

Predmet C-327/24 [Lolach]ⁱ

Zahtjev za prethodnu odluku

Datum podnošenja:

3. svibnja 2024.

Sud koji je uputio zahtjev:

Verwaltungsgericht Köln (Njemačka)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

2. svibnja 2024.

Tužitelj:

Telekom Deutschland GmbH

Tuženik:

Savezna Republika Njemačka

Verwaltungsgericht Köln (Upravni sud u Kölnu, Njemačka)

Rješenje

[omissis]

U upravnom sporu

Telekom Deutschland GmbH, [omissis] Bonn,

tužitelj,

[omissis]

protiv

Savezne Republike Njemačke [omissis],

tuženika,

ⁱ Naziv ovog predmeta izmišljen je i ne odgovara stvarnom imenu stranke u postupku.

koji se odnosi na telekomunikacijsko zakonodavstvo,

21. vijeće Verwaltungsgerichta Köln (Upravni sud u Kölnu)

2. svibnja 2024.

[omissis]

odlučilo je:

Postupak se prekida.

U okviru prethodnog postupka na temelju članka 267. UFEU-a Sudu Europske unije upućuje se sljedeće pitanje:

Treba li članke 72. i 73. Direktive (EU) 2018/1972 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2018. tumačiti na način da nacionalna regulatorna tijela prilikom ocjene primjenjivosti propisivanja obveze pristupa građevinskoj infrastrukturi koja prema analizi tržišta nije dio relevantnog tržišta moraju

isključivo ispitati bi li se bez propisivanja te obveze usporio razvoj održivog tržišnog natjecanja te da to ne bi bilo u interesu krajnjeg korisnika

ili

se pri ispitivanju propisivanja obveze pristupa takvoj infrastrukturi mogu, osim prethodno navedenih uvjeta, u okviru „niza ciljeva” jednako primijeniti eventualno i drugi ciljevi iz članka 3. Direktive (EU) 2018/1972 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2018.

O b r a z l o ž e n j e

I.

Spor se u biti odnosi na pitanje zakonitosti propisivanja obveza pristupa tužitelju.

Člancima 72. i 73. Direktive (EU) 2018/1972 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2018. (Europski zakonik elektroničkih komunikacija) uređuje se u skladu s njemačkom jezičnom verzijom, iako postoje drukčije jezične verzije članka 73., propisivanje obveza pristupa kako slijedi.

Članak 72.

Pristup građevinskoj infrastrukturi

1. Nacionalno regulatorno tijelo može u skladu s člankom 68. propisati obveze poduzetnicima da zadovolje razumne zahtjeve za pristup građevinskoj infrastrukturi i korištenje njome, uključujući, ali ne

ograničavajući se na, zgrade ili ulaze u zgrade, kabele zgrade, uključujući žičane instalacije, antene, tornjeve i druge potporne građevine, antenske stupove, kabelaške kanale, cijevi, revizijska okna, šahtove i ormariće, u situacijama u kojima nacionalno regulatorno tijelo na temelju analize tržišta zaključi da bi uskraćivanje pristupa ili pristup dan pod nerazumnim uvjetima poslovanja sličnoga učinka usporili razvoj održivoga tržišnog natjecanja te da ne bi bili u interesu krajnjeg korisnika.

2. Nacionalna regulatorna tijela mogu propisati obveze poduzetniku da pruži pristup u skladu s ovim člankom, neovisno o tome je li imovina na koju se obveza odnosi dio relevantnog tržišta u skladu s analizom tržišta, pod uvjetom da je obveza nužna i proporcionalna kako bi se postigli ciljevi članka 3.

Članak 73.

Obveze pristupa posebnim mrežnim elementima i povezanoj opremi i njihova korištenja

1. Nacionalna regulatorna tijela mogu u skladu s člankom 68. propisati obveze poduzetnicima da zadovolje razumne zahtjeve za pristup i uporabu određenih mrežnih elemenata i povezane opreme, među ostalim u situacijama u kojima nacionalna regulatorna tijela smatraju da bi uskraćivanje pristupa ili nerazumni uvjeti poslovanja sličnoga učinka usporili razvoj [...] održivog tržišnog natjecanja na maloprodajnoj razini ili da ne bi bili u interesu krajnjeg korisnika.

Nacionalna regulatorna tijela mogu od poduzetnika među ostalim zatražiti:

- (a) da se trećim osobama omogući pristup posebnim fizičkim mrežnim elementima i povezanoj opremi te uporaba takvih mrežnih elemenata i opreme, kako je primjereno, uključujući izdvojeni pristup lokalnoj petlji i potpetlji;
- (b) da trećim stranama omoguće pristup određenim aktivnim ili virtualnim mrežnim elementima i uslugama;
- (c) da s poduzetnicima koji traže pristup pregovaraju u dobroj vjeri;
- (d) da ne ukinu već dopušteni pristup opremi;
- (e) da na veleprodajnoj razini pružaju određene usluge trećoj strani za daljnju prodaju;
- (f) da dopuste otvoreni pristup tehničkim sučeljima, protokolima ili drugim ključnim tehnologijama koje su prijeko potrebne za interoperabilnost usluga ili usluge virtualnih mreža;

- (g) da osiguraju kolokaciju ili druge oblike zajedničkog korištenja povezanom opremom;
- (h) da pružaju određene usluge potrebne da se korisnicima osigura interoperabilnost usluga s kraja na kraj ili roaming u pokretnim mrežama;
- (i) da pruže pristup sustavima za operativnu potporu ili sličnim programskim sustavima potrebnima za osiguravanje poštenoga tržišnog natjecanja u pružanju usluga;
- (j) da međusobno povežu mreže ili mrežnu opremu;
- (k) da osiguraju pristup povezanim uslugama kao što je usluga identiteta, lokacije i prisutnosti.

Nacionalna regulatorna tijela mogu odrediti da se na te obveze primjenjuju uvjeti u pogledu poštenja, opravdanosti i pravodobnosti.

2. Ako nacionalna regulatorna tijela razmatraju prikladnost propisivanja mogućih posebnih obveza iz stavka 1. ovog članka, a posebno ako procjenjuju, u skladu s načelom proporcionalnosti, bi li i kako bi se takve obveze trebale propisati, ona analiziraju bi li drugi oblici pristupa veleprodajnim ulaznim uslugama na istom ili povezanom veleprodajnom tržištu bili dovoljni kako bi se u interesu krajnjih korisnika riješio utvrđeni problem. Ta procjena uključuje ponude komercijalnog pristupa, regulirani pristup na temelju članka 61. ili postojeći ili planirani regulirani pristup drugim veleprodajnim ulaznim proizvodima na temelju ovoga članka. Nacionalna regulatorna tijela posebno uzimaju u obzir sljedeće čimbenike:

- (a) tehničku i gospodarsku održivost upotrebe ili postavljanja konkurentske opreme s obzirom na razvoj tržišta, uzimajući u obzir narav i vrstu dotičnoga međupovezivanja ili pristupa, te uključujući održivost ostalih vertikalnih pristupnih proizvoda kao što je pristup kabelskim kanalima;
- (b) očekivani tehnološki razvoj koji utječe na dizajniranje mreže i upravljanje njome;
- (c) potrebu da se osigura tehnološka neutralnost koja strankama omogućuje dizajniranje vlastite mreže i upravljanje njome;
- (d) izvedivost pružanja ponuđenog pristupa, s obzirom na raspoloživ kapacitet;
- (e) početno ulaganje vlasnika opreme, uzimajući u obzir sve javne investicije i opasnosti povezane s ulaganjima posebno u pogledu

ulaganja u mreže vrlo velikog kapaciteta i razine rizika povezane s njima;

(f) potrebu da se dugoročno zaštiti tržišno natjecanje, posebno uzimajući u obzir gospodarski učinkovito tržišno natjecanje koje se temelji na infrastrukturi i inovativne poslovne modele kojima se podržava održivo tržišno natjecanje poput onih koji se temelje na zajedničkom ulaganju u mreže;

(g) ako je potrebno, sva relevantna prava intelektualnog vlasništva;

(h) pružanje paneuropskih usluga.

