JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

M. POIARES MADURO

23 päivänä huhtikuuta 2009 [1]

1. Televiestintäalaa säännellään yhteisön sääntelyjärjestelmällä, jolle on asetettu useita tavoitteita, erityisesti kilpailun suojaaminen. On luotu erityinen institutionaalinen järjestely, jossa annetaan kansallisten sääntelyviranomaisten tehtäväksi pyrkiä näihin tavoitteisiin ja jossa niille annetaan valtuudet puuttua tarvittaessa asiaan asettamalla velvollisuuksia sellaisille televiestintäalan yrityksille, joilla on huomattava markkinavoima.

2. Esillä oleva asia koskee lähinnä jäsenvaltioiden harkintavaltaa kyseisen yhteisön sääntelyjärjestelmän täytäntöönpanon suhteen: Tarkasteltavana on ensinnäkin jäsenvaltioiden vapaus rajoittaa sääntelyn soveltamista silloin, kun kyseessä ovat herkät markkinat, nimittäin uudet markkinat, ja toiseksi tarkastellaan jäsenvaltioiden vapautta ohjailla kansallisten sääntelyviranomaisten toimia tiettyjen sääntelyn tavoitteiden kuten investointien ja innovatiivisuuden edistämisen osalta.

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

I Asian tosiseikat ja siihen liittyvä lainsäädäntö

3. Esillä olevan asian kannalta merkityksellisiä ovat seuraavat televiestintäalaan sovellettavat yhteisön sääntelyjärjestelmän osat: puitedirektiivi, [2] käyttöoikeusdirektiivi [3] ja yleispalveludirektiivi. [4]

4. Esillä olevaa asiaa koskeva Saksan säädös on televiestintälaki (jäljempänä TKG). [5] TKG:llä lähinnä saatetaan yhteisön sääntelyjärjestelmä osaksi kansallista lainsäädäntöä, mutta siihen on myös tehty kaksi uusia markkinoita koskevaa muutosta, jotka muodostavat esillä olevan asian lähtökohdan. [6]

2 – Sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/21/EY (puitedirektiivi) (EYVL L 108, s, 33).

3 – Sähköisten viestintäverkkojen ja niiden liitännäistoimintojen käyttöoikeuksista ja yhteenliittämisestä annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/19/EY (käyttöoikeusdirektiivi) (EYVL L 108, s. 7).

4 – Yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/19/EY (yleispalveludirektiivi) (EYVL L 108, s. 1).

5 – Telekommunikationsgesetz, 22.6.2004, BGBl. I, s. 1190.

6 – Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften, 18.2.2007, BGBl. I, s. 106.

5. Näillä TKG:hen tehdyillä muutoksilla vapautetaan uudet markkinat sääntelystä, mikäli se ei ole välttämätöntä pitkäaikaisen kilpailun kannalta. Muutoksissa myös todetaan, että Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen [7] on sääntelyn tarvetta arvioidessaan otettava erityisesti huomioon perusrakenteisiin tehtävien investointien ja innovatiivisuuden edistämisen tavoitteet.

6. Kuvaillessani esillä olevan asian taustaa viittaan yhteisön sääntelyjärjestelmän säännöksiin tarkastelemalla ensin sääntelyn tavoitteita (A) ja sitten menettelyä koskevia asioita: avoimuutta, kansallisten sääntelyviranomaisten ja komission välistä yhteistyöjärjestelmää, markkinoiden määrittelyä ja markkina-analyysia (B). Tämän jälkeen kuvailen TKG:tä yksityiskohtaisemmin (C). Lopuksi tarkastelen lyhyesti joitakin oikeudenkäyntiä edeltäneeseen menettelyyn liittyviä tapahtumia.

A *Yhteisön sääntelyjärjestelmän tavoitteet*

7. Puitedirektiivin 7 artiklan 1 kohdassa säädetään, että kansallisten sääntelyviranomaisten on toteuttaessaan yhteisön sääntelyjärjestelmän mukaisia tehtäviään otettava 8 artiklassa määritellyt tavoitteet ”mahdollisimman laajasti huomioon”.

8. Puitedirektiivin 8 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltioiden ”on varmistettava”, että kansalliset sääntelyviranomaiset toteuttavat kaikki aiheelliset ja oikeasuhteiset toimenpiteet, joilla pyritään saavuttamaan määritellyt tavoitteet.

9. Puitedirektiivin 8 artiklan 2 kohdassa esitetään ensimmäinen tavoitteiden joukko, joka liittyy kilpailun suojaamiseen:

”Kansallisten sääntelyviranomaisten on edistettävä kilpailua sähköisten viestintäverkkojen, sähköisten viestintäpalvelujen ja niiden liitännäistoimintojen ja -palvelujen tarjoamisessa muun muassa

a) varmistamalla, että käyttäjille, myös vammaisille, koituu mahdollisimman paljon hyötyä valinnanvaran lisääntymisestä, hintojen alentumisesta ja laadun parantumisesta

7 – Bundesnetzagentur.

b) varmistamalla, ettei kilpailua sähköisen viestinnän alalla vääristetä tai rajoiteta

c) edistämällä tehokkaita investointeja perusrakenteisiin ja tukemalla innovointia ja

d) edistämällä radiotaajuuksien ja numerovarojen tehokasta käyttöä ja varmistamalla niiden tehokas hallinta."

