

Kohtuasi C-327/24 [Lolach]ⁱ

Eelotsusetaotlus

Saabumise kuupäev:

3. mai 2024

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Verwaltungsgericht Köln (Kölni halduskohus, Saksamaa)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

2. mai 2024

Kaebaja:

Telekom Deutschland GmbH

Vastustaja:

Bundesrepublik Deutschland (Saksamaa Liitvabariik)

Verwaltungsgericht Köln

Kohtumäärus

[...]

Halduskohtumenetluses

Telekom Deutschland GmbH, [...] Bonn,

kaebaja,

[...]

versus

Bundesrepublik Deutschland [...],

vastustaja,

ⁱ Käesoleval kohtuasjal on väljamõeldud nimi. See ei vasta ühegi menetlusosalise tegelikule nimele.

ese: elektroonilist sidet reguleeriv õigus

tegi Verwaltungsgericht Kölni (Kölni halduskohus) 21. kolleegium

2. mail 2024

[...]

järgmise kohtumääruse:

Menetlus peatatakse.

Euroopa Liidu Kohtule esitatakse ELTL artikli 267 alusel järgmine eelotsuse küsimus:

Kas Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2018. aasta direktiivi (EL) 2018/1972 artikleid 72 ja 73 tuleb tõlgendada nii, et hinnates vajadust kehtestada tsiviilehitistele, mis turuanalüüsi kohaselt ei ole asjaomase turu osa, juurdepääsu võimaldamise kohustus, peab riigi reguleeriv asutus

hindama *üksnes* seda, kas selle kohustuse kehtestamata jätmine takistaks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist või ei oleks lõppkasutajate huvides*,

või

nii, et hinnates vajadust kehtestada sellistele ehitistele juurdepääsu võimaldamise kohustus, võib nimetatud tingimuste kõrval „eesmärkide kogumina“ *võrdväärset* arvesse võtta ka teisi Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2018. aasta direktiivi (EL) 2018/1972 artiklis 3 osutatud eesmärke ja vajaduse korral muid eesmärke.

Põhjendused

I.

Kohtuasja keskmes on kaebaja suhtes kehtestatud juurdepääsu võimaldamise kohustuse õiguspärasuse küsimus.

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2018. aasta direktiivi (EL) 2018/1972 artiklites 72 ja 73 on juurdepääsu võimaldamise kohustused sätestatud järgmiselt, ent vähemasti artikli 73 puhul esineb eri keeleversioonides lahknevusi:

* Direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 1 lõpuosa eesti- ja saksakeelne versioon on erinevad, sest eesti keeles on kasutatud sidesõna „ning“ („takistaks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist ning ei oleks lõppkasutajate huvides“), kuid saksa keele sidesõna „oder“ („või“) („Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden“). – *Tlk.*

Artikkel 72

Juurdepääs tsiviilehitistele

1. Riigi reguleeriv asutus võib artikli 68 kohaselt kehtestada kohustused, mille kohaselt peavad ettevõtjad tulema vastu põhjendatud taotlustele, mis käsitlevad juurdepääsu tsiviilehitistele (sealhulgas vähemalt ehitised või ehitistesse sissepääsud, hoonesisesed kaablid, sealhulgas juhtmestik, antennid, tornid ja muud tugikonstruktsioonid, postid, mastid, kaablikanalid, juhtkanalid, kontrollkaevud, pääsuluugid, kaablikapid) ja nende kasutamist olukordades, kus riigi reguleeriv asutus teeb turuanalüüsi arvesse võttes järelduse, et juurdepääsust keeldumine või juurdepääsu võimaldamine samaväärse mõjuga põhjendamatutel tingimustel takistaks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist ning ei oleks lõppkasutajate huvides.
2. Riigi reguleerivad asutused võivad kehtestada ettevõtja suhtes kohustuse võimaldada käesoleva artikli kohane juurdepääs olenemata sellest, kas kohustuse poolt mõjutatavad varad on turuanalüüsi kohaselt asjaomase turu osa, tingimusel et kohustus on vajalik ja proportsionaalne, et saavutada artikli 3 eesmärgid.

Artikkel 73

Teatavatele võrguelementidele ja nendega seotud vahenditele juurdepääsu ja nende kasutamise kohustus

1. Riigi reguleerivad asutused võivad kooskõlas artikliga 68 kehtestada kohustusi, mille kohaselt ettevõtjad peavad tulema vastu põhjendatud taotlustele, mis käsitlevad juurdepääsu konkreetsetele võrguelementidele ja nendega seotud vahenditele või nende kasutamist olukordades, kui riigi reguleeriv asutus leiab, et juurdepääsust keeldumine või samaväärse mõjuga põhjendamatud tingimused takistaksid püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist jaemüügi tasandil ning ei oleks lõppkasutajate huvides.

Muu hulgas võivad riigi reguleerivad asutused seada ettevõtjatele järgmisi kohustusi:

- a) vajaduse korral võimaldada kolmandatele isikutele juurdepääs konkreetsetele füüsilistele võrguelementidele ja nendega seotud vahenditele ning võimaldada neil neid kasutada, kaasa arvatud võimaldada eraldatud juurdepääs kliendiliinile ja kliendi alamliinile;
- b) anda kolmandatele isikutele juurdepääs teatavatele aktiivse või virtuaalse võrgu elementidele ja teenustele;
- c) pidada läbirääkimisi juurdepääsu taotlevate ettevõtjatega heas usus;

- d) mitte tühistada abivahenditele lubatud juurdepääsu;
- e) osutada spetsiifilisi teenuseid hulгимүүги korras edasimüümiseks kolmandatele isikutele;
- f) võimaldada avatud juurdepääs tehnilistele liidestele, protokollidele ja muudele juhtivatele tehnoloogiatele, mis on virtuaalvõrguteenuste koostalitlusvõimeks tingimata vajalikud;
- g) pakkuda ühispaiknemist või muid seotud vahendite ühiskasutusviise;
- h) pakkuda lõppkasutajatele läbivteenuste koostalitlusvõime tagamiseks spetsiifilisi teenuseid ja mobiilsidevõrkude rändlust;
- i) võimaldada juurdepääs kasutuse tugisüsteemidele või samalaadsetele tarkvarasüsteemidele, mis on vajalikud teenuste pakkumisel õiglase konkurentsi tagamiseks;
- j) siduda võrke või võrgu abivahendeid omavahel;
- k) pakkuda juurdepääsu seotud teenustele, nagu näiteks identifitseerimise, asukoha ja kohaloleku teenusele.

Riigi reguleerivad asutused võivad nende kohustustega siduda erapooletust, mõistlikkust ja õigeaegsust käsitlevad tingimused.