Ako nacionalno regulatorno tijelo, u skladu s člankom 68., razmatra propisivanje obveza na temelju članka 72. ili ovoga članka, ona ispituju bi li samo propisivanje obveza u skladu s člankom 72. bilo proporcionalno sredstvo za promicanje tržišnog natjecanja i interesa krajnjih korisnika.

3. Kada poduzetniku propisuju obveze u pogledu pružanja pristupa u skladu s ovim člankom, nacionalna regulatorna tijela mogu utvrditi tehničke uvjete ili uvjete rada koje bi trebali zadovoljiti pružatelj ili korisnici takvog pristupa, ako je potrebno osigurati normalni rad mreže. Obveze o pridržavanju posebnih tehničkih normi ili tehničkih specifikacija moraju biti u skladu s normama i tehničkim specifikacijama utvrđenima u skladu s člankom 39.

Njemački zakonodavac objedinio je te dvije odredbe u jednu odredbu, sadržanu u članku 26. Zakona o telekomunikacijama od 23. lipnja 2021., u verziji od 10. rujna 2021., kako je posljednji put izmijenjena Zakonom od 20. srpnja 2022. (BGBI. I, str. 1166., u daljnjem tekstu: TKG), a koja je primjenjiva u vrijeme nastanka predmetnih činjenica, kako slijedi.

Članak 26. Obveze pristupa

(1) Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže, Njemačka) može poduzetniku sa znatnom tržišnom snagom odrediti obvezu da omogući pristup drugim poduzetnicima ako bi se u suprotnom usporio razvoj održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu i ugrozili interesi krajnjih korisnika.

(2) Prilikom ocjene jesu li i koje obveze pristupa iz stavka 1. opravdane te proporcionalne ciljevima iz članka 2. Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) ispituje jesu li

1. postojeće i predvidive obveze predviđene ovim dijelom ili već sklopljeni ili ponuđeni komercijalni sporazumi o pristupu na dotičnom ili povezanom veleprodajnom tržištu te

2. samo propisivanje obveza u skladu sa stavkom 3. točkom 10.

dovoljni da se osigura postizanje ciljeva iz članka 2. U tom pogledu Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) uzima osobito u obzir:

1. tehničku i gospodarsku održivost upotrebe ili postavljanja konkurentske opreme s obzirom na razvoj tržišta, uzimajući u obzir narav i vrstu dotičnoga međupovezivanja ili pristupa, te uključujući održivost ostalih vertikalnih pristupnih proizvoda;
2. izvedivost pružanja ponuđenog pristupa, s obzirom na raspoloživ kapacitet;
3. početno ulaganje vlasnika opreme, uzimajući u obzir sve javne investicije i opasnosti povezane s ulaganjima, posebice u pogledu ulaganja u mreže vrlo velikog kapaciteta;
4. potrebu da se dugoročno zaštiti tržišno natjecanje, posebice uzimajući u obzir gospodarski učinkovito tržišno natjecanje koje se temelji na infrastrukturi i inovativne poslovne modele;
5. prava industrijskog vlasništva ili prava intelektualnog vlasništva;
6. pružanje paneuropskih usluga te
7. očekivani tehnološki razvoj koji utječe na dizajniranje mreže i upravljanje njome.

(3) Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) može poduzetnicima sa znatnom tržišnom snagom, uzimajući u obzir stavak 1., propisati, među ostalim, sljedeće obveze:

1. da omogućuje pristup posebnim fizičkim mrežnim elementima i povezanoj opremi, uključujući fizički izdvojeni pristup lokalnoj petlji;
2. da ne ukinu već dopušteni pristup opremi;
3. da omogućuje pristup određenim aktivnim ili virtualnim mrežnim elementima i uslugama, uključujući virtualni izdvojeni pristup širokopojasnom internetu;
4. da pružaju određene usluge potrebne da se korisnicima osigura interoperabilnost usluga s kraja na kraj ili roaming u pokretnim mrežama;
5. da pruže pristup sustavima za operativnu potporu ili sličnim programskim sustavima potrebnima za osiguravanje poštenoga tržišnog natjecanja u pružanju usluga, istodobno osiguravajući učinkovitost postojeće opreme;

6. da osiguraju pristup povezanim uslugama kao što je usluga identiteta, lokacije i prisutnosti;
7. da omoguće međupovezivanje javnih telekomunikacijskih mreža;
8. da dopuste otvoreni pristup tehničkim sučeljima, protokolima ili drugim ključnim tehnologijama koje su prijeko potrebne za interoperabilnost usluga ili usluge virtualnih mreža;
9. da osiguraju kolokaciju ili druge oblike zajedničkog korištenja povezanom opremom i da tražiteljima pristupa ili njihovim ovlaštenim zastupnicima da u svakom trenutku omoguće pristup toj opremi te
10. da omoguće pristup građevinskoj infrastrukturi i korištenje njome, uključujući, ali ne ograničavajući se na, zgrade ili ulaze u zgrade, kabele zgrade, uključujući žičane instalacije, antene, tornjeve i druge potporne građevine, antenske stupove, kabelske kanale, cijevi, revizijska okna, šahtove i ormariće, čak i ako nisu dio mjerodavnog tržišta proizvoda u skladu s člankom 10., pod uvjetom da je obveza pristupa potrebna i prikladna s obzirom na problem utvrđen u analizi tržišta iz članka 11.

(4) Ako poduzetnik dokaže da bi se pružanjem prednosti ugrozilo održanje cjelovitosti mreže ili sigurnost rada mreže, Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) neće propisati predmetnu obvezu pristupa ili će ju propisati u drugom obliku. Održanje cjelovitosti mreže i siguran rad mreže ocjenjuju se u skladu s objektivnim kriterijima.

(5) Kada poduzetniku propisuje obvezu u pogledu pružanja pristupa, Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) može utvrditi tehničke uvjete ili uvjete rada koje bi trebali zadovoljiti pružatelj ili korisnici takvog pristupa, ako je potrebno osigurati normalan rad telekomunikacijske mreže. Obveze o pridržavanju posebnih tehničkih normi ili tehničkih specifikacija moraju biti u skladu s normama i tehničkim specifikacijama utvrđenima na temelju članka 39. Direktive (EU) 2018/1972.

(6) U okviru ispunjavanja obveza pristupa dopuštene su moguće upotrebe pružanja pristupa i suradnje među poduzetnicima koji imaju pravo na pristup, osim ako poduzetnik dokaže da u pojedinačnom slučaju upotreba ili suradnja zbog tehničkih razloga nije moguća ili da je samo ograničeno moguća.

