

Zadeva C-327/24 [Lolach]

Predlog za sprejetje predhodne odločbe

Datum vložitve:

3. maj 2024

Predložitveno sodišče:

Verwaltungsgericht Köln (Nemčija)

Datum predložitvene odločbe:

2. maj 2024

Tožeča stranka:

Telekom Deutschland GmbH

Tožena stranka:

Bundesrepublik Deutschland

Verwaltungsgericht Köln (upravno sodišče v Kölnu)

Sklep

[...] (ni prevedeno)

V upravnem sporu med

Telekom Deutschland GmbH, [...] (ni prevedeno) Bonn,

tožeča stranka,

[...] (ni prevedeno)

in

Bundesrepublik Deutschland, [...] (ni prevedeno)

tožena stranka,

ⁱ Ime te zadeve je izmišljeno. Ne ustreza resničnemu imenu nobene od strank v postopku.

v zvezi s pravom telekomunikacij

je 21. senat Verwaltungsgericht Köln (upravno sodišče v Kölnu)

2. maja 2024

[...] (ni prevedeno)

sklenil:

Postopek se prekine.

Sodišču Evropske unije se v okviru postopka predhodnega odločanja na podlagi člena 267 PDEU predloži to vprašanje:

Ali je treba člena 72 in 73 Direktive (EU) 2018/1972 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. junija 2018 razlagati tako, da morajo nacionalni regulativni organi pri presoji, ali je treba naložiti obveznost zagotavljanja dostopa do gradbeniške infrastrukture, ki v skladu z analizo trga ni del upoštevnega trga,

preučiti *le*, ali bi, če ta obveznost ne bi bila naložena, zato prišlo do oviranja razvoja trajnostnega konkurenčnega trga ali to ne bi bilo v interesu končnih uporabnikov,

oziroma

ali se pri preučitvi naložitve obveznosti zagotavljanja dostopa do take gradbeniške infrastrukture poleg zgoraj navedenih pogojev lahko v „svežnju ciljev“ *enakovredno* upoštevajo tudi drugi cilji iz člena 3 Direktive (EU) 2018/1972 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2018 in po potrebi še drugi cilji?

Obrazložitev

I.

Spor se v bistvu nanaša na vprašanje zakonitosti naložitve obveznosti dostopa tožeči stranki.

Direktiva (EU) 2018/1972 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 (v nadaljevanju: EZEK) ureja naložitev obveznosti dostopa v členih 72 in 73 v nemški jezikovni različici – vsaj v zvezi s členom 73 se jezikovne različice razlikujejo – tako:

Člen 72

Dostop do gradbeniške infrastrukture

1. Nacionalni regulativni organ lahko v skladu s členom 68 podjetjem naloži obveznosti, da izpolnijo utemeljene zahteve za dostop do gradbeniške infrastrukture in za njeno uporabo, med drugim vključno z zgradbami ali vhodi v zgradbe, kabli, tudi napeljavami, antenami, stolpi in drugimi podpornimi konstrukcijami, drogovi, stebri, cevnimi vodi in kanali, revizijskimi in vstopnimi jaški ter omaricami, kadar nacionalni regulativni organ na podlagi analize trga ugotovi, da bi zavrnitev dostopa ali dostop pod neprimernimi pogoji s podobnim učinkom oviral razvoj trajnostnega konkurenčnega trga in ne bi bil v interesu končnega uporabnika.

2. Nacionalni regulativni organi lahko podjetju naložijo obveznosti, da zagotovi dostop v skladu s tem členom, ne glede na to, ali so sredstva, na katera vpliva obveznost, del upoštevne trga v skladu z analizo trga, pod pogojem, da je obveznost potrebna in ustrezna za izpolnjevanje ciljev člena 3.

Člen 73

Obveznosti dostopa do posebnih omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti in njihova uporaba

1. Nacionalni regulativni organi lahko v skladu s členom 68 podjetjem naložijo obveznosti, da izpolnijo utemeljene zahteve za dostop do posebnih omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti ter za njihovo uporabo, med drugim takrat, kadar menijo, da bi zavrnitev dostopa ali neprimerni pogoji s podobnim učinkom ovirali razvoj trajnostnega konkurenčnega maloprodajnega trga ali ne bi bili v interesu končnih uporabnikov.

