuja ja jos ovat, mitkä niistä, sekä ovatko ne oikeassa suhteessa 2 §:n mukaisiin tavoitteisiin, sen on tarkasteltava

1. tämän osan mukaisia jo asetettuja tai ennakoitavissa olevia velvoitteita taikka kyseisillä tukkumarkkinoilla tai niihin liittyvillä tukkumarkkinoilla jo tehtyjä tai tarjottuja kaupallisia käyttöoikeussopimuksia, ja
2. pelkkää velvoitteiden asettamista 3 momentin 10 kohdan mukaisesti

2 §:ssä vahvistettujen tavoitteiden varmistamiseksi. Bundesnetzagentur ottaa tässä yhteydessä huomioon erityisesti seuraavat seikat:

- a) kilpailevien toimintojen käytön tai asentamisen tekninen ja taloudellinen kannattavuus markkinoiden kehitystason kannalta katsottuna, ottaen huomioon kyseessä olevan yhteenliittämisen ja käyttöoikeuden luonne ja laatu, sekä muiden alkuvaiheen käyttöoikeustuotteiden kannattavuus;
2. ehdotetun käyttöoikeuden toteuttamiskelpoisuus suhteessa käytettävissä olevaan kapasiteettiin;
3. toiminnon omistajan tekemät perusinvestoinnit ottaen huomioon mahdolliset julkiset investoinnit ja investointeihin liittyvät riskit, erityisesti riskit, jotka liittyvät erittäin suuren kapasiteetin verkkoihin tehtäviin investointeihin;
4. tarve turvata kilpailu pitkällä aikavälillä ottaen erityisesti huomioon taloudellisesti tehokas infrastruktuurikilpailu ja innovatiiviset liiketoimintamallit;
5. teollis- tai tekijänoikeudet;
6. unionin laajuisten palvelujen tarjoaminen ja
7. odotettavissa oleva tekninen kehitys, joka vaikuttaa verkon suunnitteluun ja hallintaan.

(3) Bundesnetzagentur voi 1 momentti huomioon ottaen vaatia huomattavan markkinavoiman yrityksiä muun muassa

1. antamaan käyttöoikeus tiettyihin fyysisiin verkkoelementteihin ja niihin liittyviin toimintoihin, tilaajayhteyksien fyysisesti eriytetty käyttöoikeus mukaan lukien;
2. olemaan peruuttamatta jo myönnettyä toimintojen käyttöoikeutta;

3. antamaan tiettyjen aktiivisten tai virtuaalisten verkkoelementtien ja -palvelujen käyttöoikeus, laajakaistayhteyksien virtuaalisesti eriytetty käyttöoikeus mukaan lukien;
4. tarjoamaan tiettyjä sellaisia palveluja, joita tarvitaan palvelujen päästä päähän -yhteentoimivuuden tai matkaviestinverkkojen verkkovierailujen varmistamiseksi;
5. antamaan käyttötukijärjestelmien tai samankaltaisten ohjelmistojärjestelmien käyttöoikeus reilun kilpailun varmistamiseksi palvelujen tarjonnassa ja varmistamaan olemassa olevien toimintojen tehokkuus;
6. antamaan liitännäispalvelujen, kuten tunnistamis-, paikantamis- ja tilatietopalvelujen käyttöoikeus;
7. mahdollistamaan yleisten televerkkojen yhteenliittäminen;
8. myöntämään teknisten rajapintojen, yhteyskäytäntöjen tai muiden keskeisten palvelujen tai virtuaaliverkkopalvelujen yhteentoimivuuden kannalta välttämättömien tekniikkojen avoin käyttöoikeus;
9. tarjoamaan rinnakkain sijoittamista tai muita liitännäistoimintojen yhteiskäyttötapoja ja antamaan käyttöoikeuden hakijoille tai niiden valtuutetuille edustajille milloin tahansa käyttöoikeus näihin toimintoihin ja
10. antamaan käyttöoikeus rakennustekniseen infrastruktuuriin, mukaan luettuina muun muassa rakennukset, rakennusten sisääntulot, rakennusten kaapelointi, myös mastot, antennit, tornit ja muut tukirakennelmat, kaapelikanavat, tyhjät putket, kaapelikaivot ja jakomot, myös silloin, kun ne eivät ole osa 10 §:ssä tarkoitettuja merkityksellisiä tuotemerkkinoita, jos käyttöoikeusvelvoite on tarpeellinen ja oikeasuhtainen 11 §:ssä tarkoitetussa markkina-analyysissä havaitun ongelman kannalta.

(4) Jos yritys osoittaa, että palvelun käyttö vaarantaisi verkon eheyden säilyttämisen tai verkkotoiminnan turvallisuuden, Bundesnetzagentur ei aseta kyseistä käyttöoikeusvelvoitetta tai asettaa sen eri muodossa. Verkon eheyden säilyttämistä ja verkkotoiminnan turvallisuutta on arvioitava puolueettomien kriteerien perusteella.

5. Asettaessaan yritykselle velvollisuuden antaa käyttöoikeus Bundesnetzagentur voi, jos se on televerkon normaalin toimivuuden varmistamiseksi tarpeen, asettaa teknisiä tai käyttöä koskevia ehtoja tällaisen käyttöoikeuden tarjoajalle tai käyttöoikeuden saajalle. Erityisten teknisten standardien tai eritelmien noudattamisvelvoitteiden on oltava direktiivin

(EU) 2018/1972 39 artiklan mukaisesti säädettyjen standardien ja eritelmien mukaisia.

(6) Käyttöoikeusvelvoitteita täytettäessä on mahdollistettava käyttöoikeuspalvelujen käyttö ja käyttöön oikeutettujen yritysten yhteistyömahdollisuudet, ellei yritys yksittäistapauksissa osoita, että käyttö tai yhteistyö ei ole teknisten syiden vuoksi mahdollista tai se on mahdollista vain rajoitetusti.

II.

Kantaja on televiestintäpalveluja tarjoava yritys, joka on 10.10.2019 tehdyn markkinamäärittelyn yhteydessä nimetty yritykseksi, jolla on huomattavaa markkinavoimaa yhtenäisillä tuotemerkkinoilla, jotka liittyvät tilaajayhteyksien käyttöoikeuteen kiinteissä sijaintipaikoissa. Markkinamäärittelyssä *ei* kuitenkaan ollut kyse rakennusteknisen infrastruktuurin käyttöoikeutta koskevista markkinoista.