II.

Tužitelj je poduzetnik koji pruža telekomunikacijske usluge i koji je, kao takav, u okviru analize tržišta od 10. listopada 2019. određen kao poduzetnik sa znatnom tržišnom snagom na jedinstvenom tržištu proizvoda u pogledu pristupa lokalnoj

mreži na fiksnim lokacijama. Međutim, tržište nije analizirano u pogledu pristupa građevinskoj infrastrukturi.

Nakon toga je Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Savezna agencija za mreže za električnu energiju, plin, telekomunikacije, pošte i željeznice, Njemačka) odlukom od 21. srpnja 2022. naložio tuženiku, među ostalim, sljedeće obveze.

„1.1.: U okviru postojećih kapaciteta omogućiti drugim poduzetnicima pristup opremi koja u trenutku traženja pristupa postoji za kabelaške kanale te stupove i sustave nosača nadzemnih vodova u svrhu postavljanja i rada mreža vrlo velikog kapaciteta na fiksnim lokacijama ili radi pristupa lokalnoj potpetlji ili višeuslužnom pristupnom čvoru (točka 1.2. ili 1.3.), pri čemu (tužitelj) može održavati odgovarajući sustav skladištenja i prije svega zadovoljavati vlastite potrebe. Budući da se navedenim pristupom ne omogućuje pristup lokalnoj mreži, obveza pružanja pristupa i druge povezane obveze iz točaka 2., 4. i 5. počinju 1. siječnja 2024.

1.2. Drugim poduzetnicima omogućiti fizički izdvojen pristup glavnom razdjelniku u lokalnoj bakrenoj mreži ili mjestu u lokalnoj mreži koje je bliže od glavnog razdjelnika (osobito potpetlji odnosno razvodnom ormariću – kućni razdjelnik za telekomunikacijske kabele), pod uvjetom da ne mogu ili ne smiju odbiti pristup u skladu s odredbama Priloga 1., naslovljenog Uskraćivanje pristupa lokalnoj mreži izvan područja glavnog razdjelnika, i Priloga 2., naslovljenog Uskraćivanje pristupa lokalnoj mreži unutar područja glavnog razdjelnika [...].”

U obrazloženju svoje odluke Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) naveo je, među ostalim, sljedeće.

„Obveze pristupa

Vijeće koje je donijelo ovu odluku zadržalo je odnosno izmijenilo [omissis] obveze pristupa propisane (tužitelju) na predmetnom tržištu regulatornom odlukom BK3g-09/085 od 21. ožujka 2011. (kako je izmijenjena regulatornom odlukom BK3g-15/004 od 1. rujna 2016.) kako slijedi.

1. Postupak ispitivanja predviđen člankom 26. TKG-a

Određivanje obveza pristupa proizlazi iz članka 26. TKG-a.

U skladu s člankom 26. stavkom 1. prvom rečenicom TKG-a, Bundesnetzagentur može operatorima javnih telekomunikacijskih mreža sa znatnom tržišnom snagom odrediti obvezu da drugim poduzetnicima omogući pristup, uključujući izdvojen pristup koji je opravdano zatražen, osobito ako bi se u suprotnom usporio razvoj održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu ili ako taj razvoj ne bi bio u interesu krajnjih korisnika. Prilikom ocjene jesu li i koje obveze pristupa opravdane te

proporcionalne ciljevima iz članka 2. TKG-a Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) mora uzeti u obzir osobito kriterije navedene u članku 26. stavku 2. drugoj rečenici točkama 1. do 7. TKG-a. Iz navedene odredbe i njezina upućivanja na regulatorne ciljeve (i načela) iz članka 2. TKG-a proizlazi da se propisanim mjerama mora ispuniti širok niz ciljeva poštujući pritom određene granične uvjete (u pogledu članka 21. TKG-a iz 2004. vidjeti presudu Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud, Njemačka, u daljnjem tekstu: BVerwG) od 21. rujna 2018., 6 C 50/16, t. 48., presudu BVerwG-a od 21. rujna 2018., 6 C 8/17, odluke BVerwG-a 163., 181. – do 232., t. 51.). Niz ciljeva relevantnih u pogledu predmetnog slučaja sastoji se od četiri temeljna cilja, koji se djelomično dodatno razlikuju.

Prvi temeljni cilj je osigurati povezivost i promicanje pristupa svih građana i poslovnih subjekata mrežama vrlo velikog kapaciteta i korištenja njima (članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s drugom mogućnošću predviđenom člankom 2. stavkom 2. točkom 1. TKG-a). Drugi je temeljni cilj promicanje tržišnog natjecanja. U tom pogledu osobito je relevantno tržišno natjecanje na maloprodajnom tržištu (članak 26. stavak 1. TKG-a). Cilj je promicanje održivoga tržišnog natjecanja na tržištu telekomunikacija i povezanih ulaganja u infrastrukturu i inovacija (članak 26. stavak 1.; članak 26. stavak 2. druga rečenica točka 4.; članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s drugom mogućnošću predviđenom člankom 2. stavkom 2. točkom 2. i točkom 3. podtočkom (e) te člankom 26. stavkom 3. točkom 4. TKG-a). Tržišno natjecanje trebalo bi također biti ravnopravno (članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s drugom mogućnošću predviđenom člankom 2. stavkom 2. točkom 2. i člankom 2. stavkom 3. točkom 2. TKG-a). Pri promicanju tržišnog natjecanja uzimaju se na odgovarajući način u obzir relevantna površina (članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s drugom mogućnošću predviđenom člankom 2. stavkom 2. točkom 2. in fine TKG-a) kao i raznolikost uvjeta koji se odnose na tržišno natjecanje u različitim geografskim područjima unutar Savezne Republike Njemačke (članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s drugom mogućnošću predviđenom člankom 2. stavkom 3. točkom 5. TKG-a). U skladu s trećim temeljnim ciljem, štite se korisnici, osobito interesi potrošača u području telekomunikacija (članak 26. stavak 1. in fine; članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s člankom 2. stavkom 2. točkom 3. TKG-a). Za korisnike se nastoji ostvariti najveća moguća korist u pogledu odabira, cijene i kvalitete (članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s člankom 2. stavkom 2. točkom 3. podtočkom (b) TKG-a). S druge strane, interese korisnika i potrošača valja osobito promicati osiguravanjem povezivosti, široko raširene dostupnosti kao i ubrzanog postavljanja mreža vrlo velikog kapaciteta te promicanjem njihove uporabe (članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s člankom 2. stavkom 2. prvom rečenicom točkom 1. i člankom 2. stavkom 2. točkom 3.a TKG-a). Osim toga, potrebno je osigurati jednake životne uvjete u urbanim i ruralnim područjima (članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s člankom 2. stavkom 2. točkom 3.b TKG-a). Pritom se također mora uzeti u obzir raznolikost uvjeta koji se odnose na potrošače u različitim geografskim područjima

unutar Savezne Republike Njemačke (članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s trećom mogućnošću predviđenom člankom 2. stavkom 3. točkom 5. TKG-a). Kao četvrto, potrebno je promicati razvoj unutarnjeg tržišta Europske unije (članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s člankom 2. stavkom 2. točkom 4. TKG-a). To također uključuje pružanje paneuropskih usluga (članak 26. stavak 2. druga rečenica točka 6. TKG-a).