Nacionalni regulativni organi lahko med drugim od podjetij zahtevajo, da:

- (a) tretjim stranem omogočijo dostop do posebnih fizičnih omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti, kot je ustrezno, ter njihovo uporabo, vključno z razvezanim dostopom do krajevne zanke in podzanke;
- (b) tretjim stranem omogočijo dostop do določenih aktivnih ali virtualnih omrežnih elementov in storitev;
- (c) se v dobri veri pogajajo s podjetji, ki zahtevajo dostop;
- (d) ne prekličejo že odobrenega dostopa do zmogljivosti;
- (e) opravijo določene storitve na veleprodajni ravni za ponovno prodajo s strani tretjih strani;
- (f) odobrijo odprti dostop do tehničnih vmesnikov, protokolov ali drugih ključnih tehnologij, ki so nujno potrebni za interoperabilnost storitev ali storitev virtualnih omrežij;

- (g) zagotovijo kolokacijo ali druge oblike souporabe pripadajočih zmogljivosti;
- (h) opravijo specifične storitve, potrebne za zagotovitev interoperabilnosti storitev med koncema za uporabnike ali gostovanje v mobilnih omrežjih;
- (i) zagotovijo dostop do sistemov za podporo obratovanja ali podobnih sistemov programske opreme, ki so potrebni za zagotovitev pravične konkurence pri izvajanju storitev;
- (j) med seboj povezujejo omrežja ali omrežne zmogljivosti;
- (k) zagotovijo dostop do pripadajočih storitev, kot so storitve za ugotavljanje identitete, lokacije in prisotnosti.

Nacionalni regulativni organi lahko pogojujejo te obveznosti s pogoji v zvezi s pravičnostjo, sprejemljivostjo in pravočasnostjo.

2. Kadar nacionalni regulativni organi preučujejo ustreznost naložitve možnih posebnih obveznosti iz odstavka 1 tega člena in zlasti kadar v skladu z načelom sorazmernosti presojujejo, ali in kako je treba take obveznosti naložiti, analizirajo, ali bi druge oblike dostopa do veleprodajnih vložkov na istem ali povezanem veleprodajnem trgu zadostovale za odpravo ugotovljenega problema v korist končnih uporabnikov. V to presojo se vključijo ponudbe komercialnega dostopa, regulirani dostop na podlagi člena 61 ali obstoječi ali predvideni regulirani dostop do drugih veleprodajnih vložkov v skladu s tem členom. Nacionalni regulativni organi upoštevajo zlasti naslednje dejavnike:

- (a) tehnično in gospodarsko upravičenost uporabe ali namestitve konkurenčnih zmogljivosti z vidika stopnje tržnega razvoja, pri čemer se upoštevata narava in vrsta vključenega medomrežnega povezovanja ali dostopa, vključno z zmožnostjo drugih izdelkov za dostop do nabavnega trga, kot je dostop do vodov;
- (b) pričakovan tehnološki razvoj, ki vpliva na zasnovo in upravljanje omrežja;
- (c) potrebo, da se zagotovi tehnološka nevtralnost, ki strankam omogoča zasnovo in upravljanje njihovih lastnih omrežij;
- (d) izvedljivost zagotovitve predlaganega dostopa v zvezi z razpoložljivo kapaciteto;
- (e) začetno vlaganje imetnika zmogljivosti, pri čemer se upoštevajo vsa javna vlaganja in tveganja v zvezi z vlaganjem, zlasti v zvezi z

vlaganji v zelo visokozmogljiva omrežja in z njimi povezanimi ravnmi tveganja;

(f) potrebo po dolgoročnem varstvu konkurence, pri čemer se posebna pozornost posveti ekonomsko učinkoviti konkurenci na področju infrastrukture in inovativnim poslovnim modelom, ki podpirajo trajnostno konkurenco, kot so modeli, ki temeljijo na sofinanciranju omrežij;

(g) vse zadevne pravice intelektualne lastnine, kadar je to primerno;

(h) zagotavljanje vseevropskih storitev.

Kadar namerava nacionalni regulativni organ v skladu s členom 68 naložiti obveznosti na podlagi člena 72 ali tega člena, preuči, ali bi bila zgolj naložitev obveznosti v skladu s členom 72 sorazmeren način za spodbujanje konkurence in interesa končnega uporabnika.

3. Kadar nacionalni regulativni organi podjetju naložijo obveznosti zagotavljanja dostopa v skladu s tem členom, lahko določijo tehnične ali operativne pogoje, ki jih morajo ponudnik ali upravičenci do takšnega dostopa izpolnjevati, kadar je to potrebno za zagotovitev normalnega delovanja omrežja. Obveznosti upoštevanja posebnih tehničnih standardov ali specifikacij morajo biti skladne s standardi in specifikacijami, določenimi v skladu s členom 39.

Nemški zakonodajalec je ti določbi prenesel v eno določbo, in sicer v člen 26 Telekommunikationsgesetz (zakon o telekomunikacijah) z dne 23. junija 2021 v različici z dne 10. septembra 2021, kakor je bila v tu upoštevnem trenutku nazadnje spremenjena z zakonom z dne 20. julija 2022 (BGBI. I, str. 1166) – TKG, takole:

Člen 26 Obveznosti dostopa

1. Bundesnetzagentur (zvezna agencija za omrežja) lahko od podjetja s pomembno tržno močjo zahteva, da zagotovi dostop drugim podjetjem, če bi bil sicer oviran razvoj trajnostnega konkurenčnega maloprodajnega trga in to ne bi bilo v interesu končnih uporabnikov.