2. Kui riigi reguleerivad asutused kaaluvad käesoleva artikli lõikes 1 osutatud võimalike konkreetsete kohustuste kehtestamise asjakohasust, ja eelkõige kui nad hindavad kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega, kas ja kuidas sellised kohustused tuleks kehtestada, analüüsivad nad, kas lõppkasutaja huvides tegutsedes piisaks tuvastatud probleemi lahendamiseks muudest juurdepääsu viisidest hulгимүүгисисендitele kas samal või seonduval hulgiturul. Nimetatud hindamine hõlmab kaubanduslikke juurdepääsu pakkumisi, artikli 61 kohast reguleeritud juurdepääsu või kehtivat või kavandatavat reguleeritud juurdepääsu muudele hulгимүүгисисендitele vastavalt käesolevale artiklile. Riigi reguleerivad asutused võtavad eelkõige arvesse järgmiseid tegureid:

- a) konkureerivate vahendite kasutamise või paigaldamise tehniline ja majanduslik teostatavus, pidades silmas turusuundumuste tempot ja võttes arvesse asjaomase vastastikuse sidumise või juurdepääsu laadi ja liiki, sealhulgas muude juurdepääsutoodete (näiteks juurdepääs kaablikanalisisatsioonile) teostatavust;
- b) eeldatav tehnoloogiline areng, mis mõjutab võrkude projekteerimist ja haldamist;

- c) vajadus tagada tehnoloogianeutraalsus, mis võimaldab osalistel oma võrgu ise projekteerida ja seda hallata;
- d) kavandatava juurdepääsu pakkumise teostatavus võrreldes kasutatavate mahtudega;
- e) vahendi omaniku esialgse investeeringu suurus, võttes arvesse tehtud riiklikke investeeringuid ja investeerimisega kaasnevaid riske, pöörates erilist tähelepanu väga suure läbilaskevõimega võrkudesse tehtavatele investeeringutele ja nendega seotud riskitasemetele;
- f) vajadus kaitsta konkurentsi pika aja jooksul, pöörates eelkõige tähelepanu majanduslikult tõhusale infrastruktuuril põhinevale konkurentstile ja püsivat konkurentsi toetavatele uuenduslikele ärimudelitele, näiteks võrkudesse tehtavatele kaasinvesteeringutele tuginevatele mudelitele;
- g) vajaduse korral asjaomased intellektuaalomandi õigused;
- h) üleeuroopaliste teenuste pakkumine.

Kui riigi reguleerivad asutused kaaluvad artikli 68 kohaselt artikli 72 või käesoleva artikli kohaste kohustuste kehtestamist, uuri[vad] [nad] seda, kas üksnes artikli 72 kohane kohustuste kehtestamine oleks proportsionaalne vahend konkurentsi ja lõppkasutajate huvide edendamiseks.

3. Kui ettevõtjale kehtestatakse kohustus pakkuda juurdepääsu vastavalt käesolevale artiklile, võib riigi reguleeriv asutus kehtestada vajaduse korral tehnilised või kasutustingimused, mida sellise juurdepääsu pakkuja või selle kasutaja peavad täitma, et tagada võrgu normaalne töö. Konkreetsete tehniliste standardite või spetsifikatsioonide järgimise kohustus peab olema kooskõlas artikliga 39 kehtestatud standardite ja spetsifikatsioonidega.

Saksa seadusandja võttis mõlemad sätted üle 23. juuni 2021. aasta elektroonilise side seaduse (Telekommunikationsgesetz; edaspidi „TKG“) §-ga 26 (muudetud 10. septembril 2021), käesolevas asjas määravas osas viimati muudetud 20. juuli 2022. aasta seadusega (*BGBI. I* lk 1166):

§ 26 Juurdepääsu võimaldamise kohustus

- (1) Bundesnetzagentur võib seada märkimisväärse turujõuga ettevõtjale kohustuse võimaldada teistele ettevõtjatele juurdepääs, kui vastasel juhul takistataks püsiva, konkurentstile rajatud turu tekkimist ja kahjustataks lõppkasutajate huve.
- (2) Hinnates, kas ja millised juurdepääsu võimaldamise kohustused on lõike 1 kohaselt põhjendatud ja kas need on mõistlikus suhtes § 2 kohaste

eesmärkidega, kontrollib Bundesnetzagentur, kas §-s 2 nimetatud eesmärkide saavutamiseks piisab

1. vastavalt sellele osale juba kehtestatud või peatselt kehtestatavatest kohustustest või juba sõlmitud või pakutud äriotstarbelistest juurdepääsulepingutest asjaomasel või seondual hulgiturul ja
2. üksnes lõike 3 punkti 10 kohaste kohustuste kehtestamisest.

Seejuures võtab Bundesnetzagentur arvesse eelkõige järgmist:

1. konkureerivate vahendite kasutamise või paigaldamise tehniline ja majanduslik teostatavus, pidades silmas turusuundumuste tempot ja võttes arvesse asjaomase vastastikuse sidumise või juurdepääsu laadi ja liiki, sealhulgas muude eelnevate juurdepääsutoodete teostatavust;
2. kavandatava juurdepääsu pakkumise teostatavus võrreldes kasutatavate mahtudega;
3. vahendi omaniku esialgse investeeringu suurus, võttes arvesse tehtud riiklikke investeeringuid ja investeerimisega kaasnevaid riske, eelkõige väga suure läbilaskevõimega võrkudesse tehtavate investeeringutega seotud riske;
4. vajadus kaitsta konkurentsi pika aja jooksul, pöörates eelkõige tähelepanu majanduslikult tõhusale taristul põhinevale konkurentsile ja uuenduslikele ärimudelitele;
5. tööstusomandi õigused või intellektuaalomandi õigused;
6. liiduülestest teenustest pakkumine ja
7. eeldatav tehnoloogiline areng, mis mõjutab võrkude projekteerimist ja haldamist.

(3) Bundesnetzagentur võib kehtestada märkimisväärse turujõuga ettevõtjatele lõiget 1 arvestades muu hulgas järgmisi kohustusi:

1. võimaldada juurdepääs konkreetsetele füüsilistele võrguelementidele ja nendega seotud vahenditele, sealhulgas eraldatud juurdepääs kliendiliinile;
2. loobuda abivahenditele juba antud juurdepääsu tühistamisest;
3. anda juurdepääs teatavatele aktiivse või virtuaalse võrgu elementidele ja teenustele, sealhulgas virtuaalselt eraldatud lairibajuurdepääs;

4. pakkuda läbivteenuste koostalitlusvõime tagamiseks spetsiifilisi teenuseid või mobiilsidevõrkude rändlust;

5. võimaldada juurdepääs kasutuse tugisüsteemidele või samalaadsetele tarkvarasüsteemidele, mis on vajalikud teenuste pakkumisel õiglase konkurentsi tagamiseks, kindlustades olemasolevate vahendite tõhususe;

6. pakkuda juurdepääsu seotud teenustele, näiteks identifitseerimise, asukoha ja kohaloleku teenusele;

7. võimaldada avalike elektroonilise side võrkude vastastikune sidumine;

8. võimaldada avatud juurdepääs tehnilistele liidestele, protokollidele ja muudele juhtivatele tehnoloogiatele, mis on virtuaalvõrguteenuste koostalitlusvõimeks tingimata vajalikud;

9. pakkuda ühispaiknemist või muid seotud vahendite ühiskasutusviise ning andma soovijatele või nende poolt volitatud isikutele juurdepääs nendele vahenditele ja

10. võimaldama juurdepääs tsiviilehitistele (sealhulgas ehitised või ehitistesse sissepääsud, hoonesised kaablid, sealhulgas juhtmestik, antennid, tornid ja muud tugikonstruktsioonid, postid, mastid, kaablikanalid, juhtkanalid, kontrollkaevud, pääsuluugid, kaablikapid), ja seda ka siis, kui need ei ole § 10 kohaselt asjaomase turu osa, eeldusel et juurdepääsu võimaldamise kohustus on § 11 kohase turuanalüüsiga tuvastatud probleemi arvestades vajalik ja kohane.