10. Puitedirektiivin 8 artiklan 3 ja 4 kohdassa esitetään kaksi muuta tavoitteiden joukkoa, joilla pyritään osaltaan vaikuttamaan sisämarkkinoiden kehittymiseen ja edistämään Euroopan unionin kansalaisten etuja.

11. Käyttöoikeusdirektiivin 8 artiklan 4 kohdassa ja yleispalveludirektiivin 17 artiklan 2 kohdassa viitataan puitedirektiivin tavoitteisiin. Näillä tavoitteilla perustellaan mainituissa artikloissa esitetyt velvollisuudet, joita voidaan asettaa yrityksille, joilla on huomattava markkinavoima. [8]

12. Puitedirektiivin 15 artiklan 2 kohdan mukaisesti komissio julkaisee markkina-analyysia ja huomattavan markkinavoiman arviointia koskevat ja "kilpailulainsäädännön periaatteiden kanssa yhdenmukaiset" suuntaviivat (jäljempänä komission suuntaviivat). [9]

13. Puitedirektiivin johdanto-osan 27 perustelukappaleessa säädetään, että komission suuntaviivoissa on tarkasteltava sääntelyvelvollisuuksien soveltamista uusiin markkinoihin:

"[Komission] suuntaviivoissa käsitellään myös syntymässä olevia uusia markkinoita, joilla tosiasiallisella markkinajohtajalla tulee toden-

8 – On syytä luetella osa näistä velvollisuuksista, jotta ymmärretään niiden mahdolliset taloudelliset vaikutukset tavoitteisiinsa: käyttöoikeusdirektiivin 8 artiklan 4 kohdassa viitataan velvollisuuksiin, jotka koskevat erityisten verkkotoimintojen käyttöoikeuksia ja käyttöä, hintavalvontaa ja kustannuslaskentaa; yleispalveludirektiivin 17 artiklan 2 kohtaan sisältyy velvollisuuksia, jotka voivat johtaa vähittäishintakattoja koskeviin toimenpiteisiin, toimenpiteisiin yksittäisten hinnoittelujen valvomiseksi tai toimenpiteisiin hintojen määrittämiseksi kustannuslähtöisesti tai vastaavilla markkinoilla käytettävän hinnoittelun mukaisesti.

9 – Komission ohjeet markkina-analyysia ja huomattavan markkinavoiman arvioimista varten sähköisen viestinnän verkkoja ja palveluja koskevassa yhteisön sääntelyjärjestelmässä (EYVL 2002 C 165, s. 6).

näköisesti olemaan huomattava markkina-osuus, mutta joilla tälle yritykselle ei pitäisi asettaa tarpeettomia velvollisuuksia.”

14. Komission suuntaviivojen 32 kohdassa käsitellään uusia markkinoita toistamalla puitedirektiivin johdanto-osan 27 perustelukappale ja lisäämällä seuraavat perustelut:

”Syynä tähän on se, että ennenaikainen ennakkosääntely voisi vaikuttaa haitallisesti kilpailuolosuhteiden muotoutumiseen uusilla ja kehittymässä olevilla markkinoilla. Toisaalta olisi kuitenkin estettävä tällaisten kehittyvien markkinoiden sulkeutuminen kokonaan markkinajohtajan haltuun. Ottamatta kantaa kilpailuviranomaisten toimien tarpeellisuuteen yksittäisissä tapauksissa on todettava, että kansallisten sääntelyviranomaisten olisi varmistettava, että ne voivat kaikilta osin perustella mahdollisen aikaisessa vaiheessa toteutetun ennakkosääntelyn kehittymässä olevilla markkinoilla, varsinkin kun niillä on aina mahdollisuus puuttua markkinoiden toimintaan myöhemmässä vaiheessa kyseisten markkinoiden säännöllisen uudelleentarkastelun yhteydessä.”

15. Puitedirektiivin 15 artiklan 1 kohdan mukaan komissio myös antaa suosituksen, jossa yksilöidään ”kilpailulainsäädännön periaatteiden mukaisesti” markkinat, joilla voidaan asettaa velvollisuuksia käyttöoikeus-direktiivin ja yleispalveludirektiivin mukaisesti (jäljempänä komission suositus). [10]

16. Komission suosituksen johdanto-osan 15 perustelukappaleessa todetaan sääntelyvelvollisuuksien soveltamista uusiin markkinoihin seuraavaa:

”uusiin ja kehittymässä oleviin markkinoihin, joilla markkinavoiman voidaan todeta vallitsevan aloittajan edun vuoksi, ei pitäisi periaatteessa soveltaa ennakkosääntelyä”.

B *Avoimuus, yhteistyöjärjestelmä, markkinoiden määrittely ja markkina-analyysi*

17. Puitedirektiivin 6 artiklassa säädetään asianomaisia osapuolia koskevasta avoimuudesta. Kansallisten sääntelyviranomaisten on yleensä annettava asianomaisille osapuolille mahdollisuus esittää lausuntonsa ehdote-

10 – Komission suositus sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/21/EY mukaisesti ennakkosääntelyn alaisiksi tulevista merkityksellisistä tuote- ja palvelumarkkinoista sähköisen viestinnän alalla (EUVL 2003 L 114, s. 45).

tuista toimenpiteistä, julkaistava tiedot kansallisista kuulemismenettelyistä ja annettava kuulemisten tulokset julkisesti saataville.