Prilikom ispunjavanja navedenog niza ciljeva potrebno je poštovati različite granične uvjete. Općenito se člankom 2. stavkom 3. TKG-a propisuje da pri ostvarivanju ciljeva utvrđenih u stavku 2. Bundesnetzagentur primjenjuje objektivna, transparentna, nediskriminirajuća i proporcionalna regulatorna načela. Ta su načela pojašnjena u članku 2. stavku 3. i članku 26. stavku 2. drugoj rečenici TKG-a. U okviru provjere nužnosti ocjenjuju se, među ostalim, tehnička i gospodarska održivost upotrebe ili postavljanja konkurentne opreme s obzirom na razvoj tržišta (članak 26. stavak 2. druga rečenica točka 1. TKG-a) te pitanje jesu li postojeće i predvidive obveze predviđene ovim dijelom ili već sklopljeni ili ponuđeni komercijalni sporazumi o pristupu na dotičnom ili povezanom veleprodajnom tržištu (članak 26. stavak 2. prva rečenica točka 1. TKG-a) kao i samo propisivanje obveza pristupa kabelskim kanalima te stupovima i sustavima nosača nadzemnih vodova (članak 26. stavak 2. prva rečenica točka 2. TKG-a) dovoljni za osiguravanje regulatornih ciljeva navedenih u članku 2. TKG-a (članak 26. stavak 2. prva rečenica TKG-a).

Pri ocjeni primjerenosti uzimaju se u obzir temeljna prava dotične osobe na obavljanje profesionalne djelatnosti (članak 12. stavak 1. Grundgesetzes (Temeljni zakon, u daljnjem tekstu: GG)) i na zaštitu vlasništva (članak 14. stavak 1. GG-a). To se osobito odnosi na mogućnosti pružanja pristupa s obzirom na raspoloživi kapacitet (članak 26. stavak 2. druga rečenica točka 2. TKG-a) i početna ulaganja vlasnika opreme, uzimajući u obzir sve javne investicije i opasnosti povezane s ulaganjima (članak 26. stavak 2. druga rečenica točka 3. TKG-a), kao i općenito rizike povezane s ulaganjem poduzetnika ulagatelja te u okviru suradnji između ulagatelja i osoba koje od njih traže pristup (članak 26. stavak 1. prva rečenica in fine; članak 26. stavak 2. druga rečenica točka 4.; članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s člankom 2. stavkom 2. točkom 2. prvom rečenicom i člankom 26. stavkom 3. točkom 4. TKG-a). Načela zaštite legitimnih očekivanja i pravne sigurnosti također mogu biti relevantna. Primjerice, regulatorna predvidljivost treba se promicati na način da Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) tijekom odgovarajućeg vremenskog razdoblja osigurava dosljedan regulatorni pristup (članak 26. stavak 2. prva rečenica u vezi s člankom 2. stavkom 3. točkom 1. TKG-a). Učinci na druga pravna dobra, kao što su prava industrijskog vlasništva, prava intelektualnog vlasništva i pružanje paneuropskih usluga (članak 26. stavak 2. druga rečenica točke 5. i 6. TKG-a), kao i interes za održavanje cjelovitosti mreže i siguran rad mreže (članak 26. stavci 4. i 5. TKG-a) također mogu biti relevantni u pojedinačnom slučaju.”

Na temelju tog kriterija Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) ispitao je u nastavku određivanje prethodno navedenih obveza pristupa, uključujući obvezu pristupa građevinskoj infrastrukturi.

Tužitelj je 19. kolovoza 2022. sudu koji je uputio zahtjev podnio tužbu protiv te odluke Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) od 21. srpnja 2022. zahtijevajući, među ostalim:

„1. djelomično poništavanje tuženikove odluke od 21. srpnja 2022. (BK3i-19/020) u dijelu kojim se tužitelju propisuju sljedeće obveze:

a) obveza, utvrđena u točki 1.1. izreke, da drugim poduzetnicima omogući pristup opremi za kabelske kanale te stupovima i sustavima nosača nadzemnih vodova u svrhu postavljanja i rada mreža vrlo velikog kapaciteta na fiksnim lokacijama;

podredno u odnosu na točku a),

b) obveza, utvrđena u točki 1.1. izreke, da drugim poduzetnicima u svrhu postavljanja i rada mreža vrlo velikog kapaciteta na fiksnim lokacijama omogući pristup novoj opremi za kabelske kanale te stupovima i sustavima nosača nadzemnih vodova koje je tužitelj izgradio radi postavljanja svoje mreže FTTB/FTTH;

još podrednije u odnosu na točke (a) i (b),

c) obveza, utvrđena u točki 1.1. izreke, da drugim poduzetnicima u svrhu postavljanja i rada mreža vrlo velikog kapaciteta na fiksnim lokacijama omogući pristup i opremi za kabelske kanale te stupovima i sustavima nosača nadzemnih vodova koji su dovršenih prije manje od sedam godina;

d) obveza, utvrđena u točki 4. izreke, da objavi standardnu ponudu za usluge pružanja pristupa opremi za kabelske kanale te stupovima i sustavima nosača nadzemnih vodova u svrhu postavljanja i rada mreža vrlo velikog kapaciteta na fiksnim lokacijama;

e) obveza, utvrđena u točki 5.1. izreke, da u skladu s člankom 39. TKG-a odobri naknade za pružanje pristupa opremi za kabelske kanale te stupovima i sustavima nosača nadzemnih vodova u svrhu postavljanja i rada mreža vrlo velikog kapaciteta na fiksnim lokacijama;

f) obveza, utvrđena u točki 4. izreke, da objavi standardnu ponudu za usluge pružanja virtualnog izdvojenog pristupa u obliku pristupnog proizvoda prospajanja sloja 2 na širokopojasnom mrežnom preklopniku/pristupniku;

2. podredno u odnosu na zahtjeve navedene u točki 1., poništavanje tuženikove odluke od 21. srpnja 2022. (BK3i-19/020) u cijelosti ako sud smatra da se u tom pogledu ne može donijeti presuda o dijelu te odluke.”