Liittovaltion sähkö-, kaasu-, tele-, posti- ja rautatieverkkovirasto (Bundesnetzagentur) velvoitti 21.7.2022 antamallaan päätöksellä kantajan muun muassa:

”1.1. antamaan muille yrityksille pääsyn kysyntähetkellä olemassa oleviin kaapelointeihin, mastoihin ja ilmajohtojen tukijärjestelmiin erittäin suuren kapasiteetin verkkojen rakentamiseksi ja käyttämiseksi kiinteissä sijaintipaikoissa tai tilaajayhteyksien käyttämiseksi kaapelinjakokaapissa tai MSAN:n sijainnissa (1.2 tai 1.3 kohta) käytettävissä olevan kapasiteetin rajoissa, jolloin (kantaja) voi ylläpitää asianmukaista toimintareserviä ja asettaa omat tarpeensa etusijalle. Siltä osin kuin käyttöoikeus ei koske tilaajayhteyksien käyttöoikeutta, palveluvelvoite ja siihen liittyvät muut velvoitteet, jotka on vahvistettu 2, 4 ja 5 kohdassa, alkavat 1.1.2024.

1.2. antamaan muille yrityksille fyysisesti eriytetty käyttöoikeus kupariverkon tilaajayhteyksiin MDF-keskuksessa tai pisteessä, joka sijaitsee lähempänä tilaajayhteyksikköä kuin MDF-keskus (erityisesti kaapeli- tai päätösjakamo – demarkaatiopiste), siltä osin kuin ne eivät saa evätä käyttöoikeutta liitteen 1 – Tilaaajayhteyden käyttöoikeuden epääminen MDF-keskuksen lähialueen ulkopuolella – ja liitteen 2 – Tilaaajayhteyden käyttöoikeuden epääminen MDF-keskuksen lähialueella – sääntöjen mukaan – –”

Bundesnetzagentur esitti perusteluina seuraavaa:

”Käyttöoikeusvelvoitteet

Bundesnetzagenturin päätösjaosto vahvisti [– –], että (kantajalle) 21.3.2011 annetulla sääntelypäätöksellä BK3g-09/085 (sellaisena kuin se on muutettuna 1.9.2016 annetulla sääntelypäätöksellä Bk3g-15/004) asetetut

käyttöoikeusvelvoitteet menettelyn kohteena olevilla markkinoilla säilytetään tai niitä muutetaan seuraavasti:

1. TKG:n 26 §:n mukainen arviointiohjelma

Käyttöoikeusvelvoitteiden asettaminen perustuu TKG:n 26 §:ään.

TKG:n 26 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan Bundesnetzagentur voi velvoittaa yleisten televerkkojen operaattorit, joilla on merkittävää markkinavoimaa, antamaan muille yrityksille käyttöoikeudet, kysyntään perustuva eriytetty tarjonta mukaan lukien, erityisesti, jos muutoin estettäisiin kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä vähittäismyymytasolla tai heikennettäisiin loppukäyttäjien etuja. Arvioidessaan, ovatko käyttöoikeusvelvoitteet perusteltuja ja jos ovat, mitkä niistä, ja ovatko ne oikeassa suhteessa TKG:n 2 §:n mukaisiin sääntelytavoitteisiin nähden, Bundesnetzagenturin on erityisesti otettava huomioon TKG:n 26 §:n 2 momentin toisen virkkeen 1–7 kohdassa luetellut perusteet. Mainitusta säännöksestä ja sen viittauksesta TKG:n 2 §:n mukaisiin sääntelytavoitteisiin (ja -periaatteisiin) seuraa, että asetetuilla toimilla on täytettävä kattava tavoitekokonaisuus ja niiden on oltava samalla tiettyjen reunaehtojen mukaisia (ks. vuoden 2004 TKG:n 21 §:n osalta Bundesverwaltungsgerichtin (liittovaltion ylin hallintotuomioistuin, BVerwG) tuomio 21.9.2018 – 6 C 50/16 –, 48 kohta ja BVerwG:n tuomio 21.9.2018 – 6 C 8/17 – BVerwGE 163, 181–232, 51 kohta). Tässä yhteydessä merkityksellinen tavoitekokonaisuus muodostuu neljästä perustavoitteesta, joista joihinkin liittyy erilaisia täydentäviä näkökohtia.

Ensimmäinen perustavoite on varmistaa liitettävyys ja edistää kaikkien kansalaisten ja yritysten pääsyä erittäin suuren kapasiteetin verkkoihin ja niiden käyttöä (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä sen 2 §:n 2 momentin 1 kohdan kanssa). Toinen perustavoite on kilpailun edistäminen. Tässä yhteydessä merkitystä on erityisesti vähittäismarkkinoiden kilpailulla (TKG:n 26 §:n 1 momentti). Tavoitteena on edistää kestäviä ja kilpailuun perustuvia televiestintämarkkinoita sekä niihin liittyviä infrastruktuuri-investointeja ja innovaatioita (TKG:n 26 §:n 1 momentti; 26 §:n 2 momentin toisen virkkeen 4 kohta; 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 2 momentin 2 kohdan ja 3 kohdan e alakohdan ja 3 momentin 4 kohdan kanssa). Kilpailun on myös oltava tasapuolista (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 2 momentin 2 kohdan ja 3 momentin 2 kohdan kanssa). Kilpailun edistämiseksi on otettava asianmukaisesti huomioon sekä alueen tarpeet (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 2 momentin 2 kohdan loppuosan kanssa) että Saksan liittotasavallan eri maantieteellisillä alueilla vallitsevat erilaiset kilpailuolosuhteet (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 3 momentin 5 kohdan toisen vaihtoehdon kanssa). Kolmas perustavoite käyttäjien ja erityisesti kuluttajien etujen suojeleminen televiestinnän alalla (TKG:n 26 §:n 1

momentin loppuosa ja 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 2 momentin 3 kohdan kanssa). On pyrittävä siihen, että käyttäjät hyötyvät maksimaalisesti valikoimasta, hinnoista ja laadusta (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 2 momentin 3 kohdan b alakohdan kanssa). Käyttäjien ja kuluttajien etua on edistettävä erityisesti varmistamalla liitettävyyden kattava saatavuus ja erittäin suuren kapasiteetin verkkojen nopeutettu käyttöönotto sekä edistämällä niiden käyttöä (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 2 momentin 1 ja 3 a kohdan kanssa). Lisäksi on varmistettava yhtäläiset elinolot kaupunki- ja maaseutualueilla (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 2 momentin 3 b kohdan kanssa). Tässä yhteydessä on otettava asianmukaisesti huomioon myös Saksan liittotasavallan eri maantieteellisillä alueilla vallitsevat moninaiset kuluttajiin liittyvät olosuhteet (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 3 momentin 5 kohdan kolmannen vaihtoehdon kanssa). Neljänneksi on edistettävä Euroopan unionin sisämarkkinoiden kehitystä (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 2 momentin 4 kohdan kanssa). Tämä koskee myös yleiseurooppalaisten palvelujen tarjoamista (TKG:n 26 §:n 2 momentin toisen virkkeen 6 kohta).