18. Puitedirektiivin 7 artiklan 2 kohdalla luodaan kansallisten sääntelyviranomaisten välille sekä niiden ja komission välille yhteistyöjärjestelmä, jonka tarkoituksena on varmistaa sääntelyjärjestelmän ”yhdenmukainen soveltaminen”.

19. Puitedirektiivin 7 artiklan 3 ja 5 kohdassa määritellään harjoitettavan yhteistyön muoto. Jos kansallinen sääntelyviranomainen aikoo toteuttaa toimenpiteitä, jotka kuuluvat puitedirektiivin 15 tai 16 artiklan soveltamisalaan ja jotka myös vaikuttavat jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, sen on ilmoitettava asiasta muille kansallisille sääntelyviranomaisille ja komissiolle. Toimenpide-ehdotus perusteluineen on asetettava muiden kansallisten sääntelyviranomaisten ja komission saataville lausuntojen antamista varten. Kansallisen sääntelyviranomaisen on otettava lausunnot huomioon, ja jos se hyväksyy toimenpide-ehdotuksen, sen on toimitettava se komissiolle.

20. Puitedirektiivin 15 ja 16 artiklassa käsitellään markkinoiden määrittelyä ja markkina-analyysia, joita yhteistyö koskee.

21. Puitedirektiivin 15 artiklan 3 kohdalla säännellään sitä, kuinka kansalliset sääntelyviranomaiset määrittelevät markkinat:

”Kansallisten sääntelyviranomaisten on, [komission] suositus ja [komission] suuntaviivat mahdollisimman tarkasti huomioon ottaen, määriteltävä kilpailulainsäädännön periaatteiden mukaisesti kansallisia olosuhteita vastaavat merkitykselliset markkinat, erityisesti alueellaan vallitsevat merkitykselliset maantieteelliset markkinat. – –”

22. Puitedirektiivin 16 artiklan 1 ja 2 kohdassa todetaan, että merkityksellisten markkinoiden määrittelemisen jälkeen kansallisten sääntelyviranomaisten on analysoitava kyseiset markkinat ottaen huomioon komission suuntaviivat (tarvittaessa yhteistyössä kansallisten sääntelyviranomaisten kanssa). Jos kansallisen sääntelyviranomaisen on tehtävä päätös velvollisuudesta käyttöoikeusdirektiivin tai yleispalveludirektiivin mukaisesti, sen on määriteltävä, vallitseeko markkinoilla todellinen kilpailu.

23. Puitedirektiivin 16 artiklan 3 ja 4 kohta koskevat tilannetta, jossa kansallinen sääntelyviranomainen toteaa, vallitseeko markkinoilla todellinen kilpailu vai ei. Jos kansallinen sääntelyviranomainen toteaa, että markkinoilla vallitsee todellinen kilpailu, se ei saa asettaa eikä pitää voimassa 16 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja velvollisuuksia, ja jos velvollisuuksia jo on voimassa, sen on poistettava ne. Jos kansallinen sääntelyviranomainen toteaa, että merkityksellisillä markkinoilla ei vallitse todellista kilpailua, sen on määriteltävä yritykset, joilla on huomattava markkinavoima, ja asetettava velvollisuuksia, pidettävä ne voimassa tai muutettava niitä.

24. Puitedirektiivin 7 artiklan 4 kohdassa annetaan komissiolle tiettyjä kansallisen sääntelyviranomaisen toimenpiteitä koskeva vetooikeus. Edellytyksenä on, että toimenpiteellä pyritään joko määrittelemään sellaiset merkitykselliset markkinat, jotka eroavat komission suosituksessa määritellyistä, tai päättämään, onko jollakin yrityksellä huomattava markkinavoima muun muassa 16 artiklan 3 tai 4 kohdan mukaisesti; lisäksi edellytetään, että toimenpide vahingoittaisi jäsenvaltioiden välistä kauppaa. Komission on ilmoitettava, että se katsoo toimenpide-ehdotuksen muodostavan esteen yhtenäismarkkinoille tai että se epäilee vakavasti ehdotuksen yhteensopivuutta yhteisön oikeuden ja erityisesti 8 artiklassa tarkoitettujen tavoitteiden kanssa. Tällöin toimenpide-ehdotuksen hyväksymistä on ensin lykättävä, ja komissio voi halutessaan vaatia kansallista sääntelyviranomaista perumaan toimenpide-ehdotuksen, jos sitä ei voida hyväksyä, ja antaa yksityiskohtaiset ehdotukset toimenpide-ehdotuksen muuttamiseksi.

25. Direktiivin 7 artiklan 6 kohdassa säädetään kiireellisestä menettelystä, jota sovelletaan poikkeuksellisissa olosuhteissa edellä kuvailtuun yhteistyöjärjestelmään.

C TKG

26. TKG:n 2 §:ssä luetellaan lainsäädännölliset tavoitteet, joita ovat lähinnä puitedirektiivin 8 artiklassa asetetut sääntelyn tavoitteet.

27. TKG:n 9 §:n 1 ja 2 momentin mukaan sääntelyä sovelletaan sellaisiin markkinoihin, jotka täyttävät 10 §:ssä mainitut edellytykset ja joilla ei 11 §:n nojalla suoritetun markkina-analyysin perusteella vallitse todellista kilpailua. Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen on asetettava sääntelyvelvollisuuksia yrityksille, joilla on huomattava markkinavoima kyseisillä markkinoilla.

