JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

1 päivänä huhtikuuta 2008 [1]

I Johdanto

1. Saksan Bundesverwaltungsgericht (Saksan liittotasavallan hallinnollisia riita-asioita käsittelevä ylin tuomioistuin) pyytää yhteisöjen tuomioistuinta ottamaan kantaa siihen, mikä on kilpailusta telepalvelumarkkinoilla 28.6.1990 annetun komission direktiivin 90/388/ETY (jäljempänä kilpailudirektiivi tai direktiivi 90/388) [2] ja televiestinnän yhteenliittämisestä soveltaen avoimen verkon tarjoamisen (ONP) periaatteita yleispalvelun ja yhteentoimivuuden varmistamiseksi 30.6.1997 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 97/33/EY (jäljempänä yhteenliittämisdirektiivi tai direktiivi 97/33) ulottuvuus eräiden yleispalveluvelvoitteiden rahoittamisessa. [3]

2. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin epäilee määräävässä markkina-asemassa olevalle teleoperaattorille korvattavien liittymislisäkustannusten lainmukaisuutta alalla, jolla on toteutettu vapauttaminen [4] kilpailudirektiivillä [5] ja yhteenliittämisdirektiivillä [6] ja lopuksi vielä antamalla ”uusi sääntelykehys”, [7] joka hyväksyttiin 7.3.2002 ja julkaistiin 24.4.2002. [8]

3. Yritykset, jotka ovat velvollisia maksamaan tätä lisämaksua, kiistävät maksun lainmukaisuuden [9] vedoten vapaata kilpailua,

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.

2 – EYVL L 192, s. 10.

3 – EYVL L 199, s. 32.

4 – Kuvaan tätä kehitystä pääpiirteittäin seuraavissa ratkaisuehdotuksissani: yhdistetyt asiat C-327/03 ja C-328/03, ISIS Multimedia ja Firma O2, tuomio 20.10.2005 (Kok. 2005, s. I-8877); asia C-339/04, Nuova società di telecomunicazioni, tuomio 18.7.2006 (Kok. 2006, s. I-6917) ja hiljattain asia C-64/06, Telefónica 02 Czech Republic, tuomio 14.6.2007 (Kok. 2007, s. I-4887) ja asia C-262/06, Deutsche Telekom, tuomio 22.11.2007 (Kok. 2007, s. I-10057).

5 – Direktiiviä on muutettu 13.3.1996 annetulla komission direktiivillä 96/19/EY täydellisen kilpailun toteuttamiseksi televiestintämarkkinoilla (EYVL L 74, s. 13).

6 – Erityisesti sellaisena kuin se on muutettuna 24.9.1998 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 98/61/EY (EYVL L 268, s. 37), jota sovelletaan ajallisesti.

7 – Em. asiassa Deutsche Telekom antamassani ratkaisuehdotuksessa viittaan tällä ilmauksella neljään Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin, jotka ovat sähköisten viestintäverkkojen ja niiden liitännäistoimintojen käyttöoikeuksista ja yhteenliittämisestä annettu direktiivi 2002/19/EY (jäljempänä käyttöoikeusdirektiivi), sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja koskevista valtuutuksista annettu direktiivi 2002/20/EY (jäljempänä valtuutusdirektiivi), sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annettu direktiivi 2002/21/EY (jäljempänä puitedirektiivi) ja yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla annettu direktiivi 2002/22/EY (jäljempänä yleispalveludirektiivi).

8 – EYVL L 108, s. 7, 21, 33 ja 51.

9 – Vaatimuksesta nauttimiseen sisältyy terminologinen ristiriita, mutta paradokseja on aina esitetty myös tarkoituksellisesti, mistä yksi esimerkki on teoksen nimi "Los esclavos felices" (Onnelliset orjat). Tämän oopperateoksen sävelsi Espanjan Mozartiksi nimetty bilbaolainen Juan Crisóstomo de Arriaga vuonna 1820, ennen kuin hänen elämänsä päättyi nuorella iällä 20-vuotiaana. Arriagan jälkeensä jättämälle musiikille on ominaista monisävyisyys ja miellyttävä modaalinen kaksijakoisuus.

syrjintäkieltoa ja hallinnon avoimuutta koskeviin periaatteisiin.

6. Selvimmin tätä lähentymistä ilmentää uusi kehys, jossa ei esiinny sellaista viranomaisten puuttumista palvelun tarjoamiseen, jossa poliittisen tahdon ensisijaisuus [11] korostuu kaupan vapauden kustannuksella.

II Asiaan sovellettava lainsäädäntö

1. Direktiivi 90/388 [12]

A *Yhteisön oikeus*

4. Televiestintäoperaattoreiden valinnanvapauteen perustuvien, kilpailukykyisten ja yhdenmukaistettujen eurooppalaisten markkinoiden toteuttaminen sai alkunsa vuonna 1987 laaditusta televiestintää käsittelevästä vihreästä kirjasta. [10]

7. Asiassa Italia vastaan komissio annettu tuomio [13] merkitsi televiestinnän maailmassa käännekohtaa, sillä siinä vahvistettiin kilpailujärjestelmän soveltaminen julkisiin laitoksiin, joilla on erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia.

5. Televiestintäalalla vallinnut julkiseen palveluun tai toiminnan antamiseen julkisten toimijoiden tehtäväksi perustunut oikeudellinen käsitys muuttui perusteellisesti alan hallinnollisen sääntelyn purkamisen seurauksena sen jälkeen, kun perinteinen valtionmonopoleihin perustuva järjestelmä, jolla ei pystytty vastaamaan käyttäjien vaatimuksiin, jotka olivat alalla tapahtuneen vallankumouksen seurauksena lisääntyneet jatkuvasti, lakkautettiin.

8. Oikeuskäytännössä tehdyistä korjauksista huolimatta järjestelmässä oli havaittavissa huomattavia puutteellisuuksia, jotka johtuivat alan monimutkaisuudesta ja markkinoiden, joiden yhdentyminen oli toteutettavissa ainoastaan käytännön lainsäädäntötoimien avulla, pysymisestä julkisten toimijoiden hallussa.

9. Odotettu vapauttaminen, joka toteutettiin direktiivillä 88/301/ETY, [14] synnytti paljon

10 – Telepalvelujen ja televiestintälaitteiden yhteismarkkinoiden kehittämistä käsittelevä vihreä kirja, Bryssel, 16.12.1987, KOM(87) 290 lopullinen, s. 6 ja 16 ja sitä seuraavat sivut. Tätä vihreää kirjaa on täydennetty kansalliseen lainsäädäntöön sisällytettyjen valtuuttamismenettelyjen yhdenmukaisuuden takaamiseen tähtäävillä ehdotuksilla, jollaisia sisältyy esimerkiksi ”Vihreään kirjaan televiestinnän infrastruktuurien ja kaapelitelevisioverkkojen vapauttamisesta”, II osa, Bryssel, 25.1.1995, KOM(94) 682 lopullinen, s. 61 ja sitä seuraavat sivut.

11 – Tämä tilanne pantiin merkille myös direktiivissä 90/388, kuten sen johdanto-osan toisesta ja seitsemännestä perustelukappaleesta ilmenee.

12 – Direktiivi on korvattu kilpailusta sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen markkinoilla 16.9.2002 annetulla komission direktiivillä 2002/77/EY (EYVL L 249, s. 21).

13 – Asia 41/83, tuomio 20.3.1985 (Kok. 1985, s. 873, Kok. Ep. VIII, s. 135).

14 – Kilpailusta telepäätelaitemarkkinoilla 16.5.1988 annettu komission direktiivi (EYVL L 131, s. 73).

reaktioita; tämä direktiivi vahvistettiin kaksi vuotta myöhemmin direktiivillä 90/388, jolla erityisoikeudet tai yksinoikeudet poistettiin eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta; näistä poikkeuksista on mainittava puhelinliikenne, jonka siirtyminen vapaan kilpailun piiriin oli hidasta 13.3.1996 annetun komission direktiivin 96/19, jolla edellä mainittua direktiiviä 90/388 muutettiin, antamiseen saakka.

10. Direktiivin 90/388 4 c artiklalla [15] jäsenvaltiot velvoitetaan saattamaan tariffinsa tasapainoon ja esitetään yleisenä ohjeena yleispalvelun tarjoamisen hinnan nostaminen unohtamatta tarvetta ylläpitää tämän palvelun saatavuutta; lisäksi tällä artiklalla pyritään erityiset markkinaolot huomioon ottaen sovittamaan yritysten tuottavuusvaatimukset tarvittavan solidaarisuuden kanssa, jotta mahdollistetaan, että kaikki kansalaiset voivat käyttää hyväkseen näitä palveluja.