(4) Kui ettevõtja tõestab, et teenuse kasutamine ohustaks võrgu terviklikkuse säilitamist või võrgu toimimise turvalisust, ei kehtesta Bundesnetzagentur asjaomast juurdepääsu tagamise kohustust või kehtestab selle teistsugusel kujul. Võrgu terviklikkuse säilitamist ja võrgu toimimise turvalisust hinnatakse objektiivsete kriteeriumide alusel.

(5) Kui Bundesnetzagentur kehtestab ettevõtjale juurdepääsu võimaldamise kohustuse, võib ta kindlaks määrata tehnilised või käitamistingimused, mida käitaja või juurdepääsu kasutajad peavad täitma, kuivõrd see on vajalik elektroonilise side võrgu normaalse toimimise tagamiseks. Teatavate tehniliste standardite või spetsifikatsioonide kohaldamise kohustused peavad olema kooskõlas direktiivi (EL) 2018/1972 artikli 39 kohaselt kehtestatud standardite ja spetsifikatsioonidega.

(6) Juurdepääsu võimaldamise kohustuse täitmisel peavad olema lubatud juurdepääsuteenuste kasutusvõimalused ja koostöövõimalused juurdepääsuõigusega ettevõtjate vahel, välja arvatud juhul, kui ettevõtja

suudab konkreetsel juhul tõendada, et kasutusvõimalus või koostöö ei tule kõne alla tehnilistel põhjustel või tuleb kõne alla ainult piiratud ulatuses.

II.

Kaebaja on elektroonilise side teenuseid pakkuv ettevõtja, kes on 10. oktoobri 2019. aasta turumääratluse raames nimetatud märkimisväärse turujõuga ettevõtjaks kliendiliinile juurdepääsu ühtsel tooteturul kindlates asukohtades. Turumääratluse ese *ei olnud* aga juurdepääsu tsiviilehitistele puudutav turg.

Seejärel kehtestas vastustaja Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (föderaalne elektri-, gaasi-, elektroonilise side, posti- ja raudteeamet, edaspidi „Bundesnetzagentur“) 21. juuli 2022. aasta otsusega kaebajale muu hulgas järgmised kohustused:

„1.1. Võimaldada teistele ettevõtjatele olemasolevate mahtude raames juurdepääs nõudluse ajal olemasolevatele kaablikanaliseadmetele, mastidele ja maapealsete liinide tugisüsteemidele väga suure läbilaskevõimega võrkude ehitamiseks ja käitamiseks kindlates asukohtades või juurdepääs kliendiliinile vahejaotuspunktis või mitmeteenuselises juurdepääsusõlmes (*multi-service access node*; MSAN) (punkt 1.2 või 1.3), kusjuures kaebaja võib säilitada kohase käitamisreservi ja rahuldada esmajärjekorras enda vajaduse. Kuivõrd juurdepääs ei anna juurdepääsu kliendiliinile, algavad teenuste osutamise kohustus ja punktides 2, 4 ja 5 märgitud seotud kohustused 1. jaanuaril 2024.

1.2. Võimaldada teistele ettevõtjatele füüsiliselt eraldatud juurdepääs vaskkliendiliinile peajaotuspunktis või peajaotuspunktist lähemal asuvas punktis (vahejaotuspunkt või lõppjaotuspunkt), välja arvatud juhul, kui ta ei või keelata või ei pea keelama juurdepääsu vastavalt selle punkti 1. lisa – juurdepääsu keelamine kliendiliinile väljaspool peajaotuspunkti lähipiirkonda – ja 2. lisa – juurdepääsu keelamine kliendiliinile peajaotuspunkti lähipiirkonnas – sätetele. [...]“

Bundesnetzagentur on põhjendanud oma seisukohta järgmiselt:

„Juurdepääsu võimaldamise kohustused

Otsuse teinud kolleegium säilitas kaebajale [...] 21. märtsi 2011. aasta otsusega BK3g-09/085 (muudetud 1. septembri 2016. aasta otsusega BK3g-15/004) menetluse esemeks oleval turul kehtestatud juurdepääsu võimaldamise kohustused ja/või muutis neid kohustusi järgmiselt:

1. TKG § 26 hindamisprogramm

Juurdepääsu võimaldamise kohustus kehtestatakse TKG § 26 alusel.

Vastavalt TKG § 26 lõike 1 esimesele lausele võib Bundesnetzagentur seada üldkasutatavate elektroonilise side võrkude märkimisväärse turujõuga käitajale kohustuse anda teistele ettevõtjatele juurdepääs, sealhulgas nõudlusele vastav eraldatud juurdepääs, eelkõige kui vastasel juhul takistataks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist või kahjustataks lõppkasutajate huve. Hinnates, kas ja millised juurdepääsu andmise kohustused on põhjendatud ja kas need on proportsionaalsed TKG §-s 2 sätestatud eesmärkidega, peab Bundesnetzagentur eelkõige arvesse võtma TKG § 26 lõike 2 teise lause punktides 1–7 loetletud kriteeriume. Viidatud sättest ja selles sisalduvast viitest TKG § 2 kohastele eesmärkidele (ja põhimõtetele) tuleneb, et kehtestatud meetmed peavad vastama ulatuslikule eesmärkide kogumile ja samal ajal järgima teatud kõrvaltingimusi (vt TKG 2004 § 21 kohta Bundesverwaltungsgerichti (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim halduskohus; edaspidi „BVerwG“) 21. septembri 2018. aasta otsus 6 C 50/16, punkt 48, BVerwG 21. septembri 2018. aasta otsus 6 C 8/17, BVerwGE 163, 181–232, punkt 51). Käesoleva asja kontekstis asjakohane eesmärkide kogum koosneb neljast põhieesmärgist, millel on erinevaid lisanüansse.

Esimene põhieesmärk on tagada ühenduvus ning edendada juurdepääsu väga suure läbilaskevõimega võrkudele ja nende võrkude kasutamist kõigi kodanike ja ettevõtjate poolt (TKG § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 2 punktiga 1). Teine põhieesmärk on edendada konkurentsi. Seejuures pakub erilist huvi konkurents lõppkasutajate turul (TKG § 26 lõige 1). Eesmärk on püsivalt edendada konkurentsile suunatud elektroonilise side turge ja sellega seotud taristuinvesteeringuid ja uuendusi (TKG § 26 lõige 1; § 26 lõike 2 teise lause punkt 4; § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 2 punktiga 2 ja punkti 3 alapunktiga e ning lõike 3 punktiga 4). Lisaks peab konkurents olema võrdne (TKG § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 2 punktiga 2 ja lõike 3 punktiga 2). Konkurentsi arendamisel tuleb nõuetekohaselt arvesse võtta nii piirkonna huve (TKG § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 2 punkti 2 lõpuosaga) kui ka Saksamaa Liitvabariigi eri geograafilistes piirkondades valitsevaid erinevaid konkurentsitingimusi (TKG § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 3 punkti 5 teise alternatiiviga). Kolmanda põhieesmärgi kohaselt tuleb elektroonilise side valdkonnas kaitsta kasutajaid, eelkõige tarbijate huve (TKG § 26 lõike 1 lõpuosa; § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 2 punktiga 3). Taotletakse võimalikult suurt kasu kasutajatele nii valiku, hinna kui ka kvaliteedi osas (TKG § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 2 punkti 3 alapunktiga b). Kasutajate ja tarbijate huve tuleb edendada eelkõige ühenduvuse, laialdase kättesaadavuse ja väga suure läbilaskevõimega võrkude kiirendatud laiendamise ning nende kasutamise edendamise kaudu (TKG § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 2 punktiga 1 ja punktiga 3a). Peale selle tuleb tagada võrdväärsed elutingimused linna- ja maapiirkondades (TKG § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 2 punktiga 3b). Ka seejuures tuleb nõuetekohaselt arvesse võtta tarbijatega

seotud erinevaid tingimusi Saksamaa Liitvabariigi eri geograafilistes piirkondades (TKG § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 3 punkti 5 kolmanda alternatiiviga). Neljandaks tuleb edendada Euroopa Liidu siseturu arengut (TK § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 2 punktiga 4). Selle hulka kuulub ka üleeuroopaliste teenuste kättesaadavaks tegemine (TKG § 26 lõike 2 teise lause punkt 6).