28. TKG:n 10 §:n 2 momentissa kuvaillaan markkinaolosuhteita, joiden perusteella sääntelyä sovelletaan (huomattavat esteet markkinoille pääsylle, pitkäaikaisen todellisen kilpailun rakenteelliset esteet ja kilpailulainsäädäntöön sisältyvien oikeussuojakeinojen riittämättömyys). Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen on määriteltävä nämä markkinat ottaen huomioon komission suositus.

29. TKG:n 11 §:n 1 momentti koskee todellisen kilpailun arviointia (todellista kilpailua ei ole, jos yhdellä tai useammalla yrityksellä on huomattava markkinavoima). Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen on suoritettava tämä markkina-analyysi ottaen huomioon komission suuntaviivat.

30. TKG:n 12 §:ssä määritellään menettely, joka lähinnä myötäilee puitedirektiivin 6 ja 7 artiklassa säädettyä avoimuutta ja yhteistyöjärjestelmää. TKG:n 10 §:n 3 momentissa ja 11 §:n 3 momentissa säädetään, että Saksan

kansallisen sääntelyviranomaisen on osana kyseistä menettelyä esitettävä markkinoiden määrittelyn ja markkina-analyysin tulokset komissiolle aina, kun kyseessä on jäsenvaltioiden välinen kauppa.

31. Kuten edellä mainitsin, TKG:hen on tehty kaksi uusia markkinoita koskevaa muutosta. Vaikuttaa siltä, että ennen kuin nämä muutokset tehtiin, perinteinen saksalainen televiestintäalan yritys (Deutsche Telekom) oli puolustanut suunnittelemansa laajakaistaverkon vapauttamista sääntelytoimenpiteestä (eli velvollisuudesta antaa käyttöoikeus säännellyillä hinnoilla).

32. Väitteistä, joita asianosaiset ovat esittäneet sekä kirjallisesti että istunnossa, voidaan päätellä, että Saksassa käytiin yhteiskunnallista keskustelua uusien markkinoiden niin sanotusta sääntelyvapaasta. Jotkin keskusteluun osallistuneet tahot pitivät kyseenalaisena sitä, sopiiko täydellinen vapautus yhteen yhteisön oikeuden kanssa. Asianosaisten väitteistä ei voida todeta, oliko jokin tietty näkemys muita suositumpi ja vaikuttiko se ratkaisevasti TKG:hen tehtyihin muutoksiin.

33. Ensimmäinen TKG:hen tehty muutos oli 3 §:n 12 b momentti, jossa esitetään uusien markkinoiden määritelmä:

”Uusilla markkinoilla tarkoitetaan markkinoita, joilla tarjotaan palveluja tai tuotteita, jotka eroavat huomattavasti nykyisin saatavina olevista palveluista tai tuotteista tehokkuutensa, valikoimansa, saatavuutensa suuren käyttäjäjoukon kannalta (massamarkkinakapasiteetin), hintansa tai laatunsa osalta asioista perillä olevan ostajan näkökulmasta ja jotka eivät ainoastaan korvaa kyseisiä tuotteita.”

34. Toinen TKG:hen tehty muutos oli 9 a §, jonka 1 momentissa esitetään sääntö, joka koskee uusien markkinoiden vapauttamista sääntelystä; pykälän 2 momentti koskee poikkeusta kyseisestä säännöstä.

”1. Lukuun ottamatta seuraavassa momentissa mainittuja tapauksia uusiin markkinoihin ei sovelleta 2 osassa tarkoitettua sääntelyä.

2. Mikäli tiettyjen tosiseikkojen perusteella voidaan päätellä, että sääntelyn puuttuminen hankaloittaisi kestävien kilpailukykyisten markkinoiden kehittymistä palvelujen tai televiestintäverkkojen alalla

pitkällä aikavälillä, Saksan kansallinen sääntelyviranomainen voi 1 momentista poiketen soveltaa uusiin markkinoihin 2 osassa tarkoitettua sääntelyä 9, 10, 11 ja 12 §:n mukaisesti. Arvioidessaan sääntelyn tarpeen ja määrätessään nimenomaisista toimenpiteistä Saksan kansallinen sääntelyviranomainen ottaa huomioon perusrakenteisiin tehtävien tehokkaiden investointien edistämisen ja innovatiivisuuden tukemisen tavoitteet.”

35. Nämä muutokset tulivat voimaan 18.2.2007.

D *Oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely*

36. Komissio päätti 20.12.2006 aloittaa esillä olevan jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn oltuaan yhteydessä Saksaan TKG:hen tehtyjen lisäysten vuoksi mutta ennen kyseisten lisäysten voimaantuloa.

37. Komissio ilmoitti 26.2.2007 päivätyssä virallisessa huomautuksessa Saksalle pitävänsä TKG:hen tehtyjen lisäysten yhteensopivuutta yhteisön sääntelyjärjestelmän kanssa kyseenalaisena. Samana päivänä se myös julkaisi lehdistötiedotteen, jossa se ilmoitti aikovansa saattaa asian mahdollisimman pian Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavaksi.

38. Koska komissio ei ollut tyytyväinen vastauksiin, jotka Saksa oli antanut sen virralliseen huomautukseen ja sitä seuranneeseen perusteltuun lausuntoon, se nosti käsiteltävänä olevan kanteen EY 226 artiklan nojalla.

II Tutkittavaksi ottaminen

39. Saksan mielestä on kyseenalaista, voidaanko esillä oleva kanne ottaa tutkittavaksi. Sen ensimmäinen väite perustuu siihen, että komissio päätti aloittaa jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn ennen TKG:hen tehtyjen lisäysten voimaantuloa.