Edellä mainittuun tavoitekokonaisuuteen pyrittäessä on noudatettava erilaisia reunaehtoja. TKG:n 2 §:n 3 momentissa säädetään yleisesti, että 2 momentissa vahvistettuja päämääriä tavoitellessaan Bundesnetzagenturin on sovellettava objektiivisia, avoimia, syrjimättömiä ja oikeasuhteisia sääntelyperiaatteita. Näitä periaatteita täsmennetään edelleen TKG:n 2 §:n 3 momentissa ja 26 §:n 2 momentin toisessa virkkeessä. Tarpeellisuuden tutkimisen yhteydessä on arvioitava erityisesti kilpailevien toimintojen käytön tai asentamisen teknistä ja taloudellista kannattavuutta markkinoiden kehitystason kannalta katsottuna (TKG 26 §:n 2 momentin toisen virkkeen 1 kohta) sekä sitä, ovatko jo asetetut TKG:n osan 2 mukaiset velvoitteet tai jo tehdyt tai tarjotut kaupalliset käyttöoikeussopimukset kyseisillä tai niihin liittyvillä tukumarkkinoilla (TKG 26 §:n 2 momentin ensimmäisen virkkeen 1 kohta) ja pelkkä kaapelikanavalaiteita ja mastoja ja maanpäällisten johtojen tukijärjestelmiä koskevien käyttöoikeusvelvoitteiden asettaminen (TKG:n 26 §:n 2 momentin 1 virkkeen 2 kohta) riittäviä TKG:n 2 §:ssä asetettujen sääntelytavoitteiden varmistamiseksi (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke).

Asianmukaisuuden arvioinnissa on otettava huomioon ammatillista vapautta koskevat perusoikeudet (perustuslain (Grundgesetz, GG) 12 §:n 1 momentti) ja asianomaisten omaisuuden suoja (GG:n 14 §:n 1 momentti). Tämä koskee erityisesti tarjotun käyttöoikeuden toteuttamiskelpoisuutta suhteessa käytettävissä olevaan kapasiteettiin (TKG:n 26 §:n 2 momentin toisen virkkeen 2 kohta) sekä toiminnon omistajan perusinvestointeja ottaen huomioon tehdyt julkiset investoinnit ja investointeihin liittyvät riskit (TKG:n 26 §:n 2 momentin toisen virkkeen 3 kohta) sekä yleisesti investoivan yrityksen ottamia investointeihin liittyviä riskejä ja investoijien

ja käyttöoikeutta hakevien osapuolten välistä yhteistyötä (TKG:n 26 § 1 momentin ensimmäisen virkkeen loppuosa; 26 §:n 2 momentin toisen virkkeen 4 kohta; 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 2 momentin 2 kohdan ensimmäisen virkkeen ja 3 momentin 4 kohdan kanssa). Myös luottamuksensuojan ja oikeusvarmuuden periaatteet voivat olla merkityksellisiä. Esimerkiksi sääntelyn ennustettavuutta on edistettävä siten, että Bundesnetzagentur noudattaa asianmukaisina kausina johdonmukaista sääntelytapaa (TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäinen virke, luettuna yhdessä 2 §:n 3 momentin 1 kohdan kanssa). Myös vaikutukset muihin laissa suojeltuihin oikeuksiin, kuten teollis- ja tekijänoikeuksiin, ja yleiseurooppalaisten palvelujen tarjoamiseen (TKG:n 26 §:n 2 momentin toisen virkkeen 5 ja 6 kohta) sekä verkon eheyden ja verkon toiminnan turvallisuuden ylläpitämiseen liittyvää etuun (TKG 26 §:n 4 ja 5 kohta) voivat olla merkityksellisiä yksittäistapauksissa.”

Bundesnetzagentur tutki näiden kriteerien perusteella edellä mainittujen käyttöoikeusvelvoitteiden, rakennusteknisen infrastruktuurin käyttöoikeusvelvoite mukaan lukien, asettamista.

Kantaja nosti 19.8.2022 ennakkoratkaisua pyytävässä tuomioistuimessa kanteen tästä Bundesnetzagenturin 21.7.2022 tekemästä päätöksestä ja vaati muun muassa

”1. kumoamaan osittain vastaajan 21.7.2022 antaman päätöksen (BK3i-19/020) siltä osin kuin kantajalle asetetaan seuraavat velvoitteet:

a) päätösoosan 1.1 kohdan mukainen velvoite antaa muille yrityksille käyttöoikeus kaapelikanaviin, mastoihin ja ilmajohtojen tukijärjestelmiin erittäin suuren kapasiteetin verkkojen käyttöönottamiseksi ja käyttämiseksi kiinteissä sijaintipaikoissa;

toissijaisesti a alakohtaan nähden

a) päätösoosan 1.1 kohdan mukainen velvoite antaa muille yrityksille käyttöoikeus myös hakijan FTTB/H-verkkonsa käyttöönottoa varten hiljattain rakentamiin kaapelikanaviin, mastoihin ja ilmajohtojen tukijärjestelmiin erittäin suuren kapasiteetin verkkojen käyttöönottamiseksi ja käyttämiseksi kiinteissä sijaintipaikoissa;

edelleen toissijaisesti a ja b alakohtaan nähden,

a) päätösoosan 1.1 kohdan mukainen velvoite antaa muille yrityksille käyttöoikeus myös hakijan alle seitsemän vuotta sitten valmistuneisiin kaapelikanaviin, mastoihin ja ilmajohtojen tukijärjestelmiin erittäin suuren kapasiteetin verkkojen käyttöönottamiseksi ja käyttämiseksi kiinteissä sijaintipaikoissa;

d) päätösoosan 4 kohdan mukainen velvoite julkaista viitetarjous käyttöoikeuspalveluista, jotka koskevat kaapelikanavia, mastoja ja

ilmajohtojen tukijärjestelmiä erittäin suuren kapasiteetin verkkojen käyttöönottamiseksi ja käyttämiseksi kiinteissä sijaintipaikoissa;

e) päätösoosan 5.1 kohdan mukainen velvoite sallia TKG:n 39 §:n mukaisesti maksujen hyväksyminen käyttöoikeudesta kaapelikanaviin, mastoihin ja ilmajohtojen tukijärjestelmiin erittäin suuren kapasiteetin verkkojen käyttöönottamiseksi ja käyttämiseksi kiinteissä sijaintipaikoissa;

f) päätösoosan 4 kohdan mukainen velvoite julkaista käyttöoikeuspalveluja koskeva viitetarjous virtuaalisesti eriytetystä käytöstä Layer-2-käyttöoikeustuotteen muodossa Switch/BNG-yhdyskäytävällä massamarkkinakapasiteetin FTTB/H-infrastruktuureissa;

2. toissijaisesti 1 kohdassa esitettyihin vaatimuksiin nähden kumoamaan kokonaisuudessaan vastaajan 21.7.2022 antaman päätöksen (BK3i-19/020), jos tuomioistuimien katsoo, ettei päätöstä voida tältä osin jakaa osiin.”