Eespool nimetatud eesmärkide kogumi täitmisel tuleb järgida erinevaid kõrvaltingimusi. TKG § 2 lõige 3 sätestab üldiselt, et Bundesnetzagentur kohaldab lõikes 2 sätestatud eesmärkide saavutamisel objektiivseid, läbipaistvaid, mittediskrimineerivaid ja proportsionaalseid regulatiivseid põhimõtteid. Neid põhimõtteid on täpsustatud TKG § 2 lõikes 3 ning § 26 lõike 2 teises lauses. Vajalikkuse hindamise raames tuleb hinnata eelkõige konkureerivate vahendite kasutamise või paigaldamise tehnilist ja majanduslikku teostatavust, pidades silmas turusuundumuste tempot (TKG § 26 lõike 2 teise lause punkt 1) ja küsimust, kas TKG 2. osa alusel juba kehtestatud kohustused või juba sõlmitud või pakutavad äriotsustelised juurdepääsulepingud asjaomasel või seonduval hulgiturul (TKG § 26 lõike 2 esimese lause punkt 1) ja pelgalt kohustus võimaldada juurdepääs kaablikanaliseadmetele, mastidele ja maapealsete liinide tugisüsteemidele (TKG § 26 lõike 2 esimese lause punkt 2) on piisav, et tagada TKG §-s 2 sätestatud eesmärgid (TKG § 26 lõike 2 esimene lause).

Proportsionaalsuse hindamisel tuleb silmas pidada asjaomase isiku põhiõigusteks olevat õigust kutsevabadusele (põhiseaduse (Grundgesetz; edaspidi „GG“) artikli 12 lõige 1) ja õigust omandile (GG artikli 14 lõige 1). See kehtib eelkõige seoses kavandatava juurdepääsu pakkumise teostatavusega võrreldes kasutatavate mahtudega (TKG § 26 lõike 2 teise lause punkt 2) ning seoses vahendi omaniku esialgse investeeringuga, võttes arvesse tehtud riiklikke investeeringuid ja investeerimisega kaasnevaid riske (TKG § 26 lõike 2 teise lause punkt 3), ning üldiselt, pidades silmas investeeriva ettevõtja investeerimisriski ning investorite ja nendelt juurdepääsu taotlejate koostööd (TKG § 26 lõike 2 esimese lause lõpuosa; § 26 lõike 2 teise lause punkt 4; § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 2 punkti 2 esimese lause ja lõike 3 punktiga 4). Asjakohased võivad olla ka õiguspärase ootuse ja õiguskindluse põhimõtted. Reguleerimise prognoositavust tuleb näiteks edendada sellega, et Bundesnetzagentur säilitab asjakohase ajavahemiku jooksul ühtse regulatiivse lähenemise (TKG § 26 lõike 2 esimene lause koostoimes § 2 lõike 3 punktiga 1). Üksikjuhtudel võib asjakohane olla ka mõju muudele õigushüvedele, nagu tööstusomandi õigused, intellektuaalomandi õigused ja üleeuroopaliste teenuste osutamine (TKG § 26 lõike 2 teise lause punktid 5 ja 6), samuti huvi võrgu terviklikkuse säilitamise ja võrgu toimimise turvalisuse vastu (TKG § 26 lõiked 4 ja 5).“

Kirjeldatud kriteeriumi alusel kontrollis Bundesnetzagentur seejärel eespool nimetatud juurdepääsu võimaldamise kohustuste, sealhulgas tsiviilehitistele juurdepääsu võimaldamise kohustuse kehtestamist.

Kaebaja esitas Bundesnetzagenturi 21. juuli 2022. aasta otsuse peale 19. augustil 2022 eelotsusetaotluse esitanud kohtule kaebuse ja palus muu hulgas järgmist:

„1. Tühistada vastustaja 21. juuli 2022. aasta otsus (BK3i-19/020) osas, milles kaebajale on seatud järgmised kohustused:

a) resolutsiooni punkti 1.1 kohane kohustus võimaldada teistele ettevõtjatele juurdepääs kaablikanaliseadmetele, mastidele ja maapealsete liinide tugisüsteemidele väga suure läbilaskevõimega võrkude ehitamiseks ja käitamiseks kindlates asukohtades;

teise võimalusena seoses punktiga a,

b) resolutsiooni punkti 1.1 kohane kohustus võimaldada teistele ettevõtjatele väga suure läbilaskevõimega võrkude ehitamiseks ja käitamiseks kindlates asukohtades juurdepääs ka sellistele kaablikanaliseadmetele, mastidele ja maapealsete liinide tugisüsteemidele, mille on kaebaja rajanud oma FTTB/FTTH-võrgu ehitamiseks

kolmanda võimalusena seoses punktidega a ja b,

c) resolutsiooni punkti 1.1 kohane kohustus võimaldada teistele ettevõtjatele väga suure läbilaskevõimega võrkude ehitamiseks ja käitamiseks kindlates asukohtades juurdepääs ka sellistele kaablikanaliseadmetele, mastidele ja maapealsete liinide tugisüsteemidele, mis on ehitatud vähem kui seitsme aasta eest;

d) resolutsiooni punkti 4 kohane kohustus avaldada standardpakkumus juurdepääsuks kaablikanaliseadmetele, mastidele ja maapealsete liinide tugisüsteemidele väga suure läbilaskevõimega võrkude ehitamiseks ja käitamiseks kindlates asukohtades;

e) resolutsiooni punkti 5.1 kohane kohustus kooskõlastada vastavalt TKG §-le 39 tasud juurdepääsu andmiseks kaablikanaliseadmetele, mastidele ja maapealsete liinide tugisüsteemidele väga suure läbilaskevõimega võrkude ehitamiseks ja käitamiseks kindlates asukohtades;

f) resolutsiooni punkti 4 kohane kohustus avaldada standardpakkumus juurdepääsuteenuste osutamiseks seoses virtuaalselt eraldatud juurdepääsuga Switch/BNG layer-2-juurdepääsutoote kujul massturustatava FTTB/FTTH-taristu puhul.