2. Direktiivi 97/33 [16]

11. Toisaalta tämä yhdenmukaistamiskehitys, [17] joka on samansuuntainen niiden toimien kanssa, joilla tähdätään operaattoreiden välistä todellista kilpailua rajoittavien esteiden poistamiseen, edisti uusien operaattorien tuloa markkinoille, ja samalla sillä pyrittiin saattamaan kaikille avoimen verkon [18] tarjoamiseen osallistuvat toimijat pysyvästi keskinäiseen tasapainoon.

12. Lisäksi tämä yhteen sovittaminen oli ulotettava infrastruktuureihin pääsyyn ja infrastruktuurien sijoittamiseen, millä voitiin vahvistaa yleisten televerkkojen ja niiden tarjoajien väliset suhteet.

13. Kuten edellä mainitussa asiassa Telefónica O2 Czech Republic [19] antamassani ratkaisuehdotuksessa totesin, tämän tavoitteen johdosta annettiin direktiivi 97/33, joka koskee operaattoreiden väliseen suhteeseen liittyviä tiettyjä taloudellisia seikkoja ja jossa kielletään kustannusten määrittely todellisia kustannuksia alemmalle tasolle ja samalla sillä hillitään mahdollisia kaupallisia ylilyöntejä siten, että kyseisen tason ylittävät maksut kielletään (johdanto-osan kymmenes perustelukappale).

14. Direktiivin 97/33 7 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Yhteenliittämismaksuissa noudatetaan avoimuuden ja kustannuksiin suhteuttamisen periaatetta. Sen organisaation, joka tarjoaa liittymistä palveluihinsa, on todistettava, että maksut perustuvat todellisiin kustannuksiin sisältäen kohtuullisen tuoton investointeihin

15 – Artikla on otettu käyttöön em. direktiivillä 96/19.

16 – Direktiivi on korvattu direktiivillä 2002/21.

17 – Sitä laajennettiin määrätietoisesti telepalvelujen sisämarkkinoiden toteuttamisesta saamalla aikaan avoimen verkon tarjoaminen 28.6.1990 annetulla neuvoston puitedirektiivillä 90/387/ETY (EYVL L 192, s. 1).

18 – Verkosta käytetään englanninkielistä lyhennettä ”ONP”, Open Network Provision.

19 – Ratkaisuehdotuksen 5 ja 6 kohta.

nähden. Kansalliset sääntelyviranomaiset voivat vaatia organisaatiolta täydelliset perustelut yhteenliittämismaksuista ja tarvittaessa vaatia muutosta maksuihin. Tätä kohtaa on sovellettava myös liitteessä I olevassa 3 osassa mainittuihin organisaatioihin, joiden kansallinen sääntelyviranomainen on ilmoittanut olevan merkittävässä markkina-asemassa yhteenliittämisen kansallisilla markkinoilla.

– –”

15. Saman direktiivin 7 artiklan 4 kohdassa säädetään petosten estämiseksi siitä, että yhteisön oikeuden mukaan yhteenliittämismaksut on eriteltävä riittävästi, jotta pyynnön tekijä ei joudu maksamaan mistään sellaisesta, joka ei liity suoranaisesti pyydettyyn palveluun.

16. Lisäksi tilaajille tarjotaan mahdollisuus käyttää minkä tahansa yhteenliitetyn telepalvelujen tarjoajan kytkentäisiä palveluja, mikä ilmenee direktiivistä 98/61, jolla direktiivin 97/33 12 artiklaan on lisätty 7 kohta, jotta kansalliset sääntelyviranomaiset voivat varmistaa, että yhteenliittämisestä veloitettava hinta määräytyy kustannusten mukaisesti ja että perityt välittömät kustannukset eivät estä tämän järjestelyn käyttöä.

17. Kuluttajansuojaan tähtäävässä yhteisön televiestintäalan kilpailujärjestelmässä sovelletaan liittymismaksuja siten, että niihin ei saa sisältyä summia, joita ei ole tarkoitettu kyseessä olevien palvelujen todellisten kustannusten kattamiseen, millä lisätään avoimuutta.[20]

B *Saksalainen lainsäädäntö*

18. Määräävässä markkina-asemassa olevalle teleoperaattorille asetetuista velvoitteista, jotka koskevat käyttöoikeuden ja yhteenliittämisen tarjoamista, säädetään 25.7.1996 annetun Telekommunikationsgesetzin (televiestintälaki, jäljempänä TKG) 35 §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä.[21]

19. Tämän lain 39 §:n ja 27 §:n ja sitä seuraavien pykälien mukaisesti kaikki verkon käyttöoikeuteen liittyvät maksut on esitettävä hyväksyttäviksi, jotta lisenssinsaajalta ei peritä muita kuin hallinnon vahvistamia korvauksia.

20. TKG:n 43 §:n 6 momentti, sellaisena kuin se on muutettuna 21.10.2002 annetulla lailla, muodostaa lainsäädännöllisen perustan korvauksille, joilla katetaan määräävässä

20 – Asiassa C-33/04, komissio v. Luxemburg, 8.12.2005 annetussa tuomiossa (Kok. 2005, s. I-10629) todettiin, että Luxemburgin suurherttuakunta oli laiminlyönyt jäsenyysvelvoitteensa jättäessään noudattamatta avoimuusperiaatetta, koska se ei ollut tarkastuttanut direktiivin 97/33 mukaisesti kustannuslaskentamenetelmien vaatimustenmukaisuutta riippumattomalla toimivaltaisella elimellä eikä ollut julkaissut tätä koskevaa lausuntoa.

21 – BGBl. 1996 I, s. 1120.

markkina-asemassa olevalle operaattorille aiheutuvaa alijäämää. [22]

alkaen Telekom-B2 (paikallinen) -palveluun yhdistämisestä peritään niin sanottu lisämaksu, jolla ei ole yhteyttä kustannuksiin ja jonka suuruus on 0,0004 euroa/minuutti, koska loppuasiakkaiden tälle yhtiölle maksamilla maksuilla ei katettu kokonaisuudessaan tilaajaliittymän käyttöönotosta aiheutuneita kustannuksia.

III Tosiseikasto, pääasian kohteena olevat riidat ja ennakkoratkaisukysymykset

21. Arcor AG & Co. KG, Communication Services TELE2 GmbH ja Firma 01051 Telekom GmbH harjoittavat toimintaansa Saksassa yleisen televerkon kautta tarjoamalla asiakkailleen operaattorin valintapalvelua siten, että ne ovat liittyneet Deutche Telekomin paikallisverkkoon.

22. Sääntelyviranomaiset ovat velvoittaneet Deutsche Telekomin tarjoamaan Telekom-B2 (paikallinen) -palvelua Arcor AG & Co. KG:n, Communication Services TELE2 GmbH:n ja Firma 01051 Telekom GmbH:n maksamaa vastiketta vastaan.

23. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (televiestintää ja postia valvova viranomainen) [23] päätti 29.4.2003 Deutsche Telekomin hakemuksesta ja TKG:n 43 §:n 6 momenttiin vedoten, että 1.7.2003

24. Hieman yli kuukautta myöhemmin komissio määräsi [24] Deutsche Telekomille määräävän markkina-aseman väärinkäytön vuoksi 12 600 000 euron suuruisen sakon, koska maksu, jonka tämä peri kilpailijoiltaan paikallisverkkoon liittämisestä, oli suurempi kuin sen omilta asiakkailtaan kiinteän verkon käytöstä perimä maksu.

25. Sääntelyviranomaiset eivät 23.9.2003 tekemällään päätöksellä puuttuneet (ex nunc) lisämaksujen perimiseen ajanjaksolta 1.7.–23.9.2003.

26. Lisämaksun maksamiseen velvoitetut kolme yritystä ovat riitauttaneet kukin erikseen hallinnollisen päätöksen, jolla lisämaksut hyväksyttiin.

22 – BGBl. 2002 I, s. 4186.

23 – Nykyään Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (sähköstä, kaasusta, televiestinnästä, postista ja rautateistä vastaava liittovaltiotason virasto).

24 – Komission päätös 2003/707/EY, 21.5.2003 (EUVL L 263, s. 9), jota koskeva kanne (T-271/03) saatettiin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsiteltäväksi yli neljän vuotta sitten.

27. Kölnin Verwaltungsgericht (hallintotuomioistuin) hyväksyi 3.11.2005 antamassaan tuomiossa kantajien vaatimukset, jotka perustuivat yhteisön oikeuden ja erityisesti direktiivin 97/33, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 98/61, 7 artiklan 2 kohdan ja 12 artiklan 7 kohdan rikkomiseen.

28. Saksa ja Deutsche Telekom tekivät Revision-valitukset Bundesverwaltungsgerichtiin, joka arvelee, ettei TKG:n 43 §:n 6 momentti ole yhteensopiva yhteisön oikeuden kanssa, minkä vuoksi se on lykännyt asian ratkaisemista ja esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko kilpailusta telepalvelumarkkinoilla 28.6.1990 annettua komission direktiiviä 90/388/ETY ja 30.6.1997 annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 97/33/EY tulkittava niin, että jäsenvaltion sääntelyviranomainen ei voinut vuonna 2003 velvoittaa yleisen televerkon kanssa yhteenliitetyn verkon operaattoria maksamaan määräävässä markkina-asemassa olevalle teleoperaattorille korvausta tilaajaliittymän tarjoamisesta syntyvän alijäämän tasapainottamiseksi?

Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi:

2) Onko kansallisen tuomioistuimen otettava huomioon menettelyssä, joka koskee operaattorin käytön hyväksymistä, että tällainen velvoite, joka on jäsenvaltion lainsäädännön mukainen, on yhteisön oikeuden vastainen?”

IV Asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

29. Tämä ennakkoratkaisupyyntö kirjattiin saapuneeksi yhteisöjen tuomioistuimen kirjaamoon 20.3.2007.

30. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentin 1.6.2007 antamalla määräyksellä nämä kolme asiaa yhdistettiin, koska niillä on objektiivinen yhteys.

31. Saksan hallitus ja Deutsche Telekom, jotka katsovat, että ennakkoratkaisukysymyksiin on vastattava kieltävästi, sekä pääasian kantajina olevat yritykset ja komissio, jotka katsovat, että korvaukset on todettava yhteensoveltumattomiksi, ovat esittäneet asiassa huomautuksia yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 23 artiklassa vahvistetussa määräajassa.

32. Kirjalliseen käsittelyyn osallistuneiden osapuolten ja asianosaisten edustajat ja Yhdistynyt kuningaskunta osallistuivat 19.2.2008 pidettyyn suulliseen käsittelyyn esittääkseen suulliset huomautuksensa.

V Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

A *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*

33. Yhteisöjen tuomioistuin käsittelee parhaillaan useita kanteita, joissa televiestinnällä on merkittävä asema. Televiestintään on sen kehityksen varhaisvaiheista lähtien liitetty taloudellisia mahdollisuuksia, joita sen hyödyntämisen katsotaan synnyttävän.

1. Yleispalvelua koskevia alustavia huomautuksia

34. Myönnettyään vuonna 1876 pitkän oikeusriidan päätteeksi [25] Alexander Graham Bellille puhelimen patentin [26] Yhdysvaltojen kongressi [27] on äskettäin yllättävää kyllä virkistänyt muistiaan ja tunnustanut italialaisen Antonio Meuccin ansiot myöntäessään tämän jo aiemmin, vuonna 1860, esitelleen julkisesti New Yorkissa tämän laitteen toimintaa. Näin ollen kukin osapuoli on vuosien saatossa saanut oman sijansa historiassa. [28]

35. ”Yksi politiikka, yksi järjestelmä, yleispalvelu”. [29] Nämä iskusanat [30] ilmentävät pyrkimystä koko väestön yhteen saattamiseen verkon välityksellä [31] niihin aikoihin, jolloin Bell Systemin ja riippumattomien yhtiöiden välinen kilpajuoksu oli kiivaimmillaan. [32]

25 – Ks. tältä osin Evenson, E., *The Telephone Patent Conspiracy of 1876: The Elisha Gray – Alexander Bell Controversy*, Jefferson (North Carolina), McFarland Publishing, 2000; Catania, B., *Il Governo degli Stati Uniti contro Alexander Graham Bell – Un importante riconoscimento per Antonio Meucci*, AEI-Automazione, Energia, Informazione, nide 86, nro 10, lokakuun 1999 lisänumero, s. 1–12 ja sama tekijä, *Antonio Meucci finally recognized*, Lecture in the presence of the President of Italy, Carlo Azeglio Ciampi, at the Meucci Day in Rome, 28 May 2003.

26 – United States Patent nro 174, 465.

27 – Kongressin 11.6.2002 tekemä päätös nro 269 (107th Congress, 1st session).

28 – Profeetallisen apinan annettua vastauksensa Don Quijote kääntyy Sanchon puoleen ja ennustaa seuraavaa: ”Perästä kuuluu – – aika, joka tuo ilmi kaikki, ei jätä mitään vetämättä päivän valkeuteen, ei sellaistakaan, mikä piilee maan uumenissa”. *Mielevä hidalgo Don Quijote manchalainen*, J. A. Hollon suomennos, WSOY, Juva 1999, toinen osa, XXV luku, s. 215.

29 – ”One policy, one system, universal service”.

30 – Käsitteen loi Yhdysvalloissa vuonna 1907 American Telephone and Telegraph Companyn pääjohtaja Theodore Wail.

31 – Mueller, M., teoksessa *Universal service and the new Telecommunications Act: mythology made law*. Communications of the ACM, Rutgers University SCILS, maaliskuu, 1997 ja Renaudin, E., teoksessa *L'evolution du Service Universel dans le secteur des télécommunications*, DEA Droit public des Affaires, 2003–2004, Universidad Paris X, Nanterre.

32 – Arlandis, J., teoksessa *Service Universal: évolution d'un concept-clé*, *Communications et stratégies*, ensimmäinen neljännes 1994, nro 13, s. 41.

36. Direktiivin 97/33 3 ja 9 artiklasta ilmenee, että tavoitteena on laadukkaan, kohtuuhintaisen palvelun tarjoaminen koko alueelle.

37. Tällä yleishyödyllisellä tehtävällä on omat haittapuolensa, koska vääränlaisella johtamisella on vaarana, että luodaan yhteiskunta, jolle on ominaista jakautuminen kahtia niihin, joilla on mahdollisuus käyttää tiettyjä verkkoja ja palveluja, ja niihin, joille se ei ole mahdollista.

38. Yhteisön oikeudessa on näiden vaikeuksien voittamiseksi huolehdittu sekä kansalaisten tarpeiden täyttämisestä että kilpailusäännöistä tavoittelemalla sekä solidaarisuutta että yritysten vapautta unohtamatta myöskään tästä aiheutuvien kustannusten laskemista tai niiden jakamista kaikkien toimijoiden kesken, kuten yhteenliittämisdirektiivin 5 artiklasta ja yleispalveludirektiivin 12–14 artiklasta ilmenee.

39. Historiallisen toimijan ja yleispalvelun tarjoajan käsitteiden erottaminen toisistaan on näin ollen väistämätön seuraus, jolloin jokainen yksityinen yritys, jolla on riittävät valmiudet, voi suorittaa tätä tehtävää ja valtiolle jää holhoajan tehtävän sijasta pelkkä sääntelijän tehtävä, jotta vältetään tuomarin roolin ja asianosaisen roolin välinen sekoittuminen. [33]

33 – Renaudin, E., em. teos, s. 11.

2. Paikallispuhelut yleispalvelun osana

40. Paikallispuhelut kuuluvat yleispalvelun piiriin, kuten avoimen verkon tarjoamisen (ONP) soveltamisesta puhelintoimintaan ja teleyleispalvelusta kilpailuympäristössä 26.2.1998 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 98/10/EY [34] 5 artiklan 2 kohdasta ja direktiivin 2002/22 4 artiklan 2 kohdasta ilmenee.

41. Tästä huolimatta Saksan hallituksen tukema entinen monopoliyhtiö tulkitsee väitteissään direktiivin 90/388 4 c artiklaa omintakeisella tavalla, jossa ei mielestäni ole järkeä.

42. Monopoliyhtiö väittää, ettei kyseistä säännöstä sovelleta, koska Deutsche Telekomilla ei ole yleispalveluvelvoitetta.

43. Erot, joita voidaan havaita yhteisön eri kielillä laadituissa säännöksen sanamuodoissa, [35] vaikuttavat kuitenkin

34 – EYVL L 101, s. 24.

35 – Direktiivin 4 c artiklan käännökset poikkeavat toisistaan: ranskalainen käännös (”imposées”) ja saksalainen käännös (”auferlegt wurden”) ilmentävät ajatusta pakosta, kun taas englantilaisessa käännöksessä (”entrusted”), italialaisessa käännöksessä (”assegnati”) tai espanjalaisessa käännöksessä (”confiadas”) viitataan näihin velvoitteisiin joustavammalla ilmauksella.

merkityksellisiltä, minkä vuoksi säännöksen asianmukainen tulkinta edellyttää säännöksen yleisen rakenteen ja sen taustalla olevan teleologisen kriteerin arvioimista [36] niin, että muut kieliversiot otetaan samalla huomioon. [37]

44. Mainittua väitettä on tätä tulkintatapaa käyttäen helppo tulkita, mikäli tarkastelun lähtökohdaksi otetaan vapauttaminen, jonka alalla kaikilla velvoitteilla on toissijainen ulottuvuus. Vain jos operaattorit eivät voisi suorittaa yleispalvelua, hallinnollista puuttumista ja vastuiden jakamista ei voisi puolustaa. Niin kauan kuin kyse ei ole tästä poikkeuksellisesta tilanteesta, yleispalveluvelvoitteet on sovitettava markkinaperiaatteisiin.