Što se tiče pitanja koje je relevantno za upućivanje zahtjeva za prethodnu odluku, navodi se da Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) propisivanje obveza pristupa iz članka 26. stavka 1. TKG-a temelji na pogrešnom tumačenju te odredbe. Ističe se da se obrazloženje regulatorne odluke prilikom navođenja postupka ispitivanja odnosi na zastarjeli tekst članka 21. stavka 1. prve rečenice TKG-a iz 2004., dok zapravo postoje odstupanja u članku 26. stavku 1. TKG-a, koji se trenutačno primjenjuje. Naime, napominje se da je u tekstu izbrisana riječ „osobito” te da su uvjeti „usporavanja razvoj održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu” kao i „ugrožavanja interesa krajnjih korisnika”, umjesto riječju „ili”, sada povezani riječju „i”. Navodi se da je Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže), posljedično, zanemario ta dva elementa i svoju odluku utemeljila na pogrešnom postupku ispitivanja. Ističe se da te izmjene nisu samo redakcijske prirode, nego da iz obrazloženja zakona proizlazi da je riječ o svjesnim odlukama zakonodavca. Tvrdi se da tumačenje u skladu s navedenom direktivom nije moguće. Napominje se da je to, s jedne strane, u suprotnosti s voljom njemačkog zakonodavca, koja je izričito izražena u pripremnim zakonodavnim aktima. S druge strane, navodi se da, općenito gledajući, ne postoji razlika između odredbi Direktive i nacionalnog prava. Slijedom toga, ističe se da se u okviru članka 26. stavka 1. TKG-a najprije moralo utvrditi da su ispunjeni uvjeti koji su u toj odredbi kumulativno navedeni prije nego što se moglo pristupiti ispitivanju predviđenom člankom 26. stavkom 2. TKG-a i izvršavanju diskrecijske ovlasti. Tvrdi se da su zbog drukčijeg postupanja Bundesnetzagentura (Savezna agencija za mreže) osnovni regulatorni ciljevi u pogledu pristupa, koje je zakonodavac izričito istaknuo, nedopušteno relativizirani te da je provedeno odvagivanje bilo pogrešno. Konačno, navodi se da u regulatornoj odluci nisu kumulativno ispitani uvjeti iz članka 26. stavka 1. TKG-a.

Što se tiče pitanja koje je relevantno za upućivanje zahtjeva za prethodnu, tuženik odgovara da Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) nije temeljio regulatornu odluku na pogrešnom tumačenju odredbe, a osobito ne na uvjetima iz prijašnjeg članka 21. stavka 1. prve rečenice TKG-a iz 2004. Tvrdi da članak 26. stavak 1. TKG-a treba u skladu s Direktivom tumačiti na način da se povezivanje uvjeta riječju „i” ne odnosi na kumuliranje, nego na nabranje. Osim toga, ističe da za zakonitost odluke o odvagivanju nije relevantno navođenje postupka ispitivanja ispred zgrade, nego sama odluka o odvagivanju: oba uvjeta iz članka 26. stavka 1. TKG-a uzeta su u obzir u odluci o odvagivanju. Smatra da se na temelju teksta članka 26. stavka 1. TKG-a ne može zaključiti da je Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) ograničena u okviru ispitivanja tih dvaju uvjeta. Naprotiv, s obzirom na članak 26. stavak 2. TKG-a može u odvagivanje uključiti druge aspekte; sudska praksa Bundesverwaltungsgerichts (Savezni vrhovni sud) koja se odnosi na „ispitivanje niza ciljeva” u vezi s člankom 21. stavkom 1. prvom rečenicom TKG-a iz 2004. primjenjiva je na članak 26. TKG-a.

[omissis] [dodatni zahtjev za privremenu pravnu zaštitu]

III.

Upućeno prethodno pitanje koje se odnosi na pravo Zajednice ključno je za rješavanje spora. Načelo usklađenog tumačenja primjenjivo je u predmetnom slučaju (1.). Ishodi spora razlikuju se ovisno o tumačenju članaka 72. i 73. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (2.).

1. Načelo usklađenog tumačenja primjenjivo je u predmetnom slučaju. Točno je da je tumačenje u skladu s Direktivom isključeno ako postoje jasne odredbe nacionalnog prava. Međutim, to nije slučaj u ovom predmetu. U nacionalnom pravu postoje i elementi koji potkrepljuju tumačenje članka 26. TKG-a na način da je tuženik morao „prethodno” provesti ispitivanje isključivo na temelju uvjeta primjene članka 26. stavka 1. TKG-a (a) kao i elementi koji idu u prilog tomu da tuženik u okviru „niza ciljeva” mora uvijek odlučiti o propisivanju obveza pristupa (b).

a) Čini se da u prilog tumačenju članka 26. TKG-a na način da je tuženik morao „prethodno” provesti ispitivanje isključivo na temelju uvjeta primjene članka 21. stavka 1. TKG-a („ako bi se u suprotnom usporio razvoj održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu i ugrozili interesi krajnjih korisnika”) ponajprije govori tekst te odredbe. Naime, u članku 26. stavku 1. TKG-a, za razliku od prve rečenice članka 21. stavka 1. Zakona o telekomunikacijama od 22. lipnja 2004., koji je stavljen izvan snage člankom 61. Zakona od 23. lipnja 2021. (BGBl. I, str. 1858.), izbrisana je riječ „osobito”. U prilog tom tumačenju članka 26. stavka 1. TKG-a može se također navesti da je zakonodavac planski iz teksta uklonio riječ „osobito” kako bi pojasnio „usmjerenost uređenja pristupa na uklanjanje problema tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu” (vidjeti BT-Drs. 19/26108, str. 263.). Na temelju toga se eventualno može zaključiti da je namjera zakonodavca, za razliku od dosadašnjeg pristupa, bila ograničiti mogućnost propisivanja obveza pristupa na razini „primjenjivosti” na posebne regulatorne razloge. U prilog tomu također se može istaknuti da je, s kontekstualnog gledišta, zakonodavac prijašnji članak 21. stavak 1. TKG-a iz 2004. podijelio na dva stavka. Autonomnost članka 26. stavka 1. TKG-a, na koju se time upućuje, također potkrepljuje sljedeće: s kontekstualnog gledišta, članak 26. stavak 1. TKG-a, u kojem se iscrpno ističu pojedini regulatorni razlozi, ne bi bio potreban ako bi se na temelju članka 26. stavka 2. TKG-a u konačnici moralo odnosno moglo provesti široko zajedničko ispitivanje. Samostalno područje primjene članka 26. stavka 1. TKG-a može se utvrditi isključivo u slučaju stupnjevitog ispitivanja.

b) Međutim, postoje i snažni argumenti da je tuženik u okviru „niza ciljeva” morao odlučiti o propisivanju obveza pristupa. Točno je da u pripremnim aktima uklanjanje riječi „osobito” obrazloženo pojašnjavanjem „usmjerenosti uređenja pristupa na uklanjanje problema tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu”. Međutim, istodobno se brisanje riječi „osobito” također obrazlagalo uzimanjem u