40. Tämä seikka on kuitenkin jätettävä huomiotta. Saksa sai komission virallisen huomautuksen sen jälkeen, kun TKG:hen tehdyt lisäykset olivat tulleet voimaan. Näin ollen Saksalle annettiin EY 226 artiklan

mukaisesti mahdollisuus esittää huomautuksia jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämisestä, jonka väitettiin jo tapahtuneen. [11]

41. Toiseksi Saksa väittää, että sen puolustautumisoikeuksia ei kunnioitettu, kun komissio aikoi saattaa asian mahdollisimman pian yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavaksi ja ilmoitti tästä virallisen huomautuksen kanssa samana päivänä julkaistussa lehdistötiedotteessa.

42. Komission malttamattomuus on valitettavaa erityisesti ottaen huomioon sen velvollisuus tehdä lojaalia yhteistyötä jäsenvaltioiden kanssa. [12] Tämä ei ole kuitenkaan riittävä peruste päätellä, että komissio ei olisi ottanut asianmukaisesti huomioon Saksan vastauksia viralliseen huomautukseen ja perusteltuun lausuntoon. Esillä oleva kanne sinänsä on otettava tutkittavaksi.

III Arviointi

43. Tehdessään muutoksia TKG:hen Saksa on rajoittanut sääntelyn soveltamista silloin, kun kyseessä ovat uudet markkinat. TKG:n 3 §:n 12 b momentissa esitetään uusien markkinoiden määritelmä. TKG:n 9 a §:n 1 momentin mukaan nämä markkinat periaatteessa vapautetaan sääntelystä. TKG:n 9 a §:n 2 momentin mukaan sääntelyä sovelletaan vain, mikäli sen puuttuminen hankaloittaisi kilpailua pitkällä aikavälillä; arvioidessaan sääntelyn tarpeen Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen on otettava huomioon investointien ja innovatiivisuuden kannustimet erityisesti asettaessaan velvollisuuksia yrityksille, joilla on huomattava markkinavoima.

44. Komissio katsoo, että Saksa on TKG:n 3 §:n 12 b momentin ja 9 a §:n perusteella laiminlyönyt useiden yhteisön sääntelyjärjestelmän säännösten – toisin sanoen puitedirektiivin 6 artiklan, 7 artiklan, 8 artiklan 1 ja 2 kohdan, 15 artiklan 3 kohdan ja 16 artiklan, käyttöoikeusdirektiivin 8 artiklan 4 kohdan sekä yleispalveludirektiivin 17 artiklan 2 kohdan – mukaiset velvollisuutensa.

45. Väitetyt rikkomiset voidaan jakaa kahteen kysymysten ryhmään, joista ensimmäinen koskee rajoittavan sääntelyn aineellisia vaikutuksia ja toinen sen menettelyllisiä vaikutuksia.

46. Aineelliset kysymykset koskevat Saksan liikkumavaraa yhteisön sääntelyjärjestelmän täytäntöönpanon suhteen.

11 – Ks. asia C-230/99, komissio v. Ranska, tuomio 15.2.2001 (Kok., s. I-1169, 32 kohta).

12 – Ks. asia C-120/01, komissio v. Irlanti, julkisasiamies Mischon ratkaisuehdotus 28.5.2002 (Kok., s. I-6739, 50 kohta).

– Voiko Saksa antaa säännön, jolla vapautetaan uudet markkinat sääntelystä?

– Voiko Saksa rajoittaa Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen harkintavaltaa asettamalla etusijalle sellaisen sääntelyn tavoitteen, joka liittyy uusilla markkinoilla toteutettavaan toimenpiteeseen?

47. Menettelylliset kysymykset koskevat sitä, kuinka paljon TKG:hen tehdyt muutokset vaikuttavat niihin prosessuaalisiin toimiin, jotka johtavat Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen päätökseen puuttua tai olla puuttumatta asiaan yhteisön sääntelyjärjestelmässä esitetyllä tavalla, johon kuuluvat avoimuus, kansallisten sääntelyviranomaisten ja komission välinen yhteistyöjärjestelmä, markkinoiden määrittely ja markkina-analyysi.

48. Näitä menettelyllisiä seikkoja on kuitenkin tarpeen tarkastella vain, jos yhteisöjen tuomioistuin aineellisiin kysymyksiin antamassaan vastauksessa ensinnäkin katsoo, että Saksa on noudattanut liikkumavaraansa yhteisön sääntelyjärjestelmän täytäntöönpanon suhteen. Mikäli yhteisöjen tuomioistuin ei ole tätä mieltä, menettelyllisillä kysymyksillä ei ole enää merkitystä.

49. Tämän vuoksi aloitan analyysini aineellisista kysymyksistä.

A *Väitetty rikkominen, joka perustuu uudet markkinat sääntelystä vapauttavan säännön antamiseen*

50. TKG:n 9 a §:n 1 momentin mukaan uudet markkinat vapautetaan sääntelystä, mikäli TKG:n 9 a §:n 2 momentissa säädetyt edellytykset eivät täyty. Komission mukaan tällä säännöllä pyritään suosimaan perinteisen saksalaisen televiestintäalan yrityksen investointeja laajakaistaverkkoon poistamalla sääntelytoimenpiteen uhka.