45. Tosiseikat osoittavat joka tapauksessa, että Deutsche Telekomilla oli ennen vapauttamista ja sen jälkeen (yli 95 prosentin) osuus paikallispuheluiden yleispalvelusta.

36 – Asia 19/67, Van der Vecht, tuomio 5.12.1967 (Kok. 1967, s. 445); asia 30/77, Bouchereau, tuomio 27.10.1977 (Kok. 1977, s. 1999, Kok. Ep. II, s. 485) sekä myöhemmin asia C-482/98, Italia v. komissio, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I- 10861); asia C-1/02, Borgmann, tuomio 1.4.2004 (Kok. 2004, s. I-3219) ja asia C-63/06, Profisa, tuomio 19.4.2007 (Kok. 2007, s. I-3239).

37 – Asia C-372/88, Cricket St. Thomas, tuomio 27.3.1990 (Kok. 1990, s. I-1345, 19 kohta).

3. Yleispalvelun rahoittaminen

a) Tariffien tasapainottaminen [38]

46. Julkisasiamies Léger muistuttaa, [39] että kun perusedellytykset puheluiden kilpailulle avaamiselle ovat olemassa, todellinen kilpailu edellyttää tariffien sopusointuisuutta, jotta voidaan estää operaattoreiden toiminnan keskittyminen kannattavimpiin segmentteihin (eli kansallisiin puheluihin ja ulkomaanpuheluihin), jolloin vähemmälle huomiolle jäävät heikommin kannattavat palvelut (paikallispuhelut), joiden tarjoaminen perustuu samalla tavalla yleispalveluperiaatteeseen.

47. Direktiivi 90/388 ja direktiivi 96/19, jolla direktiiviä 90/388 on muutettu, ovat tältä osin suuntaa antavia. Direktiivin 96/19 johdanto-osan 20 perustelukappaleessa kuvaillaan tilannetta, jota direktiivillä on tarkoitus muuttaa ja jossa osa puhelutyypeistä on kannattamattomia ja niitä tuetaan saman yrityksen muiden toimintasegmenttien tuotoilla.

48. Keinotekoisen alhaiset paikallispuheluiden hinnat haittasivat kilpailua, ja mahdol-

38 – Englanninkielinen ilmaus on ”rebalancing”.

39 – Ratkaisuehdotuksensa 3 ja 4 kohdassa. Ratkaisuehdotus esitettiin 10.7.2003 asiassa C-500/01, komissio v. Espanja, jossa annettiin tuomio 7.1.2004 (Kok. 2004, s. I-583).

lisilla kilpailijoilla ei ollut niiden takia intoa hakeutua vähemmän kannattaville aloille.

49. Asiassa komissio vastaan Espanja 7.1.2004 antamassaan tuomiossa [40] yhteisöjen tuomioistuin toteaa, että direktiivin 90/388 4 c artiklassa ei säädetä tariffien tasapainottamiselle määräaikaa ja että useat seikat direktiivissä 96/19 osoittavat, että tasapainottaminen on toteutettava säännöllisessä rytmissä viimeistään 1.1.1998 (32 kohta).

50. Direktiivin 96/19 johdanto-osan viidennessä perustelukappaleessa luetellaan määräaikoihin sovellettavat poikkeukset, joita voidaan perustella verkkojen kehittymättömyydellä [41] tai niiden pienuudella, [42] mutta tällöin mukaan on liitettävä aina tarkka aikataulu.

51. Esillä olevassa asiassa yhtäkään näistä poikkeuksista ei voida perustella, joten näiden maksujen oli oltava Saksassa symmetrisiä vuonna 2003. Näiden aikarajojen noudattamatta jättämisen vuoksi yhteisöjen tuomioistuin on samankaltaisessa asiassa todennut Ranskan laiminlyöneen jäsenyysvelvoitteensa osoitettuaan ensin, että muutetun direktiivin 90/388 4 c artiklan kolmannessa kohdassa tarkoitettua tariffien tasapainottamista ei ollut saatettu päätökseen 1.1.1998 ja että Ranskan hallitus ei ollut ilmoittanut komissiolle jäljellä olevan tariffien epätasapainon tulevaa asteittaista poistamista koskevista suunnitelmistaan eikä niiden yksityiskohtaista toteuttamisaikataulua. [43]

b) Päällekkäistuet: epäasianmukainen rahoitusväline kilpailulle avatuilla markkinoilla

52. Vapauttamisen myötä direktiivissä 97/33 käytetään ainesosina oikeudenmukaisuutta ja oikeasuhteisuutta maustettuna syrjimättömyyden periaatteella (johdanto-osan toinen perustelukappale) yhteentoimivuuden edellytysten mukauttamiseksi siten, että toiminnoista pidetään erillistä kirjanpitoa epäoikeudenmukaisista päällekkäistuista mahdollisesti aiheutuvien kaikenlaisten vaikeuksien välttämiseksi, [44] sillä nämä päällekkäistuet ovat aina vaikeasti sulatettavissa vapaan kilpailun ruokapöydässä.

53. Vaikka tämäntyyppiset sisäiset siirrot olivat hyväksyttäviä monopolijärjestelmässä, jossa rajoituksista vapaiden toimintojen tuotolla katettiin yhteiskunnallisten palvelujen (kuten yleispalvelun) tarjoamisesta aiheutuvia tappioita, niitä ei voida hyväksyä uudessa vapauttamiseen perustuvassa järjestelmässä, koska määräävässä markkina-asemassa olevat yritykset voisivat käyttää niitä aseena kilpailijoidensa syrjäyttämiseksi sitä kautta, että ne voisivat soveltaa

40 – Edellisessä alaviitteessä mainittu asia C-500/01.

41 – Tämä koski Espanjaa, Irlantia, Kreikkaa ja Portugalia.

42 – Kyseessä on selvästi Luxemburg.

43 – Asia C-146/00, komissio v. Ranska, tuomio 6.12.2001 (Kok. 2001, s. I-9767, 35 kohta).

44 – Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law, 4. painos, s. 939.

tietoisesti saalistushintoja,[45] joiden vaikutus ei kohdistu kyseessä oleviin tilaajiin vaan muihin operaattoreihin, kuten pääasian kantajat toteavat huomautuksissaan.

54. Tämä johtaa kilpailun vääristymiseen, koska lisämaksujen maksamiseen velvoitettujen uusien operaattoreiden on tuottonsa säilyttääkseen korotettava omia hintojaan kilpailukykynsä kustannuksella, joten ei voida mitenkään perustella Saksan hallituksen suullisessa käsittelyssä esittämää perustelua hyödyn koitumisesta vaihtoehtoisille operaattoreille, muun muassa Arcorille.

55. Tästä seuraa, että Deutsche Telekom on muita edullisemmassa asemassa EY 82 artiklan ja sitä seuraavien artiklojen vastaisen protektionismin ansiosta, ja lisäksi tämä protektionismi vaikuttaa endogaamiselta, koska Deutsche Telekom on huomautuksissaan myöntänyt, että Saksan liittotasavallan osuus yhtiön pääomasta oli 31,7 prosenttia, vaikkakin Firma 01051 Telekom GmbH:n edustaja on suullisessa käsittelyssä väittänyt täksi prosenttiosuudeksi jopa 43:a prosenttia.[46]

c) Liittymäalijäämä

56. Alijäämä syntyy, kun paikallisliityntäverkon käyttömahdollisuuden antamisesta uusille yrityksille aiheutuvat kustannukset ovat tällä osa-alueella saatuja tuloja suurempia.

57. Ongelma juontaa juurensa sellaiseen monopolijärjestelmään, jossa taloudelliset parametrit määräytyvät loppuasiakkaan toimien mukaan ja liian suuret maksut eivät ole mahdollisia solidaarisuussyistä, minkä seurauksena palvelun todelliset kustannukset jäävät kattamatta.

58. Saksan hallituksen ja Deutsche Telekomin esittämää olettamaa ei voida kuitenkaan enää pitää yhteisön oikeuden mukaisena, koska käännekohta oli 1.1.1998 ja sitä voitiin lykätä 1.1.2000 saakka sen varmistamiseksi, että entiset monopoliyhtiöt voivat käyttää siirtymäkauden uudistusten omaksumiseen ja tasapainottaa sen aikana perimiään summia.

59. Tämä käy ilmi 8.4.1998 annetusta komission suosituksesta 98/322/EY[47] ja

45 – Asiassa C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio, 14.11.1996 annetussa tuomiossa (Kok. 1996, s. I-5951) lueteltiin tapoja hintojen osoittamiseksi saalistushinnoiksi.

46 – Yhteisöjen tuomioistuin ei asiassa C-463/00, komissio v. Espanja, 13.5.2003 antamassaan tuomiossa (Kok. 2003, s. I-4581) ja yhdistetyissä asioissa C-463/04 ja C-464/04, Federconsumatori ym., 6.12.2007 antamassaan tuomiossa (Kok. 2007, s. I-10419) jättänyt huomiotta ”sellaisten huolenaiheiden olemassaoloa, joilla olosuhteiden mukaan voidaan perustella se, että jäsenvaltiot säilyttävät tietyn määräysvallan alun perin julkisissa ja sittemmin yksityistetyissä yrityksissä silloin, kun kyseiset yritykset toimivat yleishyödyllisten palvelujen alalla tai strategisella alalla”.