2. Pri presoji, ali in katere obveznosti dostopa so utemeljene v skladu z odstavkom 1 in ali so sorazmerne s cilji iz člena 2, zvezna agencija za omrežja preuči, ali:

(1) že naložene ali predvidoma naložene obveznosti v skladu s tem delom oziroma že sklenjeni ali ponujeni sporazumi o komercialnem dostopu na zadevnem ali povezanem veleprodajnem trgu in

(2) samo naložitev obveznosti v skladu z odstavkom 3, točka 10,

zadostujejo za zagotavljanje ciljev iz člena 2. Pri tem zvezna agencija za omrežja upošteva zlasti:

1. tehnično in gospodarsko upravičenost uporabe ali namestitve konkurenčnih naprav z vidika stopnje tržnega razvoja, pri čemer se upoštevata narava in vrsta vključenega medomrežnega povezovanja in dostopa, vključno z izvedljivostjo drugih proizvodov za dostop do nabavnega trga;
 2. izvedljivost zagotovitve predlaganega dostopa v zvezi z razpoložljivo kapaciteto;
 3. začetna vlaganja imetnika naprave, pri čemer se upoštevajo vsa javna vlaganja in tveganja v zvezi z vlaganjem, zlasti tista tveganja, ki so povezana z vlaganji v zelo visokozmogljiva omrežja;
 4. potrebo po dolgoročnem varstvu konkurence, pri čemer se posebna pozornost nameni konkurenci na področju infrastrukture in inovativnih poslovnih modelov;
 5. pravice industrijske lastnine ali pravice intelektualne lastnine;
 6. zagotavljanje storitev po vsej Uniji in
 7. pričakovan tehnološki razvoj snovanja in upravljanja omrežja.
3. Zvezna agencija za omrežja lahko podjetjem s pomembno tržno močjo v skladu z odstavkom 1 med drugim naloži naslednje obveznosti:
- (1) da omogočijo dostop do posebnih fizičnih omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti, vključno z fizično razvezanim dostopom do krajevne zanke;
 - (2) da ne prekličejo že odobrenega dostopa do zmogljivosti;
 - (3) da omogočijo dostop do določenih aktivnih ali virtualnih omrežnih elementov in storitev, vključno z virtualno razvezanim širokopasovnim dostopom;
 - (4) da opravijo specifične storitve, potrebne za zagotovitev interoperabilnosti storitev med koncema za uporabnike ali gostovanje v mobilnih omrežjih;
 - (5) da zagotovijo dostop do sistemov za podporo obratovanja ali podobnih sistemov programske opreme, ki so potrebni za zagotovitev enakih konkurenčnih možnosti pri izvajanju storitev, pri čemer morajo omogočiti zagotavljanje učinkovitosti obstoječih zmogljivosti;

(6) da zagotovijo dostop do pripadajočih storitev, kot so storitve za ugotavljanje identitete, lokacije in prisotnosti;

(7) da omogočijo medomrežno povezovanje javnih telekomunikacijskih omrežij;

(8) da odobrijo odprti dostop do tehničnih vmesnikov, protokolov ali drugih ključnih tehnologij, ki so nepogrešljivi za interoperabilnost storitev ali za storitve virtualnih telekomunikacijskih omrežij;

(9) da zagotovijo kolokacijo ali druge oblike souporabe pripadajočih zmogljivosti ter prosilcem za dostop ali njihovim pooblaščencom vedno omogočijo dostop do teh zmogljivosti in

(10) da zagotovijo dostop do gradbeniške infrastrukture, ki med drugim vključuje zgradbe ali vhode v zgradbe, kable, tudi napeljave, antene, stolpe in druge podporne konstrukcije, drogove, stebre, cevne vode in kanale, revizijske in vstopne jaške ter omarice, tudi če niso del upoštevnega proizvodnega trga iz člena 10, če je obveznost dostopa potrebna in sorazmerna glede na problem, ugotovljen v analizi trga iz člena 11.

4. Če podjetje dokaže, da bi uporaba storitve ogrozila ohranitev celovitosti omrežja ali varnost obratovanja omrežja, zvezna agencija za omrežja ne naloži zadevne obveznosti dostopa oziroma jo naloži v drugačni obliki. Ohranjanje celovitosti omrežja in varnost obratovanja omrežja je treba presojati v skladu z objektivnimi merili.

5. Če zvezna agencija za omrežja podjetju naloži obveznost dostopa, lahko določi tehnične ali operativne pogoje, ki jih morajo ponudnik ali upravičenci do takšnega dostopa izpolnjevati, kadar je to potrebno za zagotovitev normalnega delovanja telekomunikacijskega omrežja. Obveznosti upoštevanja posebnih tehničnih standardov ali specifikacij so skladne s standardi in specifikacijami, določenimi v skladu s členom 39 Direktive (EU) 2018/1972.

6. Pri izpolnjevanju obveznosti dostopa so dovoljene možnosti uporabe storitev dostopa in sodelovanja med podjetji, ki so upravičena do dostopa, razen če podjetje za vsak primer posebej dokaže, da možnost uporabe ali sodelovanja zaradi tehničnih razlogov ni mogoča ali je mogoča v le omejenem obsegu.

II.