51. Yhteisöjen tuomioistuin on jo aiemmin todennut, että yksityisomistuksessa oleviin toimintoihin kohdistuvat toimenpiteet ensinnäkin supistavat näiden toimintojen kehittämistä koskevia kannustimia. Tämän vuoksi

velvollisuus antaa käyttöoikeus (korjaavana toimenpiteenä väärinkäyttöä merkitsevälle toimittamisesta kieltäytymiselle) on EY 82 artiklan mukaan asianmukainen vain, mikäli erittäin tiukat vaatimukset täyttyvät. [13] Tämän vuoksi myös velvollisuuden aloittaa neuvottelut käyttöoikeuden myöntämiseksi on televiestintäalaa koskevan yhteisön lainsäädännön mukaan oltava oikeasuhteinen ja tosiasiallisesti kilpailutilanteen edellyttämä. [14]

52. Näin ollen voidaan todeta, että sääntelyyn sisältyvät toimenpidemahdollisuudet supistavat perusrakenteisiin tehtävien investointien ja innovatiivisuuden kannustimia. [15] Sinänsä on täysin luonnollista, että perinteinen televiestintäalan yritys ei suhtaudu sääntelyyn suopeasti, ja mikäli Saksa haluaa edistää investointeja televiestintäalan perusrakenteisiin, sen on syytä ottaa nämä kysymykset huomioon. Viime kädessä on kysymys poliittisesta valinnasta: on hillittävä sääntelyä ja kestettävä huomattavan markkinavoiman liitännäisvaikutukset, jotta voidaan suosia investointeja perusrakenteisiin.

53. Tavallisesti Saksan olisi mahdollista tehdä tällainen poliittinen valinta, mutta asianlaita ei ole näin silloin, kun on olemassa televiestintäalaa koskevaa yhteisön lainsäädäntöä. Tällöin yhteisön lainsäätäjä on jo päättänyt alistaa kyseisen alan sääntelylle kaikkine siihen sisältyvine toimenpidemahdollisuuksineen. [16]

54. Televiestintäalaan sisältyvät kiistatta TKG:n 3 §:n 12 b momentissa määritellyt uudet markkinat. Tämän vuoksi Saksa ei voi kumota yhteisön lainsäätäjän tekemää päätöstä ja pääsääntöisesti vapauttaa näitä uusia markkinoita sääntelystä.

55. Saksa kuitenkin katsoo, että sääntö, jonka mukaan sääntely ei koske uusia markkinoita, itse asiassa jo sisältyy yhteisön sääntelyjärjestelmään.

56. Tämä ei pidä paikkaansa. Puitedirektiivin johdanto-osan 27 perustelukappaleessa ainoastaan kehotetaan olemaan asettamatta

13 – Toisin sanoen kaiken kilpailun poistaminen, ks. asia C-7/97, Bronner v. Mediaprint, tuomio 26.11.1998 (Kok., s. I-7791, 41 kohta) ja kannustimiin kohdistuvien vaikutusten osalta julkisasiamies Jacobsin mainitussa asiassa esittämän ratkaisuehdotuksen 57 kohta.

14 – Ks. asia C-227/07, komissio v. Puola, tuomio 13.11.2008 (Kok., s. I-8403, 40–44 kohta) ja julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin mainitussa asiassa esittämän ratkaisuehdotuksen 38 ja 39 kohta, jonka mukaan ”markkinataloutta ei pidä rajoittaa perusteettomasti”.

15 – Erityisesti verrattuna yleiseen kilpailuoikeudelliseen järjestelmään.

16 – Tämä ei tarkoita, että sääntely ei koskisi investointien ja innovatiivisuuden kannustimia; itse asiassa nämä seikat vaikuttavat yhteisön sääntelyjärjestelmään puitedirektiivin 8 artiklan 2 kohdan c alakohdan kautta, kuten jäljempänä todetaan.

”tarpeettomia velvollisuuksia” uusille markkinoille. [17] Tätä on täsmentänyt ainoastaan komissio, ensin komission suuntaviivoissa ja sitten komission suosituksessa. On totta, että suosituksen mukaan uusia markkinoita ei tule alistaa sääntelylle, mutta mielestäni kyseessä olevat asiat on suuntaviivoissa esitetty paremmin ja kattavammin.

57. Komission suuntaviivoissa todetaan, että sääntely voi vaikuttaa haitallisesti olosuhteiden muotoutumiseen uusilla markkinoilla; toisaalta on kuitenkin estettävä tällaisten markkinoiden sulkeutuminen kokonaan sellaisten yritysten haltuun, joilla on huomattava markkinavoima. Tämän vuoksi kansallisilla sääntelyviranomaisilla on erityinen huolenpitovelvollisuus puuttuessaan kyseisiin markkinoihin, varsinkin kun otetaan huomioon mahdollisuus lykätä puuttuminen ajankohtaan, jolloin kilpailuolosuhteet ovat vakiintuneet. Myös komission suositus ja siinä oleva viittaus aloittajan edun avulla hankittuun markkinavoimaan on nähtävä tässä valossa.

58. Uusien markkinoiden sääntelystä vapauttamisen osalta onkin selvää, että yhteisön lainsäätäjän tarkoituksena ei ollut siirtyä pelkistä varoittavista suosituksista sitovaan oikeussääntöön.

17 – Perustelukappaleiden merkityksestä tulkinnan kannalta ks. asia C-250/07, komissio v. Kreikka, ratkaisuehdotus 17.12.2008 (asia vireillä tuomioistuimessa, 15 kohta).