obzir odgovarajućeg brisanja u članku 73. stavku 1. prvom podstavku Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. To je upućivanje nerazumljivo. Naime, iako članak 73. stavak 1. prvi podstavak Europskog zakonika elektroničkih komunikacija ne sadržava riječ „osobito”, nabrojanje regulatornih razloga u verziji koja je na snazi započinje riječima „među ostalim u situacijama u kojima” („unter anderem wenn”). Takav početak postoji i u drugim jezičnim verzijama: u nizozemskoj („onder andere wanneer”), francuskoj („notamment lorsqu’elles”), talijanskoj („in particolare qualora”). Nasuprot tomu, čini se da se u engleskoj verziji uopće ne uvodi nabrojanje („in situations when”). O upućivanju na englesku jezičnu verziju kao na „točnu verziju” u njemačkom obrazloženju TKG-a može se samo pretpostavljati. Stoga se, kao zaključak o nastanku članka 26. stavka 1. TKG-a, može samo utvrditi da iz pripremnih akata proizlazi više pitanja nego odgovora. Međutim, u prilog tom drugom stajalištu može se ponajprije navesti da se u sudskoj praksi Bundesverwaltungsgerichta (Savezni upravni sud) mogućnost uključivanja „niza ciljeva” u ispitivanje predviđeno člankom 21. stavkom 1. TKG-a iz 2004. ne temelji na članku 21. stavku 1. prvoj rečenici TKG-a iz 2004. i riječi „osobito”, koja se u toj odredbi još uvijek nalazila na početku, nego izravno proizlazi iz članka 21. stavka 1. druge rečenice TKG-a iz 2004., u kojem se riječima „prilikom ocjene” uspostavila veza s prvim stavkom (presude BVerwG-a od 21. rujna 2018., 6 C 8.17, juris, t. 43., te 6 C 50.16, t. 41. i 47.). Na temelju toga članak 26. stavak 2. TKG-a, koji se uvodi istim riječima kao i članak 21. stavak 1. druga rečenica TKG-a iz 2004., može se uvijek tumačiti kao odredba kojom se propisuje (jedinstveni i zajednički) postupak ispitivanja. Međutim, može se pak tvrditi da, osim prijašnjeg članka 21. stavka 1. prve rečenice TKG-a iz 2004., članak 26. stavak 2. prva rečenica TKG-a sada (u skladu sa svojim tekstom) izričito sadržava „ispitivanje dostatnosti” i da se ispitivanje koje se navodi pozivajući se na ciljeve iz članka 2. TKG-a, čini se, odnosi isključivo na taj članak. Međutim, u članku 26. stavku 2. drugoj rečenici TKG-a navode se drugi elementi odvagivanja, čija povezanost s „ispitivanjem dostatnosti”, s jedne strane, nije dovoljno jasna te čije samostalno značenje (bez drugog dijela prve rečenice), s druge strane, nije razumljivo.

2. S obzirom na mogućnost usklađenog tumačenja, ishod spora ovisi o odgovoru na postavljena pitanja. Ako se članku 72. ili članku 73. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija protivi zakonska odredba nacionalnog prava ili njezino tumačenje prema kojem se prilikom ocjene regulatornog tijela po službenoj dužnosti koja se odnosi na primjenjivost propisivanja obveze pristupa građevinskoj infrastrukturi mogu, osim uvjeta navedenih u članku 72. stavku 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (usporavanje razvoja održivoga tržišnog natjecanja ili suprotnost s interesima krajnjih korisnika), u jedinstveno ispitivanje uključiti i ciljevi iz članka 3. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija te, eventualno, drugi ciljevi, tužiteljeva tužba mogla bi se prihvatiti (a). Nasuprot tomu, ako se članku 72. ili članku 73. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija ne protivi zakonska odredba nacionalnog prava ili njezino tumačenje prema kojem se prilikom ocjene regulatornog tijela po službenoj dužnosti koja se odnosi na primjenjivost propisivanja obveze pristupa građevinskoj infrastrukturi mogu, osim uvjeta navedenih u članku 72. stavku 1.

Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (usporavanje razvoja održivoga tržišnog natjecanja ili suprotnost s interesima krajnjih korisnika), u jedinstveno ispitivanje uključiti i ciljevi iz članka 3. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija te, eventualno, drugi ciljevi, tužiteljeva tužba ne bi se mogla prihvatiti (b).

a) Ako se članku 72. stavku 1 ili članku 72. stavku 2. u vezi s člankom 68. stavkom 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija protivi zakonska odredba nacionalnog prava ili njezino tumačenje prema kojem se prilikom ocjene regulatornog tijela po službenoj dužnosti koja se odnosi na primjenjivost propisivanja obveze pristupa građevinskoj infrastrukturi mogu, osim uvjeta navedenih u članku 72. stavku 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (usporavanje razvoja održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu ili suprotnost s interesima krajnjih korisnika), u jedinstveno ispitivanje uključiti i ciljevi iz članka 3. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija te, eventualno, drugi ciljevi, tužiteljeva tužba mogla bi se prihvatiti. Naime, u tom slučaju članak 26. stavke 1. i 2. TKG-a trebalo bi tumačiti na način da je tuženik morao „prethodno” provesti ispitivanje isključivo na temelju uvjeta primjene članka 21. stavka 1. TKG-a („ako bi se u suprotnom usporio razvoj održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu i ugrozili interesi krajnjih korisnika”). To bi za posljedicu imalo to da bi pobijana odluka vjerojatno bila nezakonita; to vrijedi neovisno o tome je li ispitivanje primjenjivosti propisivanja obveze pristupa ponajprije samo „općenito”, u smislu „bilo koje” obveze pristupa u skladu s člankom 3. točkom 74. TKG-a, ili „konkretno” s obzirom na mogućnost predviđenu člankom 26. stavkom 3. TKG-a. To proizlazi već iz toga što tuženik u pogledu merituma nije naveo odredbu članka 26. stavka 1. TKG-a u svojoj novoj verziji, nego odredbu članka 21. TKG-a u staroj verziji, iako postoje relevantne izmjene; to već upućuje na postojanje pogreške. Ni u pogledu merituma tuženik uopće nije samostalno ispitao bi li se bez omogućivanja pristupa općenito usporio razvoj održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu i ugrozili interesi krajnjih korisnika. Tuženikovim „nedosljednim” ispitivanjima tih obilježja ne može se otkloniti taj nedostatak: budući da se na stranici 106. i sljedećoj stranici pobijane odluke (javna verzija) u okviru „niza ciljeva” također navodi promicanje tržišnog natjecanja i zaštita interesa potrošača, to očito nije dovoljno kako bi se udovoljilo tako protumačenim zahtjevima iz članka 26. stavka 1. TKG-a. S jedne strane, nije ispitano bi li se bez omogućivanja pristupa usporio razvoj održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu i ugrozili interesi krajnjih korisnika; „promicanje” odnosno „zaštita” određenih interesa i njihovo „usporavanje” odnosno „ugrožavanje” različiti su kriteriji. S druge strane, osim tih dvaju interesa, u obzir su uzeti i drugi interesi. Isto vrijedi i za razmatranja na stranicama 117., 119., 129. i 134. i sljedećoj stranici pobijane odluke (javna verzija). Prethodno navedeno ne dovodi se u pitanje ni kad bi se na temelju tumačenja usklađenog s pravom Zajednice u članku 26. stavku 1. TKG-a riječ „i” zamijenila riječju „ili” (kao u članku 21. stavku 1. stare verzije TKG-a). Naime, tuženik nije u dovoljnoj mjeri ispitao bi li se bez omogućivanja pristupa općenito usporio razvoj održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu i ugrozili interesi krajnjih korisnika (vidjeti prethodna razmatranja).

b) Nasuprot tomu, ako se članku 72. stavku 1. ili članku 73. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija ne protivi zakonska odredba nacionalnog prava ili njezino tumačenje prema kojem se prilikom ocjene regulatornog tijela po službenoj dužnosti koja se odnosi na primjenjivost propisivanja obveze pristupa građevinskoj infrastrukturi mogu, osim uvjeta navedenih u članku 72. stavku 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (usporavanje razvoja održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu ili suprotnost s interesima krajnjih korisnika), u jedinstveno ispitivanje uključiti i ciljevi iz članka 3. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija te, eventualno, drugi ciljevi, tužiteljeva tužba ne bi se mogla prihvatiti. Naime, u tom slučaju članak 26. stavke 1. i 1. i 2. TKG-a ne bi trebalo bi tumačiti na način da je tuženik morao „prethodno” provesti ispitivanje isključivo na temelju uvjeta primjene članka 21. stavka 1. TKG-a („ako bi se u suprotnom usporio razvoj održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu i ugrozili interesi krajnjih korisnika”). Stoga bi pobijana odluka vjerojatno bila zakonita jer bi tuženik, kao što je to učinio, mogao provesti „ispitivanje niza ciljeva”.