Tožeča stranka je podjetje, ki ponuja telekomunikacijske storitve, in je bila v okviru opredelitve trga z dne 10. oktobra 2019 označena kot podjetje s pomembno tržno močjo na enotnem proizvodnem trgu v zvezi z dostopom do krajevne zanke

na fiksnih lokacijah. Vendar pa opredelitev trga *ni* zajemala trga v zvezi z dostopom do gradbeniške infrastrukture.

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (zvezna agencija za omrežja električne energije, plina, telekomunikacij, pošte in železnic, Nemčija) (v nadaljevanju: zvezna agencija za omrežja) je nato s sklepom z dne 21. julija 2022 tožeči stranki med drugim naložila:

„1.1.: Da drugim podjetjem omogoči dostop do kablskih vodov ter do stebrov in podpornih sistemov za nadzemne linije, ki obstajajo v času povpraševanja, z namenom postavitve in obratovanja zelo visokozmogljivih omrežij na fiksnih lokacijah ali z namenom dostopa do krajevne zanke v omarici oziroma MSAN (točka 1.2 ali 1.3) v mejah razpoložljivih zmogljivosti, pri čemer ima (tožeča stranka) lahko ustrezno obratovalno rezervo in prednostno zadovolji svoje potrebe. Če dostop ni namenjen dostopu do krajevne zanke, se obveznost storitve in druge obveznosti, povezane z njo, iz točk 2, 4 in 5 začnejo 1. 1. 2024.

1.2. Drugim podjetjem zagotovi fizično razvezani dostop do bakrene krajevne zanke na glavnem razdelilniku ali točki, ki je bližje enoti krajevne zanke kot glavni razdelilnik (zlasti omarica oziroma razdelilna točka – APL), razen če lahko ali morajo zavrniti dostop v skladu z določbami Priloge 1 – zavrnitev dostopa do krajevne zanke zunaj neposredne bližine glavnega razdelilnika – in Priloge 2 – zavrnitev dostopa do krajevne zanke znotraj neposredne bližine glavnega razdelilnika – k tej točki...“

Zvezna agencija za omrežja v obrazložitvi navede med drugim naslednje:

„Obveznosti dostopa

Senat [...] (ni prevedeno) je obveznosti dostopa, ki so bile (tožeči stranki) na trgu, ki je predmet postopka, naložene z regulativnim aktom BK3g-09/085 z dne 21. marca 2011 (kakor je bil spremenjen z regulativnim aktom BK3g-15/004 z dne 1. septembra 2016), ohranil ali spremenil takole:

1. Program preučitve iz člena 26 TKG

Naložitev obveznosti dostopa izhaja iz člena 26 TKG.

Zvezna agencija za omrežja lahko na podlagi člena 26(1), prvi stavek, TKG operaterjem javnih telekomunikacijskih omrežij, ki imajo pomembno tržno moč, naloži, da drugim podjetjem zagotovijo dostop, vključno z razvezanim dostopom glede na povpraševanje, zlasti kadar bi sicer bil oviran razvoj trajnostnega konkurenčnega maloprodajnega trga ali to ne bi bilo v interesu končnih uporabnikov. Zvezna agencija za omrežja mora pri presoji, ali in katere obveznosti dostopa so utemeljene in ali so sorazmerne z regulativnimi cilji iz člena 2 TKG, upoštevati zlasti merila, naštetá v členu 26(2), drugi

stavek, točke od 1 do 7, TKG. Iz navedene določbe in njenega sklicevanja na regulativne cilje (in regulativna načela) iz člena 2 TKG izhaja, da morajo naloženi ukrepi izpolnjevati obsežen sveženj ciljev, hkrati pa spoštovati nekatere omejitve (glej v zvezi s členom 21 TKG 2004, BVerwG (zvezno upravno sodišče), sodba z dne 21. septembra 2018 – 6 C 50/16 – točka 48, in BVerwG (zvezno upravno sodišče), sodba z dne 21. septembra 2018 – 6 C 8/17 –, BVerwGE 163, 181-232, točka 51). Sveženj ciljev, ki je upošteven v tem okviru, je sestavljen iz štirih temeljnih ciljev, ki imajo delno različne dodatne odtenke.