Kantaja väittää ennakkoratkaisupyynnön kannalta merkityksellisen kysymyksen osalta, että Bundesnetzagenturin asettamat TKG:n 26 §:n 1 momentin mukaiset käyttöoikeusvelvoitteet perustuvat virheelliseen oikeudelliseen tulkintaan. Kantajan mukaan arviointiohjelman esittelyn osalta sääntelypäätöksen perusteluissa käytetään vuoden 2004 TKG:n 21 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen vanhentunutta sanamuotoa, jossa on tosiasiallisesti eroja voimassa olevaan TKG:n 26 §:n 1 momenttiin nähden. Tarkemmin sanottuna sana ”erityisesti” on poistettu tekstin sanamuodosta, ja ”kilpailun estämistä vähittäismarkkinoilla” ja ”loppukäyttäjien etujen heikentämistä” koskevat edellytykset on nyt yhdistetty sanan ”tai” sijasta sanalla ”ja”. Kantajan mukaan Bundesnetzagentur jätti molemmat seikat huomiotta ja perusti päätöksensä virheelliseen arviointiohjelmaan. Muutokset eivät olleet pelkästään toimituksellisia, vaan kyseisen lain perustelujen mukaan ne olivat tietoisia lainsäädäntöön perustuvia muutoksia. Kantajan mukaan direktiivin mukainen tulkinta ei tule kyseeseen. Tämä johtuu ensinnäkin siitä, että Saksan lainsäätäjän tahto on vahvistettu nimenomaisesti lainvalmisteluaineistossa. Toiseksi direktiiviin perustuvan lainsäädännön ja kansallisen lainsäädännön välillä ei loppujen lopuksi ole eroa. Tämän vuoksi Bundesnetzagenturin olisi pitänyt ensinnäkin todeta TKG:n 26 §:n 1 momentin osalta, että siinä säädetyt edellytykset täyttyvät kumulatiivisesti, ennen kuin se siirtyi tarkastelemaan TKG:n 26 §:n 2 momenttia ja käytti harkintavaltaansa. Bundesnetzagenturin poikkeavalla menettelytavalla tehdään lainsäätäjän nimenomaisesti korostamista käyttöoikeuden sääntelyn päätavoitteista vähemmän ehdottomia, mikä on johtanut epätasapainoon etujen punninnassa. Kantajan mukaan sääntelypäätöksessä laiminlyödään TKG 26 §:n 1 momentin edellytysten kumulatiivinen arviointi.

Vastaaja sen sijaan väittää ennakkoratkaisupyynnön kannalta merkityksellisten seikkojen osalta, että Bundesnetzagentur ei ole perustanut sääntelypäätöstään

virheelliseen oikeudelliseen tulkintaan; se ei varsinkaan ole perustanut päätöstään aiemmin voimassa olleen, vuoden 2004 TKG:n 21 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen edellytyksiin. Vastaajan mukaan TKG:n 26 §:n 1 momenttia on tulkittava direktiivin mukaisesti siten, että edellytysten välissä oleva sana ”ja” ei tarkoita, että niitä on tarkasteltava kumulatiivisesti, vaan ne on esitetty luettelonomaisesti. Lisäksi yleisessä osassa esitetyllä arviointiohjelmalla ei ole merkitystä arviointipäätöksen laillisuuden kannalta, vaan merkitystä on itse arviointipäätöksellä. Molemmat TKG:n 26 §:n 1 momentin edellytykset on otettu huomioon arviointipäätöksessä. TKG:n 26 §:n 1 momentin sanamuodon perusteella ei voida päätellä, että Bundesnetzagenturin arviointi olisi rajattu näihin kahteen edellytykseen. Päinvastoin TKG:n 26 §:n 2 momentin perusteella se voi ottaa arvioinnissaan huomioon myös muita näkökohtia; vuoden 2004 TKG:n 21 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen 1 kohdassa tarkoitettua ”tavoitekokonaisuutta” koskevaa Bundesverwaltungsgerichtin oikeuskäytäntöä voidaan soveltaa myös TKG:n 26 §:n osalta.

[– –] [Täydentävä välitoimihakemus]

III

Esitetyllä unionin oikeutta koskevalla kysymyksellä on ratkaiseva merkitys oikeusriidan lopputuloksen kannalta. Tässä asiassa sovelletaan direktiivin mukaisen tulkinnan periaatetta (1). Asian ratkaisu riippuu säännösten 72 ja 73 artiklan tulkinnasta (2).

1. Tässä asiassa sovelletaan direktiivin mukaisen tulkinnan periaatetta. Direktiivin mukainen tulkinta voidaan sulkea pois, jos kansalliset säännökset ovat *selkeitä*. Näin ei tässä tapauksessa kuitenkaan ole. Kansallisessa lainsäädännössä on näkökohtia, jotka tukevat TKG:n 26 §:n tulkintaa siten, että vastaajan olisi pitänyt tehdä arvionsa ”ennakkoon” pelkästään TKG:n 26 §:n 1 momentin tunnusmerkistön perusteella (a), sekä näkökohtia, jotka tukevat sitä, että vastaajan on päätettävä käyttöoikeusvelvoitteiden asettamisesta – edelleen – ”tavoitekokonaisuuden” perusteella (b).

a) Säännöksen sanamuoto näyttää alkuun tukevan sitä, että TKG:n 26 §:ää olisi tulkittava siten, että vastaajan olisi pitänyt tehdä arvio ”ennakkoon” pelkästään TKG:n 21 §:n 1 momentin tunnusmerkistön perusteella (”– – jos muutoin estettäisiin kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä vähittäismyyntitasolla ja heikennettäisiin loppukäyttäjien etuja”). TKG:n 26 §:n 1 momentti – toisin kuin 22.6.2004 annetun TKG:n 21 §:n 1 momentin 1 virke, joka on kumottu 23.6.2021 annetun lain 61 §:llä (BGBl. I, s. 1858) – ei nimittäin sisällä enää sanaa ”erityisesti”. TKG:n 26 §:n 1 momentin tällaisesta tulkinnasta on todettava lisäksi, että lainsäätäjät poisti sanamuodosta tarkoituksella sanan ”erityisesti” selventääkseen, että ”tukkutason käyttöoikeussäntelyllä pyritään poistamaan kilpailuongelma vähittäismarkkinoilta” (ks. BT-Drs. 19/26108, s. 263). Tästä voidaan mahdollisesti päätellä, että lainsäätäjän tarkoituksena on rajoittaa mahdollisuutta asettaa käyttöoikeusvelvoitteita ”olisiko”-tasolla erityisiin

sääntelyperusteisiin aiemmasta menettelytavasta poiketen. Tämän tueksi voidaan todeta myös, että lainsäätäjällä on systemaattisesti jakanut vuoden 2004 TKG:n 21 §:n 1 momentin TKG:n 26 §:ssä kahteen momenttiin. Tällä implikoitua TKG:n 26 §:n 1 momentin itsenäisyyttä tukee myös se, että systemaattisesta näkökulmasta on niin, että yksittäiset sääntelyperusteet tyhjentävästi sisältävän TKG:n 1 momentti ei olisi tarpeen, jos kattava yhteinen arviointi olisi tehtävä tai voitaisiin tehdä loppujen lopuksi TKG:n 26 §:n 2 momentin perusteella. TKG:n 26 §:n 1 momentin itsenäinen soveltamisala voidaan hahmottaa vain vaiheittaisessa arvioinnissa.