Ovisnost ishoda spora o odgovoru na navedeno pitanje nije dovedena u pitanje ni činjenicom da bi pobijanu odluku trebalo poništiti zbog drugih razloga. Budući da je žalitelj osporavao odluku Bundesnetzagentur (Savezna agencija za mreže) drugim argumentima, a ne onima koji su prethodno navedeni, ti se argumenti vjerojatno ne mogu prihvatiti (vidjeti rješenje u hitnom postupku).

IV.

Sud koji je uputio zahtjev ne može odgovoriti na postavljeno pitanje u smislu „acte claire”. Sud koji je uputio zahtjev smatra da na postavljeno pitanje nije izravno odgovoreno člankom 73. stavkom 1. prvim podstavkom Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (1.) ni člankom 72. stavkom 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (2.). Međutim, nije jasan način primjene odredbe članka 73. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (3.).

1. Sud koji je uputio zahtjev smatra da na postavljeno pitanje nije izravno odgovoreno člankom 73. stavkom 1. prvim podstavkom Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. To proizlazi već iz toga što je prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev za određivanje pristupa građevinskoj infrastrukturi ponajprije relevantna jedino odredba članka 72. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (lex specialis). Međutim, u suprotnom bi iz članka 73. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija proizlazila tri problema u vezi s postavljenim pitanjem: s jedne strane, razlikuju se jezične verzije odredbe (a), a s druge strane, nejasan je sadržaj članka 73. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (b). Konačno, problematičan je odnos s člankom 68. stavkom 4. točkom (c) Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (c).

a) S jedne strane, razlikuju se jezične verzije članka 73. stavka 1. prvog podstavka Europskog zakonika elektroničkih komunikacija u pogledu postavljenog pitanja: naime, iako njemačka verzija članka 73. stavka 1. prvog podstavka Europskog

zakonika elektroničkih komunikacija ne sadržava riječ „osobito”, nabrojanje regulatornih razloga u verziji koja je na snazi započinje riječima „među ostalim u situacijama u kojima” („unter anderem wenn”). Takav početak postoji i u drugim jezičnim verzijama: u nizozemskoj („onder andere wanneer”), francuskoj („notamment lorsqu’elles”), talijanskoj („in particolare qualora”). Nasuprot tomu, čini se da se u engleskoj verziji uopće ne uvodi nabrojanje („in situations when”). S druge strane, to nije slučaj s člankom 72. stavkom 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. Naime, u svim jezičnim verzijama koje razumiju članovi ovog sudskog vijeća ta odredba ima isti sadržaj.

b) S druge strane, odredba članka 73. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija postavlja pitanje proizlazi li iz te odredbe da, osim interesa navedenih u članku 73. stavku 1. prvom podstavku 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, valja uzeti u obzir druge elemente prilikom odvagivanja. Iz te odredbe najprije proizlazi u tom pogledu pitanje sadržava li ona više od „ispitivanja dostatnosti”. U prilog ograničavanju na „ispitivanje dostatnosti” govori izričit tekst članka 73. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, ali to opovrgavaju kriteriji navedeni u članku 73. stavku 2. trećoj rečenici točkama (d), (e), (f) i (h) Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, u kojima nije sasvim jasno upućivanje na „ispitivanje dostatnosti”. Uvodna izjava 188. i sljedeće uvodne izjave Direktive također bi mogle više govoriti u prilog tome da sadržaj odredbe nije ograničen na „ispitivanje dostatnosti” (u tom smislu, čini se, u osnovi i Broemel u: Geppert/Schütz, Beck'scher, Komentar TKG-a, 5. izdanje iz 2023., uvod B, t. 30.). Međutim, ako se smatra da se kriteriji navedeni u članku 73. stavku 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija ne uzimaju u obzir samo u okviru ispitivanja dostatnosti, iz te odredbe također proizlazi pitanje treba li, osim kriterija navedenih u članku 73. stavku 2. trećoj rečenici točkama (a) do (h) Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, uzeti u obzir i ciljeve iz članka 3. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija.

c) Konačno, problematičan je odnos s člankom 68. stavkom 4. točkom (c) Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. U skladu s tom odredbom, obveze propisane na temelju članka 68. moraju biti opravdane s obzirom na ciljeve predviđene u članku 3. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija; ta se odredba mora poštovati i prilikom određivanja obveza na temelju članka 73. (članak 68. stavak 2., članak 68. stavak 3. prvi podstavak, članak 73. stavak 1. prvi podstavak). Članak 73. stavak 1. prvi podstavak sada ne sadržava, poput članka 72. stavka 1., a za razliku od članka 72. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, upućivanje na ciljeve iz članka 3. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. Neovisno o tom sustavu, treba li ciljeve članka 3. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija uzeti u obzir već prilikom ispitivanja primjenjivosti propisivanja obveze pristupa? Ili sustav članka 73. stavka 1. prvog podstavka odnosno članak 72. stavak 1. u odnosu na članak 72. stavak 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija treba tumačiti na način da u okviru prvih dviju odredbi prilikom ispitivanja primjenjivosti propisivanja obveze pristupa ne treba uzeti u obzir ciljeve iz članka 3. Europskog

zakonika elektroničkih komunikacija? Isključivo ako se u tom prvom koraku utvrdi primjenjivost propisivanja obveze pristupa, valja prilikom ispitivanja konkretnih mjera uputiti na članak 68. stavak 4. točku (c) Europskog zakonika elektroničkih komunikacija.

2. Sud koji je uputio zahtjev smatra da na postavljeno pitanje također nije izravno odgovoreno člankom 72. stavkom 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. Naime, čini se da navedena odredba pretpostavlja da je prema analizi tržišta građevinska infrastruktura dio relevantnog tržišta. To potkrepljuje upućivanje na odredbu članka 68. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (u tom smislu također Neumann, N&R, 2019., 152. <158>) i odredbu članka 72. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (argumentum e contrario). To nije slučaj u ovom predmetu. Stoga nije relevantno to što je odredbom članka 72. stavka 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, uzimajući u obzir njezin tekst u svim prethodno navedenim jezičnim verzijama koje razumiju članovi ovog sudskog vijeća, uređen iscrpan popis regulatornih razloga, koji opovrgavaju dopuštenosti „ispitivanja niza ciljeva”. Ne može se zanemariti ni činjenica da je nejasan i odnos između članka 72. stavka 1. i članka 68. stavka 4. točke (c) Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, kao što je to slučaj i s člankom 73. stavkom 1. prvim podstavkom Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (točka IV. podtočka 1. (c) ovog zahtjeva).