Prvi temeljni cilj je zagotoviti povezljivost ter spodbujati dostop do zelo visokozmogljivih omrežij in njihovo uporabo s strani vseh državljanov in podjetij (člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(2), točka 1, TKG). Drugi temeljni cilj je spodbujanje konkurence. Pri tem je zlasti pomembna konkurenca na maloprodajnem trgu (člen 26(1) TKG). Spodbujali naj bi se trajnostni konkurenčni telekomunikacijski trgi ter s tem povezane naložbe v infrastrukturo in inovacije (člen 26(1); člen 26(2), drugi stavek, točka 4; člen 26(2), prvi stavek, v povezavi z odstavkoma 2, točki 2 in 3(e), ter (3), točka 4, TKG). Poleg tega morajo biti podane enake konkurenčne možnosti (člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(2), točka 2, in (3), točka 2, TKG). Pri spodbujanju konkurence je treba ustrezno upoštevati tako interes na območju (člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(2), točka 2, *in fine*, TKG) kot tudi številne pogoje, povezane s konkurenco, ki obstajajo na različnih geografskih območjih Zvezne republike Nemčije (člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(3), točka 5, alternativa 2, TKG). V skladu s tretjim temeljnim ciljem je treba varovati uporabnike, zlasti interese potrošnikov na področju telekomunikacij (člen 26(1), *in fine*, člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(2), točka 3, TKG). Treba si je prizadevati za največjo možno korist za uporabnike v smislu izbire, cene in kakovosti (člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(2), točka 3(b), TKG). Interese uporabnikov in potrošnikov je treba spodbujati zlasti tako, da se ponovno zagotovi povezljivost, široka razpoložljivost in pospešeno uvajanje zelo visokozmogljivih omrežij ter spodbuja njihova uporaba (člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(2), točki 1 in 3a, TKG). Poleg tega je treba zagotoviti enake življenjske razmere na mestnih in podeželskih območjih (člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(2), točka 3b, TKG). Tudi v tem primeru je treba ustrezno upoštevati različne pogoje v zvezi s potrošniki, ki obstajajo na različnih geografskih območjih Zvezne republike Nemčije (člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(3), točka 5, alternativa 3, TKG). Četrto, treba je spodbujati razvoj notranjega trga Evropske unije (člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(2), točka 4, TKG). To vključuje tudi zagotavljanje vseevropskih storitev (člen 26(2), drugi stavek, točka 6, TKG).

Pri uresničevanju tega sveznja ciljev je treba spoštovati različne omejitve. Na splošno člen 2(3) TKG določa, da zvezna agencija za omrežja pri uresničevanju ciljev iz odstavka 2 uporablja objektivna, pregledna,

nediskriminatorna in sorazmerna regulativna načela. Ta načela so pojasnjena v členu 2(3) in členu 26(2), drugi stavek, TKG. V okviru potrebe nujnosti je treba presoјati zlasti tehnično in gospodarsko upravičenost uporabe ali namestitve konkurenčnih zmogljivosti z vidika stopnje tržnega razvoja (člen 26(2), drugi stavek, točka 1, TKG) in vprašanje, ali obveznosti, ki so že naložene na podlagi drugega dela TKG ali sporazumov o komercialnem dostopu, ki so že bili sklenjeni ali ponujeni na zadevnem ali na povezanem veleprodajnem trgu (člen 26, odstavek 2, prvi stavek, točka 1, TKG), in sama naložitev obveznosti dostopa v zvezi s kablenskimi vodi ter stebri in podpornimi sistemi za nadzemne linije (člen 26(2), prvi stavek, točka 2, TKG) zadostujeta za zagotavljanje regulativnih ciljev iz člena 2 TKG (člen 26(2), prvi stavek, TKG).

Pri preučitvi sorazmernosti je treba upoštevati temeljni pravici zadevne osebe do svobodne izbire poklica (člen 12(1) GG (temeljni zakon)) in do varstva lastnine (člen 14(1) temeljnega zakona). To velja zlasti za možnosti omogočanja dostopa glede na razpoložljive zmogljivosti (člen 26(2), drugi stavek, točka 2, TKG) in za začetna vlaganja imetnika zmogljivosti, pri čemer se upoštevajo morebitna javna vlaganja in tveganja v zvezi z vlaganjem (člen 26(2), drugi stavek, točka 3, TKG), ter na splošno tveganja v zvezi z vlaganjem podjetja, ki vlaga, ter v okviru sodelovanja med vlagatelji in njihovimi prosilci za dostop (člen 26(1), prvi stavek, *in fine*; člen 26(2), drugi stavek, točka 4; člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(2), točka 2, prvi stavek, in (3), točka 4, TKG). Poleg tega sta lahko pomembni načeli varstva legitimnih pričakovanj in pravne varnosti. Na primer, predvidljivost ureditve je treba spodbujati tako, da zvezna agencija za omrežja v razumnih obdobjih ohranja enoten regulativni pristop (člen 26(2), prvi stavek, v povezavi s členom 2(3), točka 1, TKG). V posameznem primeru so lahko pomembni tudi učinki na druge pravne dobrine, kot so pravice industrijske lastnine, pravice intelektualne lastnine in zagotavljanje vseevropskih storitev (člen 26(2), drugi stavek, točki 5 in 6, TKG) ter interes za ohranjanje celovitosti omrežja in varnost obratovanja omrežja (člen 26(4) in (5) TKG).“

Ob upoštevanju tega merila je zvezna agencija za omrežja v nadaljevanju preučila naložitev zgoraj navedenih obveznosti dostopa, vključno z obveznostjo dostopa do gradbeniške infrastrukture.