59. Näin ollen Saksa ei voi säätää uusien markkinoiden vapauttamisesta sääntelyltä TKG:n 9 a §:n 1 momentissa esitetyllä tavalla.

B *Väitetty rikkominen, joka perustuu Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen harkintavallan rajoittamiseen asettamalla tietty sääntelyn tavoite etusijalle*

60. Saksa väittää kuitenkin, että se ei ole säätänyt yleisestä sääntelyä koskevasta vapautuksesta. Se katsoo, että TKG:n 9 a §:ää on luettava ottaen huomioon sen 2 momentti, jossa määritellään sääntelyn soveltamisen edellytykset – 1 momentti on ainoastaan seuraus kyseisten edellytysten täyttämättä jättämisestä. Tältä osin Saksa väittää ainoastaan ohjaavansa – tai ”pohjustavansa”, kuten se asian ilmaisee – Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen puuttumista uusiin markkinoihin.

61. Tämän ”pohjustuksen” kannalta keskeinen seikka on investointien ja innovatiivisuuden edistämisen tavoitteen esittäminen TKG:n 9 a §:n 2 momentissa. [18] Tämä

18 – Toinen TKG:n 9 a §:n 2 momentissa säädetty edellytys, johon komissio kiinnitti huomiota, oli se, että sääntelyn puuttuminen hankaloittaisi kestävien kilpailukykyisten markkinoiden kehittymistä. Tämä edellytys on kuitenkin asetettu sääntelylle myös TKG:n 10 §:n 2 momentissa (pitkäaikaisen todellisen kilpailun rakenteelliset esteet), jossa toistetaan komission suosituksen johdanto-osan 9 perustelukappale. Se näyttää sopivan yhteen sääntelyn oikeasuhteisen ja asianmukaisen soveltamisen kanssa (ks. viittaukset edellä alaviitteessä 14).

tavoite vastaa puitedirektiivin 8 artiklan 2 kohdan c alakohtaa; puitedirektiivin 8 artiklan muut tavoitteet ovat kuitenkin edelleen voimassa sovellettaessa TKG:n 2 §:ää. Yhteisön sääntelyjärjestelmän tavoitteet voidaan Saksan kannalta tasapainottaa monin eri tavoin, ja asettaessaan tietyn tavoitteen etusijalle Saksan kansallinen lainsäätäjä päätti ”ohjeistaa” Saksan kansallista sääntelyviranomaista siinä, kuinka tämä tasapainottaminen tehdään. [19]

62. Saksa katsoo, että tällaiset ohjeet sisältyvät liikkumavaraan, joka koskee yhteisön sääntelyjärjestelmän täytäntöönpanoa. [20] Näin ollen Saksan mielestä kyse on siitä, kenen tehtäväksi yhteisön sääntelyjärjestelmässä annetaan eri tavoitteiden tasapainottaminen: kansalliselle lainsäätäjälle, joka saattaa mainitun järjestelmän osaksi kansallista lainsäädäntöä, vai kansallisille sääntelyviranomaisille, jotka suorittavat varsinaiset arvioinnit?

63. Minun on syytä korostaa, että vastaus ei riipu asetetusta tavoitteesta. Voi käydä ilmi, että Saksa on oikeassa ja että uusien markkinoiden osalta on kiinnitettävä erityistä huomiota perusrakenteita ja innovatiivisuutta koskeviin kannustimiin. Tavoitteiden tasapainottamisen antaminen kansallisen lainsäätäjän tehtäväksi vaikuttaa kuitenkin eri tavalla kuin tehtävän antaminen kansallisille sääntelyviranomaisille. Kansalliset sääntelyviranomaiset on perustettu ja niille on yhteisön sääntelyjärjestelmässä annettu nimenomaiset valtuudet tietystä syystä: oletetaan, että tietyt intressit eivät vaikuta niihin ja että ne tekevät päätöksensä ainoastaan kyseisessä sääntelyjärjestelmässä vahvistettujen kriteerien perusteella.

64. Niinpä katson, että sääntelyjärjestelmän tavoitteiden tasapainottaminen kuuluu kansallisille sääntelyviranomaisille. Puitedirektiivin 8 artiklassa nimenomaisesti annetaan näihin tavoitteisiin pyrkiminen ja siten niiden tasapainottaminen kansallisten sääntelyviranomaisten eikä kansallisen lainsäätäjän tehtäväksi.

65. Tällä tavoin luodaan institutionaalinen järjestely, jossa kansallisen lainsäätäjän tehtävänä on ainoastaan varmistaa, että kansalliset sääntelyviranomaiset toteuttavat kaikki tavoitteiden saavuttamiseksi tarvittavat toimenpiteet, minkä yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut useaan otteeseen. [21] Jopa jäsenvaltioiden itsenäisyys kansallisten sääntelyviranomaisten organisaation ja rakenteiden suhteen on alistettu tälle pyrkimykselle. [22]

19 – Istunnossa Saksa esitti täsmällisemmän väitteen, jonka mukaan TKG:n 9 a §:n 2 momentti olisi välttämätön, jotta voitaisiin valvoa Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen harkintavallan laillisuutta. Laillisuuden valvonta, joka rajoittuu yhteen tavoitteeseen, on kuitenkin rinnastettavissa ohjeeseen asettaa se etusijalle muihin tavoitteisiin nähden.