b) On kuitenkin myös merkittäviä näkökohtia, jotka tukevat sitä, että vastaajan on päätettävä käyttöoikeusvelvoitteiden asettamisesta ”tavoitekokonaisuuden” perusteella. Säännöksen syntyhistorian mukaan sanan ”erityisesti” poistamista perusteltiin sen selventämiseksi, että ”tukkutason käyttöoikeussääntelyllä pyritään poistamaan kilpailuongelma vähittäismarkkinoilta”. Sanan ”erityisesti” poistamista perusteltiin *samanaikaisesti* kuitenkin myös sillä, että näin otettiin huomioon vastaava poisto säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisestä alakohdasta. Tämä viittaus ei ole ymmärrettävä. Vaikka säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäiseen alakohtaan ei sisälly sanaa ”erityisesti”, myös nykyisessä saksankielisessä versiossa sääntelyperusteiden luettelo alkaa sanoilla ”unter anderem wenn” (muun muassa silloin, kun). Myös muissa kieliversioissa on vastaava aloitus: hollanniksi ”onder andere wanneer”, ranskaksi ”notamment lorsqu’elles”, italiaksi ”in particolare qualora”. Englanninkielisessä versiossa ei sen sijaan ilmeisesti ole tällaista luettelon aloitusta (”in situations when”). Voidaan vain arvailla, onko englanninkielinen versio otettu huomioon ”oikeana versiona” TKG:tä koskevissa saksankielisissä lain perusteluissa. Ainoa päätelmä, joka voidaan tehdä TKG:n 26 §:n 1 momentin syntyhistoriasta, on se, että sen syntyhistoria herättää enemmän kysymyksiä kuin antaa vastauksia. Ennen kaikkea tämän toisen näkemyksen osalta voidaan kuitenkin todeta, että Bundesverwaltungsgerichtin oikeuskäytäntö, joka koskee mahdollisuutta muodostaa ”tavoitekokonaisuus” vuoden 2004 TKG:n 21 §:n 1 momentin mukaista arviointia tehtäessä, ei perustu vuoden 2004 TKG:n 21 §:n 1 momentin ensimmäiseen virkkeeseen ja siihen tuolloin vielä sisältyneeseen sanaan ”erityisesti” luettelon alkamiskohtana, vaan se perustui suoraan vuoden 2004 TKG:n 21 §:n 1 momentin toiseen virkkeeseen, jossa ilmaisulla ”arvioinnissa” luotiin viittaus ensimmäiseen virkkeeseen (BVerwG, tuomiot 21.9.2018 – 6 C 8.17 -, juris 43 kohta ja 6 C 50.16, 41 ja 47 kohta). Tämän perusteella TKG:n 26 §:n 2 momenttia, joka alkaa samoilla sanoilla kuin vuoden 2004 TKG:n 21 §:n 1 momentin 2 virke, voidaan mahdollisesti edelleen tulkita siten, että siinä säädetään (yhdenmukaisesta ja yhteisestä) arviointiohjelmasta. Tätä vastaan voidaan kuitenkin toisaalta todeta, että TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäistä virkettä on täydennetty vuoden 2004 TKG:n aiempaan 21 §:n 1 momentin ensimmäiseen virkkeeseen nähden (sanamuodon perusteella) niin sanotulla ”riittävyystestillä” TKG:n 26 §:n 2 momentin ensimmäisessä virkkeessä ja että TKG:n 2 §:n mukaiset tavoitteet huomioon otettava arviointi näyttää koskevan vain sitä. Tämän jälkeen TKG:n 26 §:n 2 momentin toisessa virkkeessä mainitaan kuitenkin muita arviointiin liittyviä näkökohtia, joiden suhde ”riittävyystestiin” ei yhtäältä ole

aivan selkeä ja joiden itsenäinen merkitys (ilman ensimmäisen virkkeen toisen puolivirkkeen lukemista) ei toisaalta ole ymmärrettävä.

2. Kun otetaan huomioon mahdollisuus direktiivin mukaiseen tulkintaan, asian ratkaisu riippuu esitettyihin kysymyksiin annettavasta vastauksesta. Jos säännösten 72 tai 73 artikla ovat esteenä kansalliselle lainsäädännölle tai sen tulkinnalle, jonka mukaan sääntelyviranomaisen viran puolesta tekemässä arvioinnissa, joka koskee sitä, ”olisiko” rakennusteknisen infrastruktuurin käyttöoikeusvelvoite asettava, voidaan ottaa huomioon säännösten 72 artiklan 1 kohdassa mainittujen edellytysten (estäisi kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä eikä olisi loppukäyttäjien edun mukaista) lisäksi myös säännösten 3 artiklan mukaiset tavoitteet ja mahdollisesti muut tavoitteet yhteisarvioinnissa, kantajan kanne menestyisi (a). Jos sen sijaan säännösten 72 tai 73 artikla ei ole esteenä kansalliselle lainsäädännölle tai sen tulkinnalle, jonka mukaan sääntelyviranomaisen viran puolesta tekemässä arvioinnissa, joka koskee sitä, ”olisiko” rakennusteknisen infrastruktuurin käyttöoikeusvelvoite asettava, voidaan ottaa huomioon säännösten 72 artiklan 1 kohdassa mainittujen edellytysten (estäisi kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä eikä olisi loppukäyttäjien edun mukaista) lisäksi myös säännösten 3 artiklassa vahvistetut tavoitteet ja mahdollisesti muut tavoitteet yhteisarvioinnissa, kantajan kanne ei menestyisi (b).