Tožeča stranka je 19. avgusta 2022 zoper ta sklep zvezne agencije za omrežja z dne 21. julija 2022 pri predložitvenem sodišču vložila tožbo, s katero je med drugim predlagala:

„1. sklep tožene stranke z dne 21. julija 2022 (BK3i-19/020) naj se razglasi za ničn v delu, v katerem so tožeči stranki naložene te obveznosti:

- (a) obveznost iz točke 1.1 izreka, da se drugim podjetjem omogoči dostop do kablenskih vodov ter stebrov in podpornih sistemov za

nadzemne linije z namenom postavitve in obratovanja omrežij z zelo visoko zmogljivostjo na fiksnih lokacijah;

podredno k točki (a),

(b) obveznost iz točke 1.1 izreka, da se drugim podjetjem omogoči dostop do kabelskih vodov ter stebrov in podpornih sistemov za nadzemne linije z namenom postavitve in obratovanja omrežij z zelo visoko zmogljivostjo na fiksnih lokacijah, ki jih je tožeča stranka na novo zgradila za postavitev svojega FTTB/H-omrežja.

še bolj podredno k točkama (a) in (b),

(c) obveznost iz točke 1.1 izreka, da se drugim podjetjem omogoči dostop do kabelskih vodov ter stebrov in podpornih sistemov za nadzemne linije z namenom postavitve in obratovanja omrežij z zelo visoko zmogljivostjo na fiksnih lokacijah, ki so bili dokončani pred manj kot sedmimi leti;

(d) obveznost iz točke 4 izreka, da se objavi standardna ponudba za storitve dostopa do kabelskih vodov ter stebrov in podpornih sistemov za nadzemne linije z namenom postavitve in obratovanja omrežij z zelo visoko zmogljivostjo na fiksnih lokacijah;

(e) obveznost iz točke 5.1 izreka, da se v skladu s členom 39 TKG odobrijo tarife za omogočanje dostopa do kabelskih vodov ter stebrov in podpornih sistemov za nadzemne linije z namenom postavitve in obratovanja omrežij z zelo visoko zmogljivostjo na fiksnih lokacijah;

(f) obveznost iz točke 4 izreka, da se objavi standardna ponudba za storitve dostopa za virtualno razvezani dostop v obliki Layer-2-produkta za dostop na Switch/BNG pri FTTB/H-infrastrukturah, ki jih je mogoče tržiti na množičnem trgu;

2. podredno k predlogom v točki 1, sklep tožene stranke z dne 21. julija 2022 (BK3i-19/020) naj se razglasi za ničen v celoti, če bi sodišče menilo, da sklepa ni mogoče razdeliti v tem smislu.“

V zvezi z vprašanjem, ki je upošteveno za predhodno odločanje, je bilo navedeno, da se zvezna agencija za omrežja pri naložitvi obveznosti dostopa na podlagi člena 26(1) TKG opira na napačno razlago predpisa. V obrazložitvi regulativnega akta naj bi ob predstavitvi programa preučitve bilo opisano zastarelo besedilo člena 21(1), prvi stavek, TKG 2004, v zdaj veljavnem členu 26(1) TKG pa naj bi dejansko bile spremembe. Beseda „zlasti“ naj bi bila namreč črtana iz besedila, pogoja „oviranje konkurence na maloprodajnem trgu“ in „ne bi bilo v interesu končnih uporabnikov“ pa naj bi bila namesto z „ali“ odslej povezana z „in“. Zvezna agencija za omrežja naj nato ne bi upoštevala obojega in naj bi svojo odločitev oprla na napačen program preučitve. Te spremembe naj ne bi bile le

redakcijske, ampak naj bi šlo v skladu z obrazložitvijo zakona za zavestne odločitve zakonodajalca. Razlaga v skladu z Direktivo naj ne bi bila mogoča. To naj ne bi bilo mogoče zaradi volje nemškega zakonodajalca, izrecno izražene v pripravljavnih gradivih za zakon. Po drugi strani naj navsezadnje ne bi bilo razlike med pravom iz Direktive in nacionalnim pravom. Nato naj bi bilo treba v okviru člena 26(1) TKG zato najprej ugotoviti, da so pogoji, ki so v njem navedeni, kumulativni, preden bi se lahko vključili v presojo iz člena 26(2) TKG in izvajanje diskrecijske presoje. Z različnim pristopom zvezne agencije za omrežja naj bi bili primarni cilji regulacije dostopa, ki jih je zakonodajalec izrecno postavil v ospredje, nedopustno relativizirani, tehtanje pa naj ne bi bilo uravnoteženo. Nazadnje, v regulativnem aktu naj ne bi bili kumulativno preučeni pogoji iz člena 26(1) TKG.