47 – Yhteenliittämisestä vapautetuilla telemarkkinoilla (Osa 2 – Erillinen kirjanpito ja kustannuslaskenta) (EYVL L 141, s. 6).

sitä edeltäneestä, 27.11.1996 annetusta tiedonannosta. [48]

60. Syy on ilmeinen. Yhteenliittämismaksujen ja yleispalvelumaksujen välinen jako hämärtyisi, jos hyväksyttäisiin muita maksuja, jotka olisivat vaihtoehtona mainitulle hintojen tasapainolle, jonka takia on nimenomaan suotavaa poistaa operaattorin ennaltavalinnan esteet ja luopua mahdollisesta alijäämästä.

d) Liittymislisämaksut: lyhytaikainen toimenpide

61. Saksan ja Deutsche Telekomin väitteet siitä, ettei tällaista rahoitusta kielletä tarkastelun kohteena olevissa direktiiveissä, ovat perusteettomia.

62. En voi olla korostamatta, että on ristiriitaista väittää yhtäältä, että määrät, jotka ovat palvelun tarjoamisesta aiheutuneita todellisia kustannuksia alempia, ovat direktiivin 90/388 4 c artiklan nojalla lainvastaisia, ja toisaalta, että tämä artikla ei ole esteenä niiden korvaamisen jatkamiselle.

63. On ilmeistä, että jos nämä alijäämät eivät ole yhteisön oikeuden mukaan suotavia, se, että ehdotetaan mahdollisuutta niiden tasoittamiseen tämäntyyppisten korvausten avulla, tarkoittaa alijäämien käytön jatkamista. [49]

64. Näin syntyy vaikutelma siitä, että pääasialla ja sille liitännäisellä asialla on sama kohtalo [50] siten, että saatavan kuolettaminen tarkoittaa myös sen seurausten kuolettamista.

65. Deutsche Telekom murehtii luulosairaan tavoin [51] mennyttä saatavaansa, josta se on mielestäni yksinään vastuussa.

66. Olen samaa mieltä kaikkien ennakkoratkaisua koskevaan keskusteluun osallistuneiden tahojen kanssa siitä, että paikallisliityntäverkosta vuonna 2003 aiheutuneet tappiot johtuvat määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan taktiikasta, sillä en näe mitään estettä sille, ettei se olisi voinut vapautua tappioista tariffeja korottamalla.

48 – Teleyleispalvelun kustannuslaskentaa ja rahoitusta koskevien kansallisten järjestelmien arviointiperusteista ja jäsenvaltioille annettavista järjestelmien toimintaa koskevista pääperiaatteista 27.11.1996 annettu komission tiedonanto (KOM(96) 608).

49 – Tämän mainitsee huomautuksissaan Firma 01051 Telecom GmbH.

50 – Pääasiallisen asian kaatuessa myös liitännäinen asia kaatuu (Sublato principali, tollitur accessorium).

51 – Molière, *Le malade imaginaire (Luulosairas)*, Larousse, Paris, 1998. Teos on irvokas kertomus kuvitteellisten sairauksiensa orjan, luulosairaan Arganin koettelemuksista. Hän pyrkii naittamaan tyttärensä Angéliquen lääkärin pojalle, koska tällaisen sukulaissuhteen avulla hän varmistaisi itselleen lääkärihoidon loppuelämäkseen.

67. Deutsche Telekomin selitykseksi esittämät väitteet ovat yllättäviä. Deutsche Telekomin mukaan nyt esillä olevaan asiaan ei ole mahdollista soveltaa asiassa komissio v. Espanja annetusta tuomiosta ilmenevää oikeuskäytäntöä, [52] sillä tässä tapauksessa vastuu taloudellisista eroista jaettiin televiestintäorganisaation ja kansallisten viranomaisten kesken, mikä tilanne ei Deutsche Telekomin mukaan toteudu, kun kyse on ”yksinomaan yrityksestä johtuvasta alijäämästä”. [53]

68. Espanja sai sääntelyviranomaisten asettamien ehdottomien hintarajojen takia yhteisöjen tuomioistuimelta tuomion siitä, ettei se ollut pannut näitä direktiivejä täytäntöön, mutta mielestäni on myönnettävä, että vaikka liikkumavaraa olisi olemassa, yritysten välinen jalo kilpa vaarantuu myös silloin, kun jokin yhtiö hyötyy eristä, joiden tarkoituksena on yhtiön pääoman tukeminen.

69. Yleispalvelun rahoittaminen yksinomaan kustannuslähtöisesti tarkoittaa sitä, että kunkin tilaajan on kustannettava liittymämaksuilla tilaajaliittymä, jonka lopullinen vastaanottaja tilaaja on, ja vain, jos vakiintuneella operaattorilla on vaikeuksia tariffiensa tasoittamisessa, mistä tässä tapauksessa ei ole kyse, alijäämän käyttö [54] ja sen korvaaminen on perusteltua, muttei tietenkään silloin, kun tappiot johtuvan yrityksen omasta liikestrategiasta.

70. Yhdyn komission väitteeseen, jonka mukaan liittymiskustannusten kattamiseen tarkoitetut lisämaksut eivät tarkoita yhteenliittämispalvelusta maksettavaa korvausta, ja puollan kantaa, jonka mukaan sellaisessa tilanteessa, jota eivät hankaloita sääntelylliset esteet, näiden maksujen periminen muiden maksujen lisäksi tarkoittaa yhteisön oikeudessa kiellettyä, likimain valtiontukea vastaavaa peiteltyä rahoitusmekanismia. [55]

71. Mahdollisiin yleispalveluvelvoitteista johtuviin perusteettomiin rasitteisiin on kuitenkin reagoitava, koska niiden oikaisemisella edistetään järjestelmiä, joissa rasitteet jaetaan tasapuolisesti.

72. Tämä ei ole täysin ehdotonta, sillä oikeuskäytännön mukaan [56] EY 87 artiklan 1 kohdalla ei tarkoiteta yleispalveluvelvoitteiden perusteella suoritettuja tiettyjä hallin-

52 – Em. asia C-500/01.

53 – Saksan hallitus korosti suullisessa käsittelyssä, että Deutsche Telekom oli ollut jo joulukuusta 1997 lähtien vapaa saattamaan hintansa tasapainoon.

54 – Yhteenliittämisestä vapautetuilla telemarkkinoilla 8.1.1998 annetun komission suosituksen 98/195/EY (Osa 1: Yhteenliittämisen hinnoittelu) (EYVL L 73, s. 42) liite I.

55 – Yhteisöjen tuomioistuin käsitteli asiassa 30/59, Steenkolenmijnen in Limburg v. korkea viranomainen, 23.2.1961 antamassaan tuomiossa (Kok. 1961, s. 1, Kok. Ep. I, s. 69) tukea laajana käsitteenä. Tuomiossa tarkastellaan tukien kaltaisten positiivisten suoritusten lisäksi myös muunlaisia suorituksia, jotka alentavat eri tavoin yritysten vastattavaksi tavallisesti kuuluvia kustannuksia. Tähän liittyy niiden suoritusten kieltäminen, joilla suositaan yrityksiä suoraan tai välillisesti millä tahansa tavalla tai jotka katsotaan sellaiseksi taloudelliseksi eduksi, jota edunsaajayritys ei olisi saanut tavanomaisissa olosuhteissa (asia C-39/94, SFEI ym., tuomio 11.7.1996, Kok. 1996, s. I-3547, 60 kohta ja asia C-342/96, Espanja v. komissio, tuomio 29.4.1999, Kok. 1999, s. I-2459, 41 kohta).

56 – Tältä osin ks. julkisten liikennepalvelujen osalta asia C-280/00, Almark Trans ja Regierungspräsidium Magdeburg, tuomio 24.7.2003 (Kok. 2003, s. I-7747); jäteöljyjen keruuta ja hävittämistä koskevien korvausten osalta asia 240/83, ADBHU, tuomio 7.2.1985 (Kok. 1985, s. 531) ja sen osalta, että lääketehtaille määrätty suoramyyntivero jätetään kantamatta tukkukauppias-jakelijoilta, kun tämä vero vastaa jälkimmäisille heidän julkisen palvelun velvoitteidensa täyttämisestä todellisuudessa aiheutuneita lisäkustannuksia, asia C-53/00, Ferring, tuomio 22.11.2001 (Kok. 2001, s. I-9067).

nollisia toimia,[57] mikäli ne eivät paranna yritysten asemaa.