a) Jos säännösten 72 artiklan 1 kohta tai 72 artiklan 2 kohta, luettuna yhdessä säännösten 68 artiklan 1 kohdan kanssa, ovat esteenä kansalliselle lainsäädännölle tai sen tulkinnalle, jonka mukaan sääntelyviranomaisen viran puolesta tekemässä arvioinnissa, joka koskee sitä, ”olisiko” rakennusteknisen infrastruktuurin käyttöoikeusvelvoite asettava, voidaan ottaa huomioon 72 artiklan 1 kohdassa mainittujen edellytysten (estäisi kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä eikä olisi loppukäyttäjien edun mukaista) lisäksi myös säännösten 3 artiklan mukaiset tavoitteet ja mahdollisesti muut tavoitteet yhteisarvioinnissa, kantajan kanne menestyisi. Tällöin TKG:n 26 §:n 1 ja 2 momenttia olisi nimittäin tulkittava siten, että vastaajan olisi pitänyt tehdä arviointi ”ennakkoon” pelkästään TKG:n 21 §:n 1 momentin tunnusmerkistön perusteella (”jos muutoin estettäisiin kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä vähittäismyyntitasolla ja heikennettäisiin loppukäyttäjien etuja”). Tämä johtaisi siihen, että riidanalainen päätös olisi todennäköisesti lainvastainen. Näin on riippumatta siitä, onko arviointi, joka koskee sitä, ”olisiko” käyttöoikeusvelvoite asetettava, tehtävä ”yleisesti” TKG:n 3 §:n 74 kohdassa tarkoitetun ”minkä tahansa” käyttöoikeusvelvoitteen osalta vai ”konkreettisesti” TKG:n 26 §:n 3 momentissa tarkoitetun käyttöoikeuden antamista koskevan vaihtoehdon osalta. Tämä käy ilmi jo siitä, että vastaaja ei ole viitannut TKG:n 26 §:n 1 momentin säännöksen uuteen versioon vaan TKG:n 21 §:n säännöksen vanhaan versioon, vaikka siihen on tehty merkityksellisiä muutoksista. Jo tämä osoittaa, että se on tehnyt virheen. Vastaaja ei myöskään missään vaiheessa ole tutkinut asiasisällön osalta itsenäisesti, estetäänkö yleisesti kestävien, kilpailumarkkinoiden kehittymistä vähittäismyyntitasolla ja heikennetäänkö loppukäyttäjien etuja, jos käyttöoikeutta ei anneta. Vastaajan suorittamalla, näitä seikkoja koskevilla ”yksittäisillä” arvioinneilla ei korjata tätä laiminlyöntiä. Sikäli kuin riidanalaisen päätöksen (julkinen versio) sivulla 106 ja

107 mainitaan myös kilpailun edistäminen ja kuluttajien etujen suojaaminen ”tavoitekokonaisuuden” osana, tämä ei selvästikään riitä, jotta TKG:n 26 §:n 1 momentin tässä mielessä ymmärretyt vaatimukset täyttyisivät. Ensinnäkään ei ole tutkittu, estetäänkö kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä vähittäismyyntitasolla ja heikennetäänkö loppukäyttäjien etuja, jos käyttöoikeutta ei myönnetä. Tiettyjen etujen ”edistäminen” tai ”turvaaminen” ja niiden ”estäminen” tai ”heikentäminen” ovat eri arviointiperusteita. Toiseksi molempien edellä mainittujen etujen lisäksi on otettu huomioon myös muita etuja. Sama pätee riidanalaisen päätöksen (julkinen versio) sivuilla 117, 119, 129, 134 ja 135 esitettyihin toteamuksiin. Edellä esitettyyn ei olisi vaikutusta myöskään sillä, vaikka TKG:n 26 §:n 1 momentin sana ”ja” korvattaisiin sanalla ”tai” (kuten TKG:n 21 §:n 1 momentin vanhassa versiossa) unionin oikeuden mukaisen tulkinnan vuoksi. Vastaaja ei nimittäin ole tutkinut riittävästi sitä, estetäänkö kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä vähittäismyyntitasolla eikä sitä, heikennetäänkö loppukäyttäjien etuja, jos käyttöoikeutta ei anneta (ks. edellä).

b) Jos säännösten 72 tai 73 artikla ei sen sijaan ole esteenä kansalliselle lainsäädännölle tai sen tulkinnalle, jonka mukaan sääntelyviranomaisen viran puolesta tekemässä arvioinnissa, joka koskee sitä, ”olisiko” rakennusteknisen infrastruktuurin käyttöoikeusvelvoite asettava, voidaan säännösten 72 artiklan 1 kohdassa mainittujen edellytysten (estäisi kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä eikä olisi loppukäyttäjien edun mukaista) lisäksi ottaa huomioon myös säännösten 3 artiklan mukaiset tavoitteet ja mahdollisesti muut tavoitteet yhteisarvioinnissa, kantajan kanne ei menestyisi (b). Tällöin TKG:n 26 §:n 1 ja 2 momenttia ei olisi tulkittava siten, että vastaajan olisi pitänyt tehdä arviointi ”ennakkoon” pelkästään TKG:n 21 §:n 1 momentin tunnusmerkistön perusteella (”jos muutoin estettäisiin kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä vähittäismyyntitasolla ja heikennettäisiin loppukäyttäjien etuja”). Riidanalainen päätös olisi tällöin oletettavasti lainmukainen, koska tällöin vastaaja olisi saanut tehdä arvioinnin tavoitekokonaisuuden perusteella, kuten se tekikin.

Siihen, että asian ratkaisu riippuu vastauksesta edellä mainittuun kysymykseen, ei vaikuta myöskään se, että riidanalainen päätös olisi kumottava muista syistä. Siltä osin kuin kantaja on riitauttanut Bundesnetzagenturin päätöksen muiden kuin edellä esitettyjen argumenttien perusteella, nämä argumentit eivät todennäköisesti tule menestymään (ks. kiireellisessä menettelyssä annettu päätös).

IV

Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei voi vastata esitettyyn kysymykseen *acte clair* -opin mukaisesti. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen mukaan esitettyyn kysymykseen ei voida vastata suoraan säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan (1) eikä 72 artiklan 1 kohdan perusteella (2). On kuitenkin epäselvää, miten säännösten 73 artiklan 2 kohdan säännöstä on sovellettava (3).

1. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen mukaan säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäinen alakohta ei anna suoraa vastausta esitettyyn kysymykseen. Tämä johtuu jo siitä, että ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen mukaan ainoastaan säännösten 72 artiklan säännös on alun perin merkityksellinen (lex specialis) rakennusteknisen infrastruktuurin käyttöoikeusvelvoitteen asettamisen kannalta. Jos asiaa kuitenkin tulkitaan toisin, säännösten 73 artiklan perusteella tulee esiin kolme ongelmaa esitetyn kysymyksen kannalta. Ensinnäkin säännöksen kieliversiot poikkeavat toisistaan (a), ja toiseksi säännösten 73 artiklan 2 kohdan sisältö on epäselvä (b). Lopuksi suhde säännösten 68 artiklan 4 kohtaan on ongelmallinen (c).