Tožena stranka pa v zvezi z vprašanji, pomembnimi za predhodno odločanje, meni, da zvezna agencija za omrežja regulativnega akta ni oprla na napačno razlago predpisa; zlasti naj ne bi za podlago uporabila pogojev iz prejšnjega člena 21(1), prvi stavek, TKG 2004. Člen 26(1) TKG bi bilo treba v skladu z Direktivo razlagati tako, da beseda „in“ med pogoji ne pomeni kumulativne povezave, ampak naštevanje. Poleg tega naj za zakonitost sklepa o presoji ne bi bila upoštevna predstavitev programa preučitve pred oklepajem, ampak sam dejanski sklep: oba pogoja iz člena 26(1) TKG naj bi bila vključena v sklep o presoji. Besedilo člena 26(1) TKG naj ne bi omogočalo sklepa, da je zvezna agencija za omrežja pri preučitvi obeh pogojev omejena. Nasprotno, glede na člen 26(2) TKG naj bi lahko pri tehtanju vključila druge vidike; sodno prakso Bundesverwaltungsgericht (zvezno upravno sodišče) v zvezi s „preučitvijo svežnja ciljev“ v zvezi s členom 21(1), prvi stavek, TKG 2004 naj bi bilo treba prenesti na člen 26 TKG.

[...] (ni prevedeno) [dodatni predlog za izdajo začasne odredbe]

III.

Postavljeno vprašanje prava Skupnosti je odločilno za rešitev spora. V obravnavanem primeru se uporablja načelo razlage v skladu z direktivo (1.). Izidi spora se razlikujejo glede na razlago členov 72 in 73 EZEK (2.).

1. V obravnavanem primeru se uporablja načelo razlage v skladu z direktivo. Seveda je razlaga v skladu z direktivo izključena, če obstajajo *jasna* nacionalna pravila. Vendar v obravnavani zadevi ni tako. V nacionalnem pravu obstajajo tako vidiki, ki govorijo v prid temu, da je treba člen 26 TKG razlagati tako, da bi morala [tožena stranka] „vnaprej“ opraviti preučitev le glede na zakonsko dejansko stanje iz člena 26(1) TKG (a), kot tudi vidiki, ki govorijo v prid temu, da mora tožena stranka – prej in potem – odločiti o naložitvi obveznosti dostopa v okviru „svežnja ciljev“ (b).

(a) Zdi se, da je najprej besedilo predpisa v *prid temu*, da je treba člen 26 TKG razlagati tako, da bi morala tožena stranka „predhodno“ opraviti preučitev le glede

na zakonsko dejansko stanje iz člena 26(1) TKG („... sicer bi bil oviran razvoj trajnostnega konkurenčnega maloprodajnega trga in ne bi bilo v interesu končnih uporabnikov.“). V členu 26(1) TKG je namreč – drugače kot v členu 21(1), prvi stavek, zakona o telekomunikacijah z dne 22. junija 2004, ki je bil razveljavljen s členom 61 zakona z dne 23. junija 2021 (BGBl. I S. 1858)[,] – črtana beseda „zlasti“. V podporo tej razlagi člena 26(1) TKG je mogoče dalje navesti, da je zakonodajalec iz besedila sistematično črtal besedo „zlasti“, da bi ponazoril „naravnost ureditve dostopa na veleprodajni ravni k odpravi problema konkurence na maloprodajnem trgu“ (glej BT-Drs. 19/26108, str. 263). Iz tega je mogoče morebiti sklepati, da je bil namen zakonodajalca omejiti možnost naložitve obveznosti dostopa na raven dejanske naložitve zgolj iz posebnih razlogov za urejanje, kar odstopa od pristopa, ki je bil doslej uporabljen. V zvezi s tem je mogoče navesti tudi, da je zakonodajalec s sistematičnega vidika dosedanji člen 21(1) TKG 2004 v členu 26 TKG razdelil na dva odstavka. V prid avtonomiji člena 26(1) TKG, ki se s tem nakazuje, govori tudi naslednje: S sistematičnega vidika člen 26(1) TKG, ki izčrpno poudarja posamezne razloge za urejanje, ne bi bil potreben, če bi nazadnje bilo treba opraviti oziroma bi se lahko opravila na podlagi člena 26(2) TKG široko zastavljena skupna presoja. Samostojnost področja uporabe člena 26(1) TKG se pojavi le v primeru preučitve po fazah.