20 – Tässä viitataan sitoviin ohjeisiin. On syytä todeta, että TKG:n 10 §:n 2 momentissa ja 11 §:n 1 momentissa jo viitataan komission suositukseen ja komission suuntaviivoihin, ja uusiin markkinoihin on mahdollista soveltaa sitomattomia suosituksia.

21 – Ks. asia C-380/05, Centro Europa 7, tuomio 31.1.2008 (Kok., s. I-349, 81 kohta) ja edellä alaviitteessä 14 mainittu asia komissio v. Puola, tuomion 63 kohta. Asiassa C-387/06, komissio v. Suomi, 10.1.2008 antamansa tuomion 23 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että komission oli esitettävä yksityiskohtaisesti kansallisen sääntelyviranomaisen kaikki valtuudet osoittaakseen, että puitedirektiivin 8 artiklassa asetettujen sääntelyn tavoitteiden saavuttaminen oli hankaloitunut. Vastaavasti asiassa komissio v. Puola antamansa tuomion 66 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin kastoi, että kansalliselle sääntelyviranomaiselle oli annettu ”laajat toimivaltuudet” saavuttaakseen puitedirektiivin 8 artiklassa asetetut tavoitteet.

22 – Ks. asia C-82/07, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tuomio 6.3.2008 (Kok., s. I-1265, 24 kohta).

66. Tällöin myös oletetaan, että kansallisilla sääntelyviranomaisilla, jotka suorittavat varsinaiset arvioinnit, on paremmat mahdollisuudet päättää, kuinka erilaiset tavoitteet on tasapainotettava niiden toteutumisen maksimoimiseksi. Toisin sanoen kansallisen lainsäätäjän päätös asettaa tietty tavoite etusijalle tosiasiallisesti vaikuttaisi tapaan, jolla yhteisön lainsäätäjä on tarkoittanut markkinoiden arvioinnit tehtävän: kansallisten sääntelyviranomaisten tehtävänä on suorittaa arvioinnit ottaen huomioon eri tavoitteet tapauskohtaisesti. Näin ollen yhteisön lainsäätäjä toimi täysin tietoisesti jättäessään valitsematta järjestelmän, jossa yhteisön sääntelyjärjestelmän tavoitteet asetettaisiin tärkeysjärjestykseen, ja antaessaan harkintavaltaa kansallisille sääntelyviranomaisille.

67. Tämän vuoksi Saksa ei voi rajoittaa Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen harkintavaltaa, joka koskee uusilla markkinoilla toteutettavia toimenpiteitä, asettamalla sille TKG:n 9 a §:n 2 momentissa säädettyjen kaltaisia edellytyksiä, joissa annetaan etusija tietylle sääntelyn tavoitteelle. [23]

68. Näin ollen Saksa on laiminlyönyt yhteisön sääntelyjärjestelmän tavoitteita koskevien tai niihin viittaavien säännösten eli puitedirektiivin 7 artiklan 1 kohdan ja 8 artiklan, käyttöoikeusdirektiivin 8 artiklan 4 kohdan ja yleispalveludirektiivin 17 artiklan 2 kohdan mukaiset velvollisuutensa. [24]

C Väitetyt rikkomiset, jotka koskevat avoimuutta, yhteistyöjärjestelmää, markkinoiden määrittelyä ja markkina-analyysia

69. Kaikki muut komission mainitsemat säännökset liittyvät menettelyllisiin toimiin, jotka johtavat Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen päätökseen puuttua tai olla puuttumatta asiaan, kuten esitetään yhteisön sääntelyjärjestelmässä, johon kuuluvat avoimuus, kansallisten sääntelyviranomaisten ja komission välinen yhteistyöjärjestelmä, markkinoiden määrittely ja markkina-analyysi.

70. Koska Saksan kansallisen sääntelyviranomaisen toteuttamista toimenpiteistä on jo todettu, että TKG:hen tehdyt muutokset

23 – Myös edellä alaviitteessä 14 mainittu asia komissio v. Puola, tuomion 42–44 kohta, vahvistaa tämän päätelmän. Mainitussa asiassa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että päättäessään suosia käyttöoikeuksia verkkorakenteisiin laiminlyömällä konkreettiset kilpailuolosuhteet Puola oli pannut puutteellisesti täytäntöön käyttöoikeusdirektiivin ja varsinkin velvollisuuden pyrkiä saavuttamaan puitedirektiivin 8 artiklassa säädetyt tavoitteet.

24 – Puitedirektiivin 8 artiklan 1 kohtaa vastaavia säännöksiä on myös käyttöoikeusdirektiivin 8 artiklan 1 kohdassa ja yleispalveludirektiivin 17 artiklan 1 kohdassa. Komissio ei kuitenkaan ole ottanut tätä seikkaa esille yhteisöjen tuomioistuimessa.

ylittivät Saksan liikkumavaran yhteisön sääntelyjärjestelmän täytäntöönpanon suhteen, merkitystä ei ole sillä, loukkaavatko nämä muutokset myös mainittuja menettelyllisiä seikkoja koskevia Saksan velvoitteita.

IV Ratkaisuehdotus

71. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin toteaa, että hyväksyessään televiestintälain 3 §:n 12 b momentin ja 9 a §:n, joilla muutetaan kyseistä lakia, Saksan liittotasavalta on laiminlyönyt puitedirektiivin 7 artiklan 1 kohdan ja 8 artiklan, käyttöoikeusdirektiivin 8 artiklan 4 kohdan ja yleispalveludirektiivin 17 artiklan 2 kohdan mukaiset velvollisuutensa.