a) Ensinnäkin säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan kieliversiot poikkeavat toisistaan esitetyn kysymyksen osalta: Säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan saksankielisessä versiossa ei tosin ole sanaa ”erityisesti”, mutta myös nykyisessä versiossa sääntelyperusteiden luettelo alkaa sanoilla ”unter anderem wenn” (muun muassa, jos). Myös muissa kieliversioissa luettelo alkaa vastaavasti: hollanniksi ”onder andere wanneer”, ranskaksi ”notamment lorsqu’elles”, italiaksi ”in particolare qualora”. Englanninkielisessä versiossa ei sen sijaan ilmeisesti ole tällaista luettelon aloitusta (”in situations when”). Tilanne on kuitenkin toinen säännösten 72 artiklan 1 kohdan osalta. Kaikissa jaoston jäsenten ymmärtämissä kieliversioissa säännös on samansisältöinen.

b) Toiseksi säännösten 73 artiklan 2 kohdan säännöksen perusteella herää kysymys, seuraako kyseisestä säännöksestä, että säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisessä alakohdassa mainittujen etujen lisäksi punninnassa on otettava huomioon muitakin näkökohtia. Säännöksen perusteella on tältä osin epäselvää, sisältääkö se muutakin kuin niin kutsutun ”riittävyystestin”. Säännösten 73 artiklan 2 kohdan suora sanamuoto tukee sitä näkemystä, että se rajoittuu ”riittävyystestiin”, mutta säännösten 73 artiklan 2 kohdan kolmannen virkkeen d, e, f ja h alakohdassa luetellut kriteerit, joiden osalta viittaus ”riittävyystestiin” ei ole täysin selvä, eivät tue tätä näkemystä. Direktiivin johdanto-osan 188 perustelukappale ja sitä seuraavat perustelukappaleet tukevat pikemminkin sitä, että säännöksen sisältö ei rajoitu ”riittävyystestiin” (näin lopulta myös Broemel teoksessa Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Auflage 2023, Einleitung B, 30 kohta). Jos katsotaan, ettei riitä, että säännösten 73 artiklan 2 kohdassa luetellut perusteet otetaan huomioon ainoastaan riittävyystestissä, säännöksen perusteella herää kysymys myös siitä, onko säännösten 73 artiklan 2 kohdan kolmannen a–h alakohdassa lueteltujen kriteerien lisäksi otettava huomioon myös säännösten 3 artiklan mukaiset tavoitteet.

c) Lopuksi suhde säännösten 68 artiklan 4 kohdan a alakohtaan on ongelmallinen (c). Kyseisen säännöksen mukaan 68 artiklan mukaisten velvoitteiden on oltava perusteltuja säännösten 3 artiklan tavoitteiden kannalta. Tätä säännöstä on noudatettava myös säännösten 73 artiklan mukaisia velvoitteita asetettaessa (68 artiklan 2 kohta ja 3 kohdan ensimmäinen alakohta sekä 73 artiklan 1 kohdan ensimmäinen alakohta). Toisin kuin säännösten 72 artiklan 2

kohta, 73 artiklan 1 kohdan ensimmäinen alakohta ja 72 artiklan 1 kohta eivät kuitenkaan sisällä viittausta säännöstön 3 artiklan mukaisiin tavoitteisiin. Onko tästä systematiikasta riippumatta säännöstön 3 artiklan mukaiset tavoitteet otettava huomioon jo arvioitaessa sitä, olisiko käyttöoikeusvelvoite asetettava? Vai onko säännöstön 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan tai 72 artiklan 1 kohdan systematiikkaa suhteessa 72 artiklan 2 kohtaan tulkittava siten, että 3 artiklan mukaisia tavoitteita ei oteta huomioon kahden ensin mainitun säännöksen yhteydessä arvioitaessa sitä, ”olisiko” käyttöoikeusvelvoite asetettava. Vasta sen jälkeen kun tässä ensimmäisessä vaiheessa vastataan myöntävästi siihen, ”olisiko” käyttöoikeusvelvoite asetettava, sitä seuraavassa toisessa vaiheessa eli konkreettisten toimenpiteiden arvioinnissa olisi viitattava säännöstön 68 artiklan 4 kohdan c alakohtaan.

2. Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin katsoo, että esitettyyn kysymykseen ei voida vastata suoraan myöskään säännöstön 72 artiklan 1 kohdan perusteella. Mainittu säännös voisi nimittäin edellyttää, että rakennustekninen infrastruktuuri on markkina-analyysin mukaan osa merkityksellisiä markkinoita. Tätä tukevat säännöksen viittaus säännöstön 68 artiklaan (ks. myös Neumann, N&R 2019, 152 <158>) ja säännöstön 72 artiklan 2 kohdan säännös (*argumentum e contrario*). Näin ei tässä tapauksessa kuitenkaan ole. Siksi on ensinnäkin merkityksetöntä, että säännöstön 72 artiklan 1 kohdan säännöksessä säädetään sen sanamuodon perusteella – kaikissa edellä mainituissa jaoston jäsenten ymmärtämässä kieliversioissa – sääntelyperusteiden suljetusta tai tyhjentävästä luettelosta, mikä ei tue ”tavoitekokonaisuuteen perustuvan arvioinnin” hyväksyttävyyttä. Huomiotta voidaan jättää myös se, että säännöstön 72 artiklan 1 kohdan ja 68 artiklan 4 kohdan c alakohdan välinen suhde on epäselvä – mikä koskee myös 73 artiklan 1 kohdan ensimmäistä alakohtaa (IV 1 c).

3. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen näkemyksen mukaan ongelman ratkaisun *sedes materiae* on todennäköisesti säännöstön 72 artiklan 2 kohta. Säännöksen sanamuodon – jossa viitataan 3 artiklan mukaisiin tavoitteisiin – perusteella vaikuttaa siltä, että esitettyyn kysymykseen olisi yksiselitteisesti vastattava siten, että kun kansalliset sääntelyviranomaiset arvioivat, ”olisiko” sen asetettava käyttöoikeusvelvoite rakennustekniseen infrastruktuuriin, joka markkina-analyysin mukaan ei ole osa merkityksellisiä markkinoita, sen olisi voitava arvioida myös sitä, onko velvoite tarpeellinen ja oikeasuhteinen 3 artiklan mukaisten tavoitteiden saavuttamisen kannalta; tältä osin myös 68 artiklan 4 kohdan c alakohta on samansuuntainen. Säännös on kuitenkin tältä osin vain näennäisesti yksiselitteinen, sillä on epäselvää, mikä on sen suhde niin säännöstön 72 artiklan 1 kohtaan (a) kuin 73 artiklaankin (b).