2. Teise võimalusena seoses punktis 1 esitatud nõuetega tühistada vastustaja 21. juuli 2022. aasta otsus (BK3i-19/020) tervikuna, kui kohus leiab, et otsus on selles osas jagamatu.“

Eelotsuse küsimuse seisukohast olulises osas märgiti, et TKG § 26 lõike 1 kohase juurdepääsu võimaldamise kohustuse kehtestamisel lähtus Bundesnetzagentur sätte väärist käsitusest. Otsuse põhjenduses tuginetakse hindamisprogrammi kirjeldamisel TKG 2004 § 21 lõike 1 esimese lause vananenud sõnastusele, kuid nüüd kehtivas TKG § 26 lõikes 1 on tehtud muudatusi. Nimelt on sõnastusest välja jäetud sõna „eelkõige“ ning tingimused „konkurentsi takistamine jaeturul“ ja „lõppkasutajate huvide kahjustamine“ on seotud sidesõna „või“ asemel sidesõnaga „ja“. Bundesnetzagentur jättis mõlema muudatuse tähelepanuta ja võttis oma otsuses aluseks vale hindamisprogrammi. Kõnealused muudatused ei olnud pelgalt redaktsioonilist laadi, vaid seaduse seletuskirja kohaselt otsustas seadusandja need teha teadlikult. Direktiiviga kooskõlas olev tõlgendus ei tule kõne alla. Seda takistab esiteks Saksa seadusandja tahe, mis nähtub sõnaselgelt seadust ettevalmistavatest materjalidest. Teiseks ei ole lõppkokkuvõttes vahet direktiiviga sätestatud õiguse ja riigisisese õiguse vahel. Sellest tulenevalt oli vaja esmalt TKG § 26 lõiget 1 arvestades kindlaks teha, et selles sätestatud nõuded on kumulatiivselt täidetud, enne kui võis alustada TKG § 26 lõike 2 kohast hindamist ja kaalutusõiguse teostamist. Bundesnetzagentur kõrvalkalduv lähenemisviis oli lubamatult relativeerinud juurdepääsu reguleerimise peamisi eesmärke, mida seadusandja oli sõnaselgelt esile toonud, ja põhjutanud tasakaalustamatuse. Lõpuks ei ole otsuses hinnatud TKG § 26 lõike 1 tingimusi kumulatiivselt.

Vastustaja väidab sellele eelotsuse küsimuse seisukohast olulises osas vastu, et Bundesnetzagentur ei lähtunud otsuse tegemisel väärist normikäsitusest; eelkõige ei võtnud ta aluseks varasemas seaduses, TKG 2004 § 21 lõike 1 esimeses lauses sätestatud tingimusi. TKG § 26 lõiget 1 tuleb direktiiviga kooskõlas tõlgendada nii, et tingimuste vahel oleva sidesõnaga „ja“ ei ole mõeldud mitte kumulatiivset seost, vaid loetelu. Lisaks ei ole kaalutusotsuse õiguspärasuse seisukohast oluline mitte hindamisprogrammi kirjeldus, vaid tegelik kaalutusotsus: TKG § 26 lõike 1 mõlemat tingimust on kaalutusotsuses arvesse võetud. TKG § 26 lõike 1 sõnastus ei võimalda järeldada, et Bundesnetzagentur peab piirduma kahe tingimuse hindamisega. TKG § 26 lõiget 2 arvestades võib ta kaalumisel arvesse võtta täiendavaid aspekte; TKG 2004 § 21 lõike 1 esimese lause kohast „eesmärkide kogumi hindamist“ käsitlev Bundesverwaltungsgerichti (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim halduskohus) praktika tuleb üle kanda TKG §-le 26.

[...] [täiendav ajutise õiguskaitse nõue]

III.

Esitatud liidu õiguse küsimus on kohtuasja lahendamise seisukohast määrav. Käesoleval juhul on kohaldatav direktiiviga kooskõlas oleva tõlgendamise põhimõte (allpool jaotis 1). Olenevalt direktiivi 2018/1972 artiklite 72 ja 73 tõlgendamisest võidakse kohtuasjas jõuda erinevate lahenditeni (allpool jaotis 2).

1. Käesolevas asjas on kohaldatav direktiiviga kooskõlas oleva tõlgendamise põhimõte. On tõsi, et direktiiviga kooskõlas olev tõlgendus on välistatud, kui on olemas *üheti mõistetavad* riigisisised õigusnormid. Käesoleval juhul see aga nii ei ole. Riigisiseses õiguses leidub nii aspekte, mis toetavad TKG § 26 tõlgendamist selliselt, et vastustaja oleks pidanud tegema „esmalt“ hindamise üksnes TKG § 26 lõike 1 koosseisutunnuste alusel (allpool jaotis a), kui ka aspekte, mis räägivad selle kasuks, et hinnates, kas on vaja kehtestada juurdepääsu võimaldamise kohustused, peab vastustaja – jätkuvalt – lähtuma „eesmärkide kogumist“ (allpool jaotis b).

a) *Selle kasuks*, et TKG § 26 tuleb tõlgendada nii, et vastustaja oleks pidanud „esmalt“ tegema hindamise üksnes TKG § 21 lõike 1 koosseisutunnuste alusel („[...] kui vastasel juhul takistataks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist ja kahjustataks lõppkasutajate huve.“), näib rääkivat sätte sõnastus. Seda seetõttu, et erinevalt 22. juuni 2004. aasta elektroonilise side seaduse § 21 lõike 1 esimesest lausest, mis tunnistati kehtetuks 23. juuni 2021. aasta seaduse (*BGBI. I* lk 1858) artikliga 61, jäeti TKG § 26 lõikest 1 sõna „eelkõige“ välja. TKG § 26 lõike 1 sellise tõlgenduse kasuks räägib ka see, et seadusandja jättis sõna „eelkõige“ sõnastusest välja teadlikult, et näidata „hulgiturul juurdepääsu reguleerimise suunatust konkurentsiprobleemi kõrvaldamisele jaeturul“ (vt *BT-Drs.* 19/26108, lk 263). Sellest võib nähtuda seadusandja kavatsus tunnistada juurdepääsu võimaldamise kohustuste kehtestamine erinevalt varasemast lähenemisviisist vajalikuks vaid konkreetsete reguleeritavate juhtumite korral. Selle kasuks võib rääkida ka see, et TKG §-s 26 jaotas seadusandja varasema TKG 2004 § 21 lõike 1 ülesehituslikult kaheks lõikeks. Sellest tuleneb TKG § 26 lõike 1 autonoomia, mida toetab ka järgmine aspekt: ülesehituslikust vaatepunktist ei oleks TKG § 26 lõiget 1, milles on üksikud reguleerimist vajavad juhtumid ammendavalt loetletud, vaja, kui TKG § 26 lõike 2 kaudu peaks lõpuks siiski toimuma või võiks toimuda laiapõhjaline ühine hindamine. TKG § 26 lõike 1 iseseisev kohaldamisala tuleb ilmsiks üksnes etapiviisilise hindamise puhul.