73. On kuitenkin pantava merkille selkeä pyrkimys välttää yhdenvertaisten toimijoiden vastarintaa, ja tämän takia jäsenvaltiot voivat direktiivin 90/388 4 c artiklan nojalla jakaa televiestinnän alalla mainitut epätaloudelliset vaikutukset perimällä lisämaksuja tai yleispalvelurahaston avulla, kunhan tätä ”tarvitaan”.

74. On selvää, että tällainen epämääräinen oikeudellinen käsite tarkentuu vain sellaisten sääntelytoimien avulla, joilla kielletään taloudellinen rinnastaminen paikallisliityntäverkon kustannuksiin, koska ilman tällaisia esteitä näitä lisämaksuja ei voida perustella.[58]

75. Huoli tappioiden kattamisesta tulee jälleen esiin direktiivin 97/33 5 artiklan 1 ja 3 kohdassa, joista ilmenee, että on tärkeää, että korvaukset lasketaan ainoastaan palvelun välittömiin kustannuksiin perustuvien vertailukelpoisten suuruuksien avulla,[59] mistä ei ole kyse esimerkiksi pääasioissa esillä olevissa hyväksymisissä, jotka kohdistuvat jokaiseen yritykseen ilman kokonaisnäkemystä.

76. Arviointi voidaan päättää yleispalveludirektiivin 13 artiklan 1 kohdan a ja b alakohtaan, joissa esitetään ratkaisuksi julkisten varojen käyttämisen lisäksi korvausten keräämistä yhteisesti kaikkien palveluntarjoajien kesken, minkä kanssa ovat ristiriidassa myös yritysten väliset yksittäiset rahasuoritukset.

77. Näin ollen jokainen toimenpide, jolla on tarkoitus suhteellistaa tämä säädetty tasapainottaminen, sopii huonosti yhteen yhteisön säännöstön kanssa, jolla edistetään jäsenvaltioiden vastuuta niiden hintojen vahvistamisessa,[60] jotka voivat tarvittaessa tarkoittaa vain läpinäkyviä korvauksia ja sellaisia korvauksia, joihin ei liity yhteistoimintajärjestelyjä.

78. Televiestintämarkkinoiden kaltaisilla julkisilla markkinoilla avoimuus[61] on aivan erityisen tärkeää, koska kyse on yleisestä edusta ja operaattoreiden välisen yhdenvertaisuuden kunnioittamisesta, jotka ovat olennaisia näkökohtia, joita ei pidä arvioida pinnallisesti.

79. Kaiken edellä esitetyn perusteella yhteisöjen tuomioistuimen olisi vastattava

57 – Tämä käsite kuuluu pikemminkin Espanjan tai Ranskan oikeusperinteeseen kuin anglosaksiseen oikeusperinteeseen.

58 – Tältä osin komission suosituksella 98/195 on olennainen merkitys.

59 – Tämä jo sinänsä edellyttää televiestinnän alan toimijoille määrättävien yksittäisten maksujen määrittelyä.

60 – Komission suosituksen 98/195 kolmannessa perustelukappaleessa muistutetaan asianmukaisesti siitä, että yhteenliittämistariffien soveltaminen on toissijaisuusperiaatteen mukaan jäsenvaltioiden tehtävä.

61 – Avoimuuden periaatteen asteittainen vahvistaminen oikeuskäytännössä ilmentää sen luonnetta yhteisön oikeuteen kuuluvana kirjoittamattomana lähteenä: asia C-87/94, komissio v. Belgia, tuomio 25.4.1996 (Kok. 1996, s. I-2043) ja asia C-275/98, Unitron Scandinavia ja 3-S, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8291).

ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen siten, että kilpailu- ja yhteenliittämisdirektiivit ovat ristiriidassa sellaisen sääntelyn, kuten Saksan lainsäädäntöön sisältyvän sääntelyn kanssa, jossa hyväksytään määräävässä markkina-asemassa olevan operaattorin alijäämän tasapainottamiseksi maksut, joilla ei ole mitään yhteyttä yhteenliittämiskustannuksiin ja joita ei lasketa yksinomaan palvelun kustannusten perusteella.

B *Toinen ennakkoratkaisukysymys*

80. Kun ensimmäinen kysymys on selvitetty, on oikaistava kansallisen tuomioistuimen esittämät oletukset siitä, ettei nyt esillä olevia direktiivejä ole tarpeen asettaa etusijalle niiden kanssa ristiriidassa oleviin kansallisiin säännöksiin nähden.

81. On välttämätöntä puolustaa yhteisön oikeuden ensisijaisuutta ja arvioida yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön nojalla sitä, voiko näillä säännöksillä olla oikeusvaikutuksia, poistamalla käsitteellinen sekaannus, joka vääristää todellisuuden selkeää ymmärtämistä.

1. Varaukseton ensisijaisuus

82. Yhteisön oikeuden ensisijaisuus edellyttää, että yhteisön oikeuden primaarioikeudellisilla normeilla samoin kuin sen johdetuilla normeilla on kaikissa jäsenvaltioissa sama merkitys, sama sitovuus ja samankaltainen sisältö. Näitä tavoitteita on mahdoton saavuttaa ilman yhteisön oikeuden ehdotonta ensisijaisuutta. [62]

83. Tämä voima kuitenkin menetetään, jos ensisijaisuuden jakamattomuus tai sen ehdoton luonne kyseenalaistetaan ja jos kiistetään, että tämä periaate koskee kaikkea yhteisön oikeutta ja sitä on sovellettava kaikkien kansallisen oikeuden säännösten sijasta.

84. Tämän mukaisesti yhteisöjen tuomioistuin on todennut Euroopan rakentamisen alkuvaiheissa, [63] että ”mitään kansallisia säännöksiä ei voida asettaa tuomioistuimessa etusijalle perustamissopimukseen perustuvaan oikeuteen nähden” ja lisäksi että ”yhteisön oikeuden määräykset ja säännökset ovat ensisijaisia kaikkiin niiden kanssa ristiriidassa oleviin kansallisiin sääntöihin nähden”, minkä perusteella voidaan olettaa, että ensisijaisuus ulottuu varauksettomasti myös jäsenvaltioiden perustuslakeihin.

85. Asiassa Pfeiffer antamassani toisessa ratkaisuehdotuksessa [64] ilmaisen lisäksi olevani eri mieltä niiden osapuolten kanssa, jotka ovat väittäneet, että ainoastaan yhteisön primäärioikeuden tai enintään asetuksen ensisijaisuuteen voidaan vedota. Tällaista erottelua on pidettävä keinotekoisena ja virheellisenä.

62 – Simon, D., *Le système juridique communautaire*, 2. painos, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, s. 284.

63 – Asia 6/64, Costa v. ENEL, tuomio 15.7.1964 (Kok. 1964, s. 1141, Kok. Ep. I, s. 211).

64 – Yhdistetyt asiat C-397/01–C-403/01, Pfeiffer ym., tuomio 5.10.2004 (Kok. 2004, s. I-8835) ja 27.4.2004 annettu ratkaisuehdotus, jonka 42 kohdassa arvioin asiassa Simmenthal annettua tuomiota, jossa yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi sekä perustamissopimuksen määräysten että toimielinten antamien välittömästi sovellettavien säännösten ensisijaisuuden. Lisäksi olen sitä mieltä, että joka kerta, kun on katsottu, että jonkin jäsenvaltion oikeussääntö on ristiriidassa yhteisön säännöksen kanssa, on lähes 40 vuoden ajan toistettu, että yhteisön oikeus on ensisijainen lähteestä riippumatta, olipa kyseessä perustamissopimus, asetus tai direktiivi.

2. Kilpailu- ja yhteenliittämisdirektiivien välittömät oikeusvaikutukset

86. Yhteisöjen tuomioistuin alkoi kehittää välittömän oikeusvaikutuksen teoriaa asiassa Van Gend & Loos antamassaan tuomiossa, [65] ulotti sen direktiiveihin asiassa Van Duyn [66] ottamalla huomioon ”yksityisille perustetut oikeudet” [67] ja systematisoi tämän teorian tuomioissaan Ratti [68] ja Ursula Becker. [69]

87. Yhteisöjen tuomioistuin antoi varovaisesti vaa'an kielen kallistua direktiivin toiminnallisuuden puoleen katsoessaan, että direktiiviin voidaan vedota, jos se on ehdoton ja riittävän täsmällinen, [70] jos määräajassa ei ole toteutettu toimenpiteitä ja jos kansalliseen lainsäädäntöön nähden ei ole ristiriitoja, jotka johtuisivat puutteellisesta tai riittämättömästä täytäntöönpanosta. [71]

88. Tällä tavalla yksityiset vahvistavat direktiivin oikeudellista soveltamisalaa ja sen hyödyllinen vaikutus vahvistetaan yhteisön oikeudessa ilman, että tätä vaikutusta vähentäisivät yhteisön oikeuden direktiivien täytäntöönpanon mahdollinen laiminlyöminen tai niiden virheellinen täytäntöönpano.