a) Ensinnäkin on epäselvää, miten säännöstön 72 artiklan 1 ja 2 kohdan välinen suhde on ymmärrettävä. Säännöstön 72 artiklan 1 kohta voidaan 68 artikla huomioon ottaen ymmärtää sen sanamuodon perusteella yhtäältä siten, että sillä viitataan ainoastaan yritykseen, jolla on huomattavaa markkinavoimaa mahdollisilla rakennustekniseen infrastruktuuriin liittyvillä markkinoilla (ks. edellä). Tämä johtaisi siihen, että säännöstön 72 artiklan 2 kohta voitaisiin

ymmärtää erilliseksi sääntelyvälineeksi itsenäisine vaatimuksineen, joita sovelletaan tilanteisiin, joissa – kuten tässä tapauksessa – taustalla eivät ole tällaiset markkinat. Tästä seuraisi tosin, että yritykselle, jolla on huomattavaa markkinavoimaa rakennusteknisillä infrastruktuurimarkkinoilla, voitaisiin asettaa rakennusteknistä infrastruktuuria koskevia käyttöoikeusvelvoitteita vain tiukemmilla ehdoilla kuin säännösten 72 artiklan 2 kohdan mukaan olisi sovellettava; tällaisen erottelun tarkoitus ei ole ainakaan välittömästi ilmeinen. Toisaalta säännösten 72 artiklan 1 kohta voidaan ymmärtää myös perussäännöksi, jota säännösten 72 artiklan 2 kohdalla vain täsmennetään erityistilannetta varten. Tällaista tulkintaa tukee se, että säännösten 72 artiklan 2 kohdan sanamuoto viittaa ”käyttöoikeu[teen] tämän artiklan mukaisesti”, toisin sanoen siinä lähtökohtana näyttää olevan käyttöoikeuden antaminen yhdenmukaisin perusedellytyksin, ja että tällaisella tulkinnalla säännösten 72 artiklan 1 ja 2 kohdan sisältöä voitaisiin pitää yhdenmukaisina.

b) Toisaalta on epäselvää, miten säännösten 72 artiklan 2 kohdan ja 73 artiklan välinen suhde on ymmärrettävä. On vaikea arvioida, sovelletaanko säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan edellytyksiä säännösten 72 artiklan 2 kohdan mukaisiin toimiin myös silloin, kun päätös tehdään osana toimenpiteiden yhdistelmää (aa). Ongelmallista on myös, jos olettamuksena on, että säännösten 72 artiklan 1 ja 2 kohta on ymmärrettävä ”yhdenmukaisesti” – kuten edellä kohdassa IV 3 a on esitetty (bb).

aa) On epäselvää, sovelletaanko säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan edellytyksiä säännösten 72 artiklan 2 kohdan mukaisiin toimiin silloinkin, kun – kuten tässä tapauksessa – päätös tehdään osana toimenpiteiden yhdistelmää. On mahdollista – myös suhteessa säännösten 72 artiklan 1 kohtaan – että säännösten 72 artiklan 2 kohdan mukaisen arviointiperusteen ”estäisi kestävien kilpailumarkkinoiden kehittymistä vähittäismyyntitasolla eikä olisi loppukäyttäjien edun mukaista” puuttuminen selittyy lähtökohtaisesti sillä, että unionin lainsäätäjät on katsonut, että säännösten 73 ja 72 artiklan mukaiset toimenpiteet asetetaan toimenpiteiden yhdistelmänä, minkä vuoksi säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaisia rajoituksia sovelletaan myös säännösten 72 artiklan 2 kohdan mukaisiin velvoitteisiin. Tämä johtaisi siihen, että 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan ja 72 artiklan 2 kohdan mukaiset edellytykset olisivat yhtenevät. Tätä voi tukea myös säännösten 73 artiklan 2 kohdan toinen alakohta, ja tämä näyttää olleen myös Saksan lainsäätäjän käsitys. Tästä seuraisi, että säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan tulkinnan vaikeudet (IV 1.) ”siirtyisivät” koskemaan myös säännösten 72 artiklan 2 kohtaa.

Säännösten sanamuoto ei kuitenkaan viittaa tällaiseen tulkintaan toimista ”toimenpiteiden yhdistelmänä”, josta seuraisi, että 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan edellytyksiä sovelletaan säännösten 72 artiklan 2 kohdan mukaisiin toimiin. Säännösten 72 artiklan 2 kohdan ja 73 artiklan mukaisiin toimiin sovellettavien edellytysten yhteneväisyyttä vastaan puhuu pikemminkin se, että säännösten 73 artiklan 2 kohdan toisessa alakohdassa ja erityisesti sen

saksankielisessä versiossa käytetty ilmaisu ”pelkkä velvollisuuksien asettaminen” viittaa siihen, että unionin lainsäätävä pitää rakennusteknistä infrastruktuuria koskevaa käyttöoikeusvelvoitetta lähtökohtaisesti vähemmän rajoittavana. Myös säännösten johdanto-osan 187 perustelukappale viittaa tähän suuntaan (ks. Neumann, N&R 2016, 262 <267> ja N&R 2018, 204 <206 ja 207>; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Jos näin olisi, se tukisi sitä näkemystä, että säännösten 72 artiklan 2 kohdan mukaisille toimille asetetaan vähäisemmät – ja epäyhtenevät – edellytykset.

bb) Lisäongelmia syntyy, jos olettamuksena on, että säännösten 72 artiklan 1 ja 2 kohta on ymmärrettävä ”yhdenmukaisesti” – kuten edellä kohdassa IV 3 a on esitetty. Jos tällöin tarkastellaan säännösten 72 artiklan 1 kohdan ja 73 artiklan välistä suhdetta, säännösten 72 artiklan 1 kohta sisältää – mahdollisesti säännösten 73 artiklan eri kieliversioista riippuen – suppeamman arviointiohjelman kuin säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäinen alakohta. Toisaalta säännösten 73 artiklan 2 kohdan toisen alakohdan olemassaolo osoittaa, että unionin lainsäätävä katsoo, että rakennusteknistä infrastruktuuria koskeva käyttöoikeusvelvoite on lähtökohtaisesti vähemmän rajoittava (ks. edellä). Tähän liittyy kuitenkin tietty ristiriita säännösten 72 artiklan 1 kohdan kanssa, jonka saksankielisessä versiossa (ks. edellä) esitetään tältä osin käyttöön otetut sääntelyperusteet suppeampina kuin säännösten 73 artiklan 1 kohdan ensimmäisessä alakohdassa – ja jossa ei etenkään oteta käyttöön muita arviointia koskevia näkökohtia. On kuvaavaa, että säännösten 73 artiklan 2 kohdan toisen alakohdan osalta ei kysytä, onko pelkkä velvollisuuksien asettaminen säännösten 72 artiklan perusteella oikeasuhteinen keino sen välttämiseksi, että ”estetään kestävien kilpailumarkkinoiden kehittyminen”, vaan kyse on siitä, onko säännösten 72 artiklan mukainen velvoite oikeasuhteinen keino ”edistää kilpailua ja loppukäyttäjien etuja”. Jonkin estäminen tai pelkästään jonkin edistäminen ovat kaksi eri kriteeriä.

[– –]