b) Siiski esineb ka tugevaid argumente, mis räägivad *selle kasuks*, et juurdepääsu võimaldamise kohustuste kehtestamisel peab vastustaja lähtuma „eesmärkide kogumist“. On tõsi, et seadust ettevalmistavate materjalide kohaselt põhjendati sõna „eelkõige“ väljajätmist sellega, et näidata „hulgiturul juurdepääsu reguleerimise suunatust konkurentsiprobleemi kõrvaldamisele jaeturul“. *Samal ajal* põhjendati sõna „eelkõige“ väljajätmist aga ka sellega, et võeti arvesse asjaomast väljajätmist direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimeses lõigus. See viide on arusaamatu. Seda seetõttu, et olgugi et direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimene lõik sõna „eelkõige“ („insbesondere“) ei sisalda, on ka selle kehtiva redaktsiooni saksakeelses versioonis alustatud reguleeritavate olukordade loetelu sõnadega „unter anderem wenn“ („muu hulgas siis, kui“). Samamoodi on see ka teistes keeleversioonides: hollandi keeles („onder andere wanneer“), prantsuse keeles („notamment lorsqu’elles“), itaalia keeles („in particolare qualora“). Ingliskeelses versioonis seevastu ei ole loetelu niimoodi sisse juhatatud („in situations where“). Seda, kas TKG saksakeelses seletuskirjas lähtuti „asjakohase versioonina“ ingliskeelsest versioonist, võib ainult oletada. Seega

saab TKG § 26 lõike 1 ettevalmistavate materjalide kohta lõppkokkuvõttes vaid tõdeda, et need tekitavad rohkem küsimusi kui annavad vastuseid. Eelkõige saab teisena esitatud seisukoha kasuks väita, et Bundesverwaltungsgerichti (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim halduskohus) praktika, mis käsitleb „eesmärkide kogumi“ moodustamise võimalikkust TKG 2004 § 21 lõike 1 kohasel hindamisel, ei tugine TKG 2004 § 21 lõike 1 esimesele lausele ja sellel ajal selles veel sisaldunud sõnale „eelkõige“, millega alustati loetelu, vaid on võetud otse TKG 2004 § 21 lõike 1 teisest lausest, mis lõi sõnaga „hindamisel“ seose esimese lausega (BVerwG 21. septembri 2018. aasta otsused 6 C 8.1, *juris*, punkt 43, ja 6 C 50.16, punktid 41 ja 47). Sellest lähtudes võib TKG § 26 lõiget 2, mis juhatatakse sisse samade sõnadega nagu TKG 2004 § 21 lõike 1 teine lause, endiselt tõlgendada (ühtset ja ühist) hindamisprogrammi ette nägeva sättena. Sellele võib aga omakorda vastu väita, et TKG § 26 lõike 2 esimene lause sisaldab nüüd TKG 2004 § 21 lõike 1 esimesest lausest kaugemale minnes (sõnastuse järgi otsustades) esmajoones niinimetatud piisavuse testi ja TKG §-s 2 osutatud eesmärke arvestades näib alustatud hindamine puuduvat ainult seda. Seejärel on aga TKG § 26 lõike 2 teises lauses siiski nimetatud muid kaalutlusi, mille puhul – esiteks – ei ole nende seos „piisavuse testiga“ täiesti selge ja – teiseks – nende iseseisev tähendus ei ole (esimese lause teist poolt lugemata) arusaadav.

2. Arvestades direktiiviga kooskõlas oleva tõlgenduse võimalust, sõltub kohtuasja lahendamine tekkinud küsimustele antavatest vastustest. Kui riigisisised õigusnormid või neile antud tõlgendus, mis näevad/näeb ette, et hinnates omal algatusel vajadust kehtestada tsiviilehitistele juurdepääsu võimaldamise kohustus, võib reguleeriv asutus lisaks artikli 72 lõikes 1 nimetatud tingimustele (püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimise takistamine või lõppkasutajate huvide kahjustamine) kogumina arvesse võtta ka direktiivi 2018/1972 artiklis 3 osutatud eesmärke ja vajaduse korral muid eesmärke, on direktiivi 2018/1972 artiklitega 72 ja 73 vastuolus, siis tuleb kaebaja kaebus rahuldada (allpool jaotis a). Kui aga riigisisised õigusnormid või neile antud tõlgendus, mis näevad/näeb ette, et hinnates omal algatusel vajadust kehtestada tsiviilehitistele juurdepääsu võimaldamise kohustus, võib reguleeriv asutus lisaks artikli 72 lõikes 1 nimetatud tingimustele (püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimise takistamine või lõppkasutajate huvide kahjustamine) kogumina arvesse võtta ka direktiivi 2018/1972 artiklis 3 osutatud eesmärke ja vajaduse korral muid eesmärke, direktiivi 2018/1972 artiklitega 72 ja 73 vastuolus ei ole, siis tuleb kaebaja kaebus rahuldamata jätta (allpool jaotis b).

a) Kui riigisisised õigusnormid või neile antud tõlgendus, mis näevad/näeb ette, et hinnates omal algatusel vajadust kehtestada tsiviilehitistele juurdepääsu võimaldamise kohustus, võib reguleeriv asutus lisaks artikli 72 lõikes 1 nimetatud tingimustele (püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimise takistamine või lõppkasutajate huvide kahjustamine) kogumina arvesse võtta ka direktiivi 2018/1972 artiklis 3 osutatud eesmärke ja vajaduse korral muid eesmärke, on direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikega 1 või artikli 72 lõikega 2, mõlemal juhul koostoimes direktiivi 2018/1972 artikli 68 lõikega 1 vastuolus, siis tuleb kaebus rahuldada. Seda seetõttu, et sellisel juhul tuleks TKG § 26 lõikeid 1

ja 2 tõlgendada nii, et vastustaja oleks „esvalt“ pidanud tegema hindamise üksnes TKG § 21 lõike 1 koosseisutunnuste alusel („kui vastasel juhul takistataks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist ning kahjustataks lõppkasutajate huve.“). Selle tulemusel oleks vaidlustatud otsus tõenäoliselt õigusvastane; see kehtib sõltumata sellest, kas vajadust kehtestada juurdepääsu võimaldamise kohustus hinnatakse esvalt vaid „globaalselt“ TKG § 3 punktis 74 osutatud „mis tahes“ juurdepääsukohustuse tähenduses või „konkreetselt“, pidades silmas mõnda juurdepääsu võimaldamiseks TKG § 26 lõikes 3 osutatud alternatiivi. See nähtub juba sellest, et sisuliselt ei osundanud vastustaja mitte TKG § 26 lõike 1 sätet selle uues redaktsioonis, vaid osundas TKG § 21 sätet selle varasemas redaktsioonis, olgugi et uues redaktsioonis on olulisi muudatusi; juba see näitab rikkumise olemasolu. Ka sisuliselt ei hinnanud vastustaja kordagi iseseisvalt, kas juurdepääsu võimaldamiseta põhimõtteliselt takistataks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist ning kahjustataks lõppkasutajate huve. Tõsiasi, et vastustaja neid tunnuseid „hajutatult“ hindas, ei suuda seda puudust kõrvaldada: kui võrd vaidlustatud otsuse (avalikustatud versioon) lehekülgedel 106 ja 107 on „eesmärkide kogumi“ osana nimetatud ka konkurentsi edendamist ja tarbijate huvide kaitset, ei ole see ilmselgelt piisav, et täita TKG § 26 lõike 1 selliselt mõistetud tingimusi. Esiteks ei hinnata, kas ilma juurdepääsu võimaldamiseta takistataks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist ning kahjustataks lõppkasutajate huve: teatud huvide „edendamine“ või „kaitsmine“ ja nende „takistamine“ või „kahjustamine“ on erinevad kriteeriumid. Teiseks võeti lisaks kahele nimetatud huvile arvesse ka muid huve. Sama kehtib ka vaidlustatud otsuse (avalikustatud versioon) lehekülgedel 117, 119, 129 ja 134 ning 135 esitatud märkuste suhtes. Kõike seda ei muuda ka see, kui liidu õigusega kooskõlas olevale tõlgendusele tuginedes asendada TKG § 26 lõikes 1 sõna „ja“ sõnaga „või“ (nagu TKG varasema redaktsiooni § 21 lõikes 1). Seda seetõttu, et vastustaja ei ole piisavalt hinnanud, kas ilma juurdepääsu võimaldamiseta takistataks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist ning kahjustataks lõppkasutajate huve (vt eespool).