89. Nämä seikat muodostavat yhdessä perustan, johon direktiivin 90/388 4 c artiklan ja direktiivin 97/33 12 artiklan 7 kohdan, jotka ovat ristiriidassa TKG 1996:n 43 §:n 6 momentin kanssa, välitön soveltaminen nojaa. [72]

90. Kun kansallista oikeutta ei ole mahdollista tulkita yhteisön oikeuden mukaisella tavalla, puuttuminen tuomioistuimen toimintaan sopusoinnun saavuttamiseksi tarkoittaa oikeudellisen luomisen ja tulkitsemisen välisen hienonhienon rajan häivyttämistä. [73]

91. Riidanalaisista säännöksistä ilmenee, että muiden ylimääräisten maksujen kuin liittymiskustannuksiin perustuvan maksun periminen oli Saksassa lainvastaista 1.1.1998 alkaen (direktiivin 90/388 4 c artikla) kustannuksiin suhteuttamista koskevan periaatteen mukaisesti (direktiivin 97/33 7 artiklan 2 kohta ja 12 artiklan 7 kohta).

65 – Asia 26/62, Van Gend & Loos, tuomio 5.2.1963 (Kok. 1963, s. 1, Kok. Ep. I, s. 161).

66 – Asia 41/74, Van Duyn, tuomio 4.12.1974 (Kok. 1974, s. 1337, Kok. Ep. II, s. 395).

67 – Yhteisöjen tuomioistuin on painottanut tätä näkökohtaa seuraavissa tuomioissa: asia 67/74, Bonsignore, tuomio 26.2.1975 (Kok. 1975, s. 297, Kok. Ep. II, s. 463); asia 36/75, Rutili, tuomio 28.10.1975 (Kok. 1975, s. 1219, Kok. Ep. II, s. 495); asia 48/75, Royer, tuomio 8.4.1976 (Kok. 1976, s. 497, Kok. Ep. III, s. 79); asia 30/77, Bouchereau, tuomio 27.10.1977 (Kok. 1977, s. 1999, Kok. Ep. III, s. 485); asia 118/75, Watson ja Belmann, tuomio 7.7.1976 (Kok. 1976, s. 1185, Kok. Ep. III, s. 153); asia 8/77, Sagulo ym., tuomio 14.7.1977 (Kok. 1977, s. 1495, Kok. Ep. III, s. 431) ja asia 157/79, Pieck, tuomio 3.7.1980 (Kok. 1980, s. 2171, Kok. Ep. V, s. 275).

68 – Asia 148/78, tuomio 5.4.1979 (Kok. 1979, s. 1629, Kok. Ep. IV, s. 473).

69 – Asia 8/81, tuomio 19.1.1982 (Kok. 1982, s. 53, Kok. Ep. VI, s. 295).

70 – Wathelet, M., katsoo kirjoituksessaan ”Du concept de l'effet direct à celui de l'invocabilité au regard de la jurisprudence récente de la Cour de Justice”, *A true European Law. Essays for Judge David Edward*, Mark Hoskins & William Robinson, Oxford and Portland, Oregon, 2003, s. 370, että täsmällisyyttä ja ehdottomuutta on edellytettävä yhdessä vain, kun yhteisön säännöön vetoamisella pyritään saamaan tämä sääntö kansallisen säännön sijalle, mutta ei silloin, kun sillä pyritään pelkkään poissulkemiseen, vaikkakin myös näissä tapauksissa oikeuskäytännössä on edellytetty täsmällisyyttä ja ehdottomuutta.

71 – Asia 103/88, Fratelli Costanzo, tuomio 22.6.1989 (Kok. 1989, s. 1839, Kok. Ep. X, s. 95) ja asia C-319/97, Kortas, tuomio 1.6.1999 (Kok. 1999, s. I-3143).

72 – Tältä osin yhdyn ennakkoratkaisupyyntöä koskevaan päätökseen (44 kohta ja sitä seuraavat kohdat), jossa ei selvästikään kyseenalaisteta täsmällisten ja ehdottomien oikeuksien sisältymistä näihin direktiiveihin.

73 – Emmert, F.,”Les jeux sont faits: rien ne va plus ou une nouvelle ocassion perdue par la CJCE”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nro 1, 1995, s. 17.

92. Tässä ei ole kyse abstrakteista periaatteista vaan konkreettisista oikeudellisista säännöistä, joiden nojalla teleoperaattorilla on oikeus siihen, että yhteenliittämismaksuun sisällytetään ainoastaan paikallisliityntäverkon kustannukset.

93. Lisäksi näiden säännösten oikeudellisena perustana on vapaan kilpailun periaate,[74] jonka osalta yhteisöjen tuomioistuin on tunnustanut[75] sen kyvyn luoda sellaisia oikeuksia, joilla on välittömiä oikeusvaikutuksia myös yksityisten välisiin suhteisiin (horisontaalinen vaikutus) ja joiden turvaaminen on kansallisten tuomioistuinten tehtävä.

94. Tariffin suuruuden lopullisessa asettamisessa kiinnekohtana on tariffien ”kustannuslähtöisyyden” käsitteen käytännön toteuttaminen, eikä tämä hämärrä edellä mainitun oikeuden olennaista sisältöä.

95. Saksan hallituksen ja Deutsche Telekomin esittämien voimakkaiden väitteiden, joilla ne pyrkivät hämärtämään näiden säännösten täsmällisyyttä, vikana on se, että näiden väitteiden sanamuoto on varsin hämäävä, ja tämä sekaannus hälvenee, kun huomataan, että on virheellistä samaistaa toisiinsa epämääräisen käsitteen ”integroiminen” ja direktiivin ”täytäntöönpano”.

96. Näin ollen kansalliset sääntelyviranomaiset määrittelevät tariffin suuruuden, ja niiden tässä määrittelyssä käyttämä oikeudellinen perusta on niin täsmällinen ja ehdoton (kustannusten kattamisen kannalta tarpeettomien maksujen kieltäminen), ettei sitä ole millään lailla tarpeen täydentää oikeudellisesti yhteisön lainsäädännön tai kansallisen lainsäädännön avulla.

97. On otettava joka tapauksessa huomioon, kuten julkisasiamies Mazák on esittänyt asiassa Palacios de la Villa[76] antamassaan ratkaisuehdotuksessa,[77] että oikeuskäytännössä ei kielletä sitä, että myös sellaisen direktiivin, johon liittyy poikkeuksia tai joka edellyttää perusteluja, säännöksillä voi olla välittömiä oikeusvaikutuksia.

3. Vertikaaliset, horisontaaliset ja kolmikantasuhteet

98. Välittömän vaikutuksen doktriini toimii vertikaalisesti ja yksisuuntaisesti (yksityisestä kohti valtiota), koska sillä kielletään sekä liikkuminen päinvastaiseen suuntaan (käänteiset, vertikaaliset suhteet)[78] että kohtisuorat liikkeet, jotka mahdollistavat vetoamisen direktiiviin yksityisten välillä (horisontaalinen vaikutus).[79]

74 – EY 82 artikla.

75 – Tästä on vakiintunutta oikeuskäytäntöä, kuten asia 155/73, Sacchi, tuomio 30.4.1974 (Kok. 1974, s. 409, Kok. Ep. II, s. 271); asia 127/73, BRT v. SABAM, tuomio 30.1.1974 (Kok. 1974, s. 51, Kok. Ep II, s. 201); asia C-179/90, Merci Convenzionali porto di Genova, tuomio 10.12.1991 (Kok. 1991, s. I-5889, Kok. Ep. XI, s. I-537); asia C-282/95 P, Guérin automobiles v. komissio, tuomio 18.3.1997 (Kok. 1997, s. I-1503); asia C-242/95, GT-Link, tuomio 17.7.1997 (Kok. 1997, s. I-4449); asia C-22/98, Becu ym., tuomio 16.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5665); asia C-258/98, Carra ym., tuomio 8.6.2000 (Kok. 2000, s. I-4217) ja asia C-99/02, komissio v. Italia, tuomio 1.4.2004 (Kok. 2004, s. I-3353).

76 – Asia C-411/05, Palacios de la Villa, tuomio 16.10.2007 (Kok. 2007, s. I-8531).

77 – Esitetty 15.2.2007. Ratkaisuehdotuksessa viitataan em. asiassa Pfeiffer ym. annetun tuomion 105 kohtaan. Asiassa antamassani toisessa ratkaisuehdotuksessa (36 kohta) korostan, että on tärkeää, ettei kehitystä välittömän oikeusvaikutuksen alalla peruuteta.

78 – Yhdistetyt asiat C-74/95 ja C-129/95, X, tuomio 12.12.1996 (Kok. 1996, s. I-6609).

79 – Asia 152/84, Marshall I, tuomio 26.2.1986 (Kok. 1986, s. 723, Kok. Ep. VIII, s. 457).

99. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan direktiivien välittömän oikeusvaikutuksen doktriinin laajentaminen yksityisten välisiin suhteisiin tarkoittaisi sitä, että yhteisölle annettaisiin oikeus asettaa kansalaisille velvoitteita, vaikka tämä toimivalta rajoittuu asetusten antamiseen tai päätösten tekemiseen. [80]

100. Vuodet eivät ole kuitenkaan onnistuneet vaimentamaan niitä, jotka ovat puhuneet välittömän horisontaalisen oikeusvaikutuksen tunnustamisen puolesta. Yksi heistä on julkisasiamies Lenz, [81] joka asettui asiassa Faccini Dori [82] antamassaan ratkaisuehdotuksessa tukemaan omalta osaltaan julkisasiamiesten Van Gervenin [83] ja Jacobsin [84] aiemmin esittämiä perusteluja.

101. Oikeuskirjallisuudessa tätä seikkaa on pidetty menetettynä mahdollisuutena, [85] vaikka yhteisöjen tuomioistuin on ollut horjumaton soveltaessaan oppiaan, joka koskee direktiivin vaikutusta niihin yksityisten välisiin oikeuksiin, jotka eivät liity vertikaaliseen suhteeseen, [86] mistä kolmikantasuhteita koskeva teoria sai alkunsa. [87]

102. Oikeuskäytännössä asetetut kiinnekohdat ovat kuitenkin olleet selkeämpiä ympäristöalan [88] – jonka alalla eri intressien rajaaminen on vaikeampaa – kaltaista alaa koskeneen asian Wells [89] yhteydessä, sillä vaikka tuomiossa ensin todetaan, että ”yksityinen ei voi vedota direktiiviin jäsenvaltiota vastaan silloin, kun on kyse valtion velvoitteesta, joka on välittömästi yhteydessä kolmannelle kyseisen direktiivin perusteella kuuluvan toisen velvoitteen täytäntöönpanoon” (56 kohta), siinä todetaan heti sen jälkeen ensimmäisen kerran, että ”pelkät kielteiset vaikutukset kolmansien oikeuksiin, vaikka ne olisivat varmoja, eivät ole peruste kieltää yksityistä vetoamasta direktiivin säännöksiin asianomaista jäsenvaltiota vastaan” (57 kohta).

4. TKG:n syrjäyttämistä koskeva toteamus

103. Yhteisön oikeustapauskokoelmassa ei hyväksytä ristiriitaisuuksia, vaikka nyt esillä

80 – Asia C-192/94, El Corte Inglés, tuomio 7.3.1996 (Kok. 1996, s. I-1281).

81 – Lenz muistuttaa oikeuskäytännön kehittymisestä perustamissopimuksen pohjalta ja vetoaa siihen, että yhteisön oikeutta on tarpeen soveltaa yhdenmukaisesti ja tehokkaasti tämän doktriinin ulottamiseksi yksityishenkilöiden välisiin suhteisiin, jolloin toimitaan eurooppalaisten oikeutettujen odotusten mukaisesti.

82 – Asia C-91/92, Faccini Dori, tuomio 14.7.1994 (Kok. 1994, s. I-3325, Kok. Ep. XVI, s. I-1).

83 – Van Gervenin 26.1.1993 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-271/91, Marshall II, tuomio 2.8.1993 (Kok. 1993, s. I-4367, Kok. Ep. XIV, s. I-349).

84 – Jacobsin 27.1.1994 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-316/93, Vaneetveld, tuomio 3.3.1994 (Kok. 1994, s. I-763).

85 – Tämä käsitys ilmenee em. Emmertin artikkelin lisäksi myös seuraavasta artikkelista: Tridimas, T., "Horizontal effect of directives: a missed opportunity?", *European Law Review*, nro 6 1994, s. 621–636.

86 – Korostan tätä asiassa Pfeiffer ym. antamani toisen ratkaisuehdotuksen 41 kohdassa.

87 – Julkisten hankintojen osalta ks. em. asiassa Fratelli Costanzo annettu tuomio; lääkevalmisteiden markkinoille saattamisen osalta ks. asia C-201/94, Smith & Nephew ja Primecrown, tuomio 12.11.1996 (Kok. 1996, s. I-5819); teknisten määräysten osalta ks. asia C-194/94, CIA Security International, tuomio 30.4.1996 (Kok. 1996, s. I-2201) ja asia C-443/98, Unilever, tuomio 26.9.2000 (Kok. 2000, s. I-7535).

88 – Vaikkakin horisontaalisen vaikutuksen ilmeneminen ympäristöasioissa hyväksyttiin jo asiassa C-435/97, World Wildlife Fund ym., 16.9.1999 annetussa tuomiossa (Kok. 1999, s. I-5613).

89 – Asia C-201/02, Wells, tuomio 7.1.2004 (Kok. 2004, s. I-723).

olevan asian kaltaisessa tapauksessa siinä on päädytty puhumaan kolmikantasuhteista.

104. En näe, että mikään seikka olisi tämän esteenä. On muistettava, että ne tosiasialliset suhteet ja oikeudelliset suhteet, joista on kyse esillä olevissa ennakkoratkaisupyynnöissä, koskevat yksityisiä toimijoita (Arcor, TELE2 ja Telekom GmbH), jotka eivät ole nostaneet kannetta toista yksityistä vastaan vaan suoraan valtiota (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post) vastaan.

105. Tämä olennainen seikka erottaa esillä olevan asian muista asioista ja erityisesti asiasta Telefónica O2 Czech Republic, jossa oli kyse kahden teleoperaattorin välisestä verkon käyttöoikeutta koskevasta kiistasta, joka johti näiden kahden operaattorin väliseen siviilioikeudelliseen riitaan, jossa sääntelyviranomaisille jäi välittäjän tehtävä.

106. Tämän asian taustalla olevassa oikeudellisessa kiistassa ei voida kuitenkaan soveltaa tariffin määräämisen osalta riippumatonta tahtoa eikä siten yksityisoikeutta, sillä yhteisön oikeusjärjestyksen ja saksalaisen oikeusjärjestyksen mukaan jäsenvaltiolla on yksinomainen toimivalta.

107. Tässä tapauksessa lisämaksun suuruus ei ole yhteydessä yhteenliittämiselle annettuun ennakkolupaan (joka mahdollistaa ilman muuta sopimussuhteen), ja se muodostaa sisällöllisten seikkojen perusteella oman itsenäisen ongelmansa.

108. Bundesverwaltungsgerichtilla ei ole syytä lannistua, sillä tässä tapauksessa ei ole vedottu oikeuteen, joka olisi julkisesta vallasta täysin riippumaton ja jolla voitaisiin aiheuttaa vahinkoa toiselle henkilölle, kuten oli asiassa Busseni, [90] vaan vahinko johtuu valtion toiminnasta, kuten asiassa Wells ja asiassa Fratelli Costanzo.

109. Näin ollen määräävässä markkina-asemassa olevaa yhtiötä eivät koske välittömät horisontaaliset oikeusvaikutukset, eikä sille aiheudu todellista vahinkoa. Lisäksi oikeus, jota yhtiö haluaa käyttää, perustuu yhteisön oikeuden vastaiseen säännökseen, ja yhtiön asemaan kohdistuva vaikutus on vain toissijainen ja perustuu siihen, ettei yhtiö perikään lainvastaisia maksuja.

110. Näyttää siltä, että toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava myönteisesti, kun otetaan huomioon yhteisön oikeuden ensisijaisuus, mistä seuraa, että kansallisen tuomioistuimen on taattava oikeussubjektille yhteisön oikeuden direktiiveihin perustuvat oikeudet, mikäli kansallinen lainsäädäntö on esteenä näiden oikeuksien täytäntöönpanolle.

90 – Asia C-221/88, Busseni, tuomio 22.2.1990 (Kok. 1990, s. I-495, Kok. Ep. X, s. 341).

VI Ratkaisuehdotus

111. Kaikkien edellä esitettyjen näkökohtien perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Bundesverwaltungsgerichtin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Kilpailusta telepalvelumarkkinoilla 28.6.1990 annetun komission direktiivin 90/388/ETY 4 c artikla ja televiestinnän yhteenliittämisestä soveltaen avoimen verkon tarjoamisen (ONP) periaatteita yleispalvelun ja yhteentoimivuuden varmistamiseksi 30.6.1997 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 97/33/EY 7 artiklan 2 ja 4 kohta ja 12 artiklan 7 kohta ovat esteenä sille, että jäsenvaltion sääntelyviranomainen velvoittaa yleisen televerkon kanssa yhteenliitetyn verkon operaattorin maksamaan määräävässä markkina-asemassa olevalle teleoperaattorille korvausta tilaajaliittymän tarjoamisesta syntyvän alijäämän tasapainottamiseksi.

2) Kansallisen tuomioistuimen on arvioitava, onko sen kansalliseen oikeuteen sisältyvä säännös yhteisön oikeuden vastainen menettelyssä, jossa määräävässä markkina-asemassa oleva operaattori vaatii edellä mainitun velvoitteen täyttämistä.