3. Sud koji je uputio zahtjev smatra da bi „sedes materiae” rješenja problema mogao biti članak 72. stavak 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. U skladu s tekстом navedene odredbe o upućivanju na ciljeve iz članka 3. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, čini se da na postavljeno pitanje treba jasno odgovoriti na način da prilikom ispitivanja primjenjivosti propisivanja obveze pristupa građevinskoj infrastrukturi koja prema analizi tržišta nije dio relevantnog tržišta državna regulatorna tijela u svakom slučaju mogu također ispitati je li ta obveza nužna i proporcionalna za ostvarenje ciljeva iz članka 3.; u tom pogledu postoji i usporedivost s člankom 68. stavkom 4. točkom (c) Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. Međutim, odredba je u tom pogledu, čak i naizgled, nedvosmislena jer su nejasni odnosi s člankom 72. stavkom 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (a) i člankom 73. 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (b).

a) S jedne strane, nejasno je kako treba tumačiti odnos između stavaka 1. i 2. članka 72. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija: s jedne strane, članak 72. stavak 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija može se u skladu s tekстом te odredbe tumačiti s obzirom na članak 68. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija na način da se odnosi samo na poduzeće sa znatnom tržišnom snagom na potencijalnom tržištu građevinske infrastrukture (vidjeti prethodna razmatranja). To bi imalo za posljedicu da bi se članak 72. stavak 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija mogao tumačiti kao zaseban regulatorni instrument, s autonomnim uvjetima za slučajeve koji se, kao ni predmetni slučaj, upravo ne temelje na takvom tržištu. Međutim, to bi imalo za

posljedicu da bi se obveze pristupa građevinskoj infrastrukturi mogle propisati poduzetnicima sa znatnom tržišnom snagom na tržištu građevinske infrastrukture isključivo pod uvjetima koji su stroži od onih koji bi se primjenjivali u slučajevima iz članka 72. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija; u svakom slučaju, smisao takvog razlikovanja nije izravno razvidan. S druge strane, članak 72. stavak 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija može se, ovisno o slučaju, također tumačiti kao osnovno pravno pravilo, koje je konkretizirano člankom 72. stavkom 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija samo u pogledu posebnog slučaja. U prilog takvom tumačenju govori u prilog to da se u tekstu članka 72. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija navodi „pristup u skladu s ovim člankom”; stoga se čini da se pristup odobrava pod jedinstvenim osnovnim uvjetima i da se takvim tumačenjem može odrediti jedinstveni sadržaj članka 72. stavaka 1. i 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija.

b) S druge strane, nejasno je kako treba tumačiti odnos između članka 72. stavka 2. i članka 73. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. Teško je utvrditi primjenjuju li se uvjeti iz članka 73. stavka 1. prvog podstavka Europskog zakonika elektroničkih komunikacija na mjere iz članka 72. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija i u slučaju u kojem se odluka donosi u okviru „niza mjera” (aa). Daljnji problemi nastaju u slučaju „jedinственog” tumačenja članka 72. stavaka 1. i 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, kao što je navedeno u točki IV. podtočki 3. (a) ovog zahtjeva.

aa) Nije jasno primjenjuju li se uvjeti iz članka 73. stavka 1. prvog podstavka Europskog zakonika elektroničkih komunikacija na mjere iz članka 72. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija i u slučaju u kojem se odluka donosi u okviru „niza mjera”. Točno je da se, čak i u odnosu na članak 72. stavak 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, nepostojanje ispitivanja „usporavanja razvoja održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu ili suprotnosti s interesima krajnjih korisnika” iz članka 72. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija načelno može objasniti činjenicom da je zakonodavac Zajednice smatrao da su mjere predviđene člankom 73. i člankom 72. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija određene u „nizu mjera”, zbog čega se ograničenja iz članka 73. stavka 1. prvog podstavka Europskog zakonika elektroničkih komunikacija također primjenjuju na propisivanje obveza u skladu s člankom 72. stavkom 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija; posljedica bi bila „usporedivost” uvjet iz članka 73. stavka 1. prvog podstavka i članka 72. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. U prilog tomu mogao bi govoriti i članak 73. stavak 2. drugi podstavak Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, a čini se da je to i shvaćanje njemačkog zakonodavca. Posljedica bi bila da se poteškoće u tumačenju članka 73. stavka 1. prvog podstavka Europskog zakonika elektroničkih komunikacija također „prenesu” na članak 72. stavak 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija.

Međutim, iz teksta odredbi ne proizlazi tumačenje u prilog postupanju u okviru „niza mjera”, zajedno s posljedicom primjene uvjeta iz članka 73. stavka 1. prvog podstavka na postupanje na temelju članka 72. stavka 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. Naprotiv, „usporedivost” uvjeta za postupanje na temelju članka 72. stavka 2. i postupanje na temelju članka 73. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija opovrgava to što formulacija članka 73. stavka 2. drugog podstavka Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, a osobito formulacija „samo propisivanje” koja se upotrebljava u njemačkoj jezičnoj verziji te odredbe, upućuje na to da zakonodavac Unije smatra obvezu pristupa građevinskoj infrastrukturi u načelu manje invazivnom; u tom smislu upućuje i uvodna izjava 187. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (vidjeti Neumann, N&R 2016., 262 <267> i N&R 2018., 204 <206 i sljedeća >; Scherer/Heinickel, MMR 2017., 71 <75>). Ako bi to bio slučaj, to bi potkrepljivalo blaže, a ne usporedive, uvjete za postupanje na temelju članka 72. stavka Europskog zakonika elektroničkih komunikacija.

bb) Daljnji problemi nastaju u slučaju „jedinственog” tumačenja članka 72. stavaka 1. i 2. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, kao što je navedeno u točki IV. podtočki 3. (a) ovog zahtjeva. Naime, ako se uzme u obzir odnos između članka 72. stavka 1. i članka 73. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, moguće je, ovisno o jezičnim verzijama članka 73. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, formulirati uži postupak ispitivanja na temelju članka 72. stavka 1. u odnosu na članak 73. stavak 1. prvi podstavak Europskog zakonika elektroničkih komunikacija. S druge strane, postojanje članka 73. stavka 2. drugog podstavka Europskog zakonika elektroničkih komunikacija upućuje na to da zakonodavac Unije smatra obvezu pristupa građevinskoj infrastrukturi u načelu manje invazivnom (vidjeti prethodna razmatranja). To je pak u određenom smislu u suprotnosti s člankom 72. stavkom 1. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija, kojim se u tom pogledu primjenjivi regulatorni razlozi uže formuliraju u odnosu na njemačku verziju članka 73. stavka 1. prvog podstavka Europskog zakonika elektroničkih komunikacija (vidjeti prethodna razmatranja), a kojim se vjerojatno osobito ne predviđaju drugi elementi odvagivanja. Znakovito je da se u okviru članka 73. stavka 2. drugog podstavka Europskog zakonika elektroničkih komunikacija ne postavlja pitanje je li samo propisivanje obveza u skladu s člankom 72. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija proporcionalno sredstvo za sprečavanje „usporavanja razvoja održivoga tržišnog natjecanja na maloprodajnom tržištu”, nego bi li obveza iz članka 72. Europskog zakonika elektroničkih komunikacija bila proporcionalna mjera za „promicanje tržišnog natjecanja i interesa krajnjih korisnika”. Usporavanje ili samo promicanje dva su različita kriterija.

[omissis]