b) Kui aga riigisisised õigusnormid või neile antud tõlgendus, mis näevad/näeb ette, et hinnates omal algatusel vajadust kehtestada tsiviilehitistele juurdepääsu võimaldamise kohustus, võib reguleeriv asutus lisaks artikli 72 lõikes 1 nimetatud tingimustele (püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimise takistamine või lõppkasutajate huvide kahjustamine) kogumina arvesse võtta ka direktiivi 2018/1972 artiklis 3 osutatud eesmärgi ja vajaduse korral muid eesmärgi, ei ole direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikega 1 või artikliga 73 vastuolus, siis tuleb kaebaja kaebus rahuldamata jätta. Seda seetõttu, et sellisel juhul ei tule TKG § 26 lõikeid 1 ja 2 tõlgendada nii, et vastustaja oleks „esvalt“ pidanud tegema hindamise üksnes TKG § 21 lõike 1 koosseisutunnuste alusel („kui vastasel juhul takistataks püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimist ning kahjustataks lõppkasutajate huve.“). Vaidlustatud otsus oleks sellisel juhul eeldatavasti õiguspärane, kuna vastustajal oleks sellisel juhul olnud lubatud hinnata „eesmärgi kogumina“, mida ta ka tegi.

Tõsiasi, et kohtuasja lahendamine sõltub vastusest eespool sõnastatud küsimusele, ei mõjuta ka see, et vaidlustatud otsus tuleks tühistada muudel põhjustel. Kuivõrd kaebaja on vaidlustanud Bundesnetzagenturi otsuse muude argumentidega kui äsja kirjeldatud argumendid, tuleb need argumendid eeldatavasti tagasi lükata (vt kiirmenetluses tehtud otsus).

IV.

Esitatud küsimusele ei saa eelotsusetaotluse esitanud kohus vastata ka *acte clair*-tähtsuses. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et esitatud küsimusele ei saa vastata vahetult direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõigu alusel (allpool jaotis 1) ega ka direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 1 alusel (allpool jaotis 2). Millisel viisil tuleb kohaldada direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõiget 2, on aga ebaselge (allpool jaotis 3).

1. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et esitatud küsimusele ei saa vastata vahetult direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõigu alusel. Nimelt on eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates tsiviilehitistele juurdepääsu võimaldamise kohustuse kehtestamisel esialgu asjakohane üksnes direktiivi 2018/1972 artikkel 72 (*lex specialis*). Teistsugusele seisukohale asumise korral tekitab direktiivi 2018/1972 artikkel 73 seoses tõstatatud küsimusega kolm probleemi: esiteks on sätete keeleversioonides lahknevusi (allpool jaotis a), teiseks on direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 2 sisu ebaselge (allpool jaotis b). Lõpuks on arusaamatu suhe direktiivi 2018/1972 artikli 68 lõike 4 punktiga c (allpool jaotis c).

a) Esiteks on direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõigu eri keeleversioonides lahknevusi. Nimelt ei sisalda direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõigu saksakeelne versioon küll sõna „eelkõige“ („insbesondere“), kuid alustab reguleeritavate juhtumite loetelu ka kehtivas redaktsioonis sõnadega „unter anderem wenn“ („muu hulgas siis, kui“). Selline sissejuhatus on olemas ka teistes keeleversioonides: hollandi keeles („onder andere wanneer“), prantsuse keeles („notamment lorsqu’elles“), itaalia keeles („in particolare qualora“). Ingliskeelses versioonis seevastu ei ole loetelu niimoodi sisse juhutatud („in situations where“). Direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikes 1 on asi aga teisiti. Kõigis eelotsusetaotluse esitanud kohtu kohtunikele arusaadavates keeleversioonides on säte sama sisuga.

b) Teiseks tekib direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 2 puhul küsimus, kas sellest sättest tuleneb, et lisaks direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimeses lõigus nimetatud huvidele tuleb arvesse võtta ka muid kaalutlusi. Seejuures tekib viidatud sätte puhul kõigepealt küsimus, kas see sisaldab enam kui niinimetatud piisavuse testi. Piirdumist piisavuse testiga toetab direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 2 sõnastus, selle vastu räägivad aga direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 2 kolmanda lause punktides d, e, f ja h loetletud kriteeriumid, mille puhul seos piisavuse testiga ilmsiks ei tule. Ka direktiivi põhjendus 188 ja sellele põhjendusele järgnevad põhjendused räägivad pigem selle kasuks, et sätte sisu ei

piirdu piisavuse testiga (nii lõppkokkuvõttes ka Broemel, teoses: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Auflage 2023, sissejuhatus B, punkt 30). Eeldades, et direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõikes 2 loetletud kriteeriume ei tule arvesse võtta mitte ainult piisavuse testi raames, tekib sätte puhul ka küsimus, kas seejuures tuleb lisaks direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 2 kolmanda lause punktides a–h loetletud kriteeriumidele arvesse võtta ka direktiivi 2018/1972 artiklis 3 osutatud eesmäärke.

c) Lõpuks on problemaatiline suhe direktiivi 2018/1972 artikli 68 lõike 4 punktiga c. Selle sätte kohaselt peavad artikli 68 alusel kehtestatud kohustused olema põhjendatud, arvestades artiklis 3 sätestatud eesmäärke; seda sätet tuleb järgida ka kohustuste kehtestamisel direktiivi 2018/1972 artikli 73 alusel (artikli 68 lõige 2, lõike 3 esimene lõik, artikli 73 lõike 1 esimene lõik). Nüüd ei sisalda artikli 73 lõike 1 esimene lõik nagu ka direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõige 1 erinevalt direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikest 2 ühtegi viidet direktiivi 2018/1972 artikli 3 kohastele eesmärkidele. Kas sõltumata sellest ülesehitusest tuleb direktiivi 2018/1972 artikli 3 kohaseid eesmäärke arvesse võtta juba siis, kui hinnatakse vajadust kehtestada juurdepääsu võimaldamise kohustus? Või tuleb direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõigu, artikli 72 lõike 1 ja artikli 72 lõike 2 ülesehitust tõlgendada nii, et kahe esimesena nimetatud sätte puhul ei tule direktiivi 2018/1972 artikli 3 kohaseid eesmäärke arvesse võtta, kui hinnatakse vajadust kehtestada juurdepääsu võimaldamise kohustus. Ainult juhul, kui selles esimeses etapis jõutakse järeldusele, et juurdepääsu võimaldamise kohustus on vaja kehtestada, tuleb teises etapis konkreetsete meetmete hindamisel viidata direktiivi 2018/1972 artikli 68 lõike 4 punktile c.

2. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et tekkinud küsimusele ei saa vastata ka vahetult direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 1 alusel. Seda seetõttu, et viidatud säte eeldab tõenäoliselt, et turuanalüüsi kohaselt on tsiviilehitised osa asjaomasest turust. Seda toetab sättes sisalduv viide direktiivi 2018/1972 artiklile 68 (nii ka Neumann, N&R 2019, 152 <158>) ja direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikele 2 (*argumentum e contrario*). Käesolevas asjas see nii ei ole. Seega on esialgu ebaoluline, et sõnastuse järgi otsustades sätestab direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõige 1 – kõigis eelotsusetaotluse esitanud kohtu kohtunikele arusaadavates keeleversioonides – reguleeritavate juhtumite suletud või ammendava loetelu, mis ei toeta „eesmärkide kogumi hindamise“ lubatavust. Samuti võib jätta tähelepanuta, et ebaselge on ka direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 1 suhe – samamoodi nagu ka artikli 73 lõike 1 esimese lõigu suhe – artikli 68 lõike 4 punktiga c (IV 1 c).

3. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates peaks probleemi lahenduse *sedes materiae* olema direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõige 2. Selle sätte sõnastuse kohaselt – viide direktiivi 2018/1972 artikli 3 kohastele eesmärkidele – näib, et tekkinud küsimusele tuleb üheti mõistetavalt vastata nii, et hinnates vajadust kehtestada kohustus juurdepääsu võimaldamiseks tsiviilehitistele, mis turuanalüüsi kohaselt ei ole asjaomase turu osa, võib riigi reguleeriv asutus igal juhul hinnata ka seda, kas kohustus on artikli 3 eesmärkide saavutamiseks vajalik

ja proportsionaalne; selles osas on olemas ka paralleelsus direktiivi 2018/1972 artikli 68 lõike 4 punktiga c. Siiski on säte selles osas vaid näiliselt üheti mõistetav, sest ebaselge on nii suhe direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikega 1 (allpool jaotis a) kui ka suhe direktiivi 2018/1972 artikliga 73 (allpool jaotis b).

a) Esiteks on ebaselge, kuidas tuleb mõista direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõigete 1 ja 2 vahelist suhet. Ühest küljest saab direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõiget 1, arvestades selle sõnastust ja direktiivi 2018/1972 artiklit 68, mõista ainult nii, et silmas peetakse võimalikul tsiviilehitiste turul märkimisväärse turujõuga ettevõtjat (vt eespool). Selle tagajärjel võiks direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõiget 2 mõista iseseisvate nõuetega eraldi regulatiivse vahendina juhtudel, mil – nagu käesolevas asjas – sellist turgu just nimelt ei ole aluseks võetud. See tooks aga kaasa olukorra, kus tsiviilehitiste turul märkimisväärse turujõuga ettevõtjale saaks tsiviilehitistele juurdepääsu võimaldamise kohustusi kehtestada ainult rangematel tingimustel, kui seda saaks teha direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikes 2 nimetatud juhtudel; sellise vahetegemise mõte ei ole ilma pikemata arusaadav. Teisest küljest võib direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõiget 1 vajaduse korral mõista ka põhinormina, mida direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõige 2 konkreetsel juhul vaid täpsustab. Sellist tõlgendust toetab see, et sõnastuse kohaselt räägib direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõige 2 „käesoleva artikli koha[st] juurdepääs[ust]“, võttes seega ilmselt aluseks juurdepääsu võimaldamise ühtsetel põhitingimustel, ja et sellise tõlgenduse korral võiks direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõigetel 1 ja 2 olla ühtne sisu.

b) Teiseks on ebaselge, kuidas tuleb mõista direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 2 ja artikli 73 vahelist suhet. Keeruline on välja selgitada, kas direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõigu tingimusi kohaldatakse direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 2 kohaste meetmete suhtes ka siis, kui otsus tehakse „meetmete kogumi“ raames (allpool jaotis aa). Täiendavad probleemid tekivad, kui lähtuda direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõigete 1 ja 2 „ühtsest“ käsitusest – nagu äsja selgitatud osas IV 3 a (allpool jaotis bb).

aa) Ebaselge on see, kas direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõigu tingimused on direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 2 kohaste meetmete suhtes kohaldatavad, kui otsus tuleb – nagu käesolevas asjas – teha „meetmete kogumi“ raames. On tõsi, et direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikes 2 nimetatud aspektide, nimelt „püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimise takistamise või lõppkasutajate huvide kahjustamise“ hindamata jätmist saab – ka osas, mis puudutab suhet direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikega 1 – põhimõtteliselt selgitada sellega, et liidu seadusandja lähtus sellest, et direktiivi 2018/1972 artikli 73 ja artikli 72 kohased meetmed kehtestatakse „meetmete kogumina“, millest tulenevalt on direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõigu kohased piirangud kohaldatavad ka kohustuste kehtestamisel direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 2 alusel; tagajärjeks oleks direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõigu ja artikli 72 lõike 2 „paralleelsus“. Selle kasuks räägib ka direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 2 teine lõik ja see näib vastavat ka Saksa seadusandja arusaamale. Selle tagajärjel kanduksid raskused direktiivi 2018/1972

artikli 73 lõike 1 esimese lõigu tõlgendamisel üle ka direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 2 tõlgendamisele.

Sätete sõnastusest ei tulene selline arusaam siiski „meetmete kogumina“ tegutsemise korral, mille tagajärjel võetakse artikli 73 lõike 1 esimese lõigu tingimused üle direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 2 alusel tegutsemise korral. Selle vastu, et tingimused, mis kehtivad direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 2 alusel tegutsemisel, ja tingimused, mis kehtivad artikli 73 alusel tegutsemisel, on „paralleelsed“, räägib see, et direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 2 teises lõigus ja eelkõige selle saksakeelses versioonis kasutatud sõnastus „bloße Auferlegung“ („üksnes“) viitab sellele, et liidu seadusandja peab tsiviilehitistele juurdepääsu võimaldamise kohustust põhimõtteliselt väiksema raskusega riiveks; samamoodi ka direktiivi 2018/1972 põhjendus 187 (vt Neumann, N&R 2016, 262 <267> ja N&R 2018, 204 <206 ja 207>; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Kui see oleks nii, siis räägiks see selle kasuks, et direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 2 alusel tegutsemisele tuleks seada väiksemad – ja mitte paralleelsed – tingimused.

b) Täiendavad probleemid tekivad, kui lähtuda direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõigete 1 ja 2 „ühtsest“ arusaamast – nagu kirjeldatud eespool osas IV 3 a. Nimelt kui analüüsida direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõike 1 suhet artikliga 73, siis on direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikega 1 – võimalik, et sõltuvalt direktiivi 2018/1972 artikli 73 keeleversioonist – sõnastatud direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõiguga võrreldes kitsam hindamisprogramm. Teisalt viitab direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 2 teise lõigu olemasolu aga sellele, et liidu seadusandja peab tsiviilehitistele juurdepääsu võimaldamise kohustust põhimõtteliselt väiksema raskusega riiveks (vt eespool). See on omakorda teatud vastuolus direktiivi 2018/1972 artikli 72 lõikega 1, mis sätestab seal nimetatud reguleeritavad juhtumid võrreldes direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 1 esimese lõiguga – saksakeelses versioonis, vt eespool – kitsamalt ja eelkõige ei pruugi lubada edasist kaalumist. Iseloomulik on see, et direktiivi 2018/1972 artikli 73 lõike 2 teises lõigus ei küsita, kas üksnes direktiivi 2018/1972 artikli 72 kohaste kohustuste kehtestamine on proportsionaalne vahend, et vältida „püsiva, konkurentsile rajatud turu tekkimise takistamist“, vaid küsitakse, kas direktiivi 2018/1972 artikli 72 kohaste kohustuste kehtestamine on proportsionaalne vahend „konkurentsi ja lõppkasutajate huvide edendamiseks“. Millegi takistamine või pelgalt millegi edendamine on kaks erinevat kriteeriumi.

[...]