(b) Vendar so tehtni argumenti *tudi v prid* temu, da bi morala tožena stranka odločiti o naložitvi obveznosti dostopa v okviru „svežnja ciljev“. Res je, da je bilo glede na zgodovino nastanka črtanje besede „zlasti“ obrazloženo z „naravnostjo ureditve dostopa na veleprodajni ravni k odpravi problema konkurence na maloprodajnem trgu“. *Hkrati* je bilo črtanje besede „zlasti“ obrazloženo tudi s tem, da se je v zvezi s tem upoštevalo ustrezno črtanje v členu 73(1), prvi pododstavek, EZEK. To sklicevanje ni razumljivo. Čeprav člen 73(1), prvi pododstavek, EZEK namreč ne vsebuje besede „zlasti“, pa se seznam razlogov za urejanje v veljavni različici začne z besedami „med drugim takrat“. Ta uvodni del je najti tudi v drugih jezikovnih različicah: v nizozemščini („onder autres quandeer“), francoščini („notamment lorsqu’elles“), italijanščini („in particolare qualora“). Nasprotno pa se zdi, da se seznam v angleški različici ne začne s temi besedami („in situations when“). Samo domnevamo lahko, ali je bila angleška različica v nemškem obrazložitelvenem memorandumu k TKG upoštevana kot „ustrezna različica“. Kot sklep o zgodovini nastanka člena 26(1) TKG lahko torej zadostuje ugotovitev, da zgodovina nastanka odpira več vprašanj, kot ponuja odgovore. Vendar predvsem: v podporo temu drugemu vidiku je mogoče navesti, da se sodna praksa Bundesverwaltungsgericht (zvezno upravno sodišče) v zvezi z možnostjo oblikovanja „svežnja ciljev“ v okviru preučitve iz člena 21(1) TKG 2004 ne opira na člen 21(1), prvi stavek, TKG 2004 niti na besedo „zlasti“, ki je bila takrat še uporabljena kot uvodna beseda, temveč jo je razbrala neposredno iz člena 21(1), drugi stavek, TKG 2004, ki je z besedama „pri preučitvi“ vzpostavil povezavo s prvim stavkom (sodba BVerwG (zvezno upravno sodišče) z dne 21. septembra 2018 – 6 C 8.17 – juris, točka 43, in 6 C 50.16, točki 41 in 47). Na tej podlagi je mogoče člen 26(2) TKG, ki je ima enake uvodne besede kot člen 21(1), drugi stavek, TKG 2004, tako kot prej razlagati kot določbo, ki nalaga (enotni in skupni) program preučitve. Zoper to pa je vsekakor mogoče navesti, da poleg

prejšnjega člena 21(1), prvi stavek, TKG 2004 člen 26(2), prvi stavek, TKG zdaj (v skladu z besedilom) vsebuje predvsem tako imenovani „preizkus zadostnosti“ in da se odprta preučitev, ki se, kot se zdi, sklicuje na cilje člena 2 TKG, nanaša samo na ta preizkus. Vendar so drugje v členu 26(2), drugi stavek, TKG omenjeni drugi vidiki tehtanja, katerih povezava s „preizkusom zadostnosti“ po eni strani ni dovolj jasna in po drugi strani ne omogoča razumevanja njihovega samostojnega pomena (brez prvega stavka, drugi del).

2. Glede na možnost razlage v skladu z direktivo je izid pravnega spora odvisen od odgovora na predložena vprašanja. Če člen 72 ali 73 EZEK nasprotuje nacionalni zakonski ureditvi oziroma njeni razlagi, v skladu s katero lahko regulativni organ, ko po uradni dolžnosti presoja, ali mora naložiti obveznost dostopa do gradbeniške infrastrukture, poleg pogojev, omenjenih v členu 72(1) EZEK (oviranje razvoja trajnostnega konkurenčnega trga ali ni v interesu končnih uporabnikov), upošteva tudi cilje iz člena 3 EZEK in po potrebi druge cilje v okviru skupne preučitve, bi tožeča stranka s tožbo uspela (a). Če pa člen 72 ali 73 EZEK ne nasprotuje nacionalni zakonski ureditvi oziroma njeni razlagi, v skladu s katero lahko regulativni organ, ko po uradni dolžnosti presoja, ali mora naložiti obveznost dostopa do gradbeniške infrastrukture, poleg pogojev, omenjenih v členu 72(1) EZEK (oviranje razvoja trajnostnega konkurenčnega trga ali ni v interesu končnih uporabnikov), upošteva tudi cilje iz člena 3 EZEK in po potrebi druge cilje v okviru skupne preučitve, tožeča stranka s tožbo ne bi uspela (b).

(a) Če člen 72(1) ali člen 72(2) EZEK vsakokrat v povezavi s členom 68(1) EZEK nasprotuje nacionalni zakonski ureditvi oziroma njeni razlagi, v skladu s katero lahko regulativni organ, ko po uradni dolžnosti presoja, ali mora naložiti obveznost dostopa do gradbeniške infrastrukture, poleg pogojev, omenjenih v členu 72(1) EZEK (oviranje razvoja trajnostnega konkurenčnega trga ali ni v interesu končnih uporabnikov), upošteva tudi cilje iz člena 3 EZEK in po potrebi druge cilje v okviru skupne preučitve, bi tožeča stranka s tožbo uspela. V tem primeru bi bilo namreč treba člen 26(1) in (2) TKG razlagati tako, da bi morala tožena stranka „predhodno“ opraviti preučitev le glede na zakonsko dejansko stanje iz člena 21(1) TKG („sicer bi bil oviran razvoj trajnostnega konkurenčnega maloprodajnega trga in to ne bi bilo v interesu končnih uporabnikov“). Zaradi tega bi bila izpodbijana odločba verjetno nezakonita; to velja neodvisno od vprašanja, ali se presoja, ali je treba naložiti obveznost dostopa, najprej zahteva le „globalno“ v smislu „katere koli“ obveznosti dostopa v smislu člena 3, točka 74, TKG ali „konkretno“ glede na alternativo odobritve dostopa, omenjeno v členu 26(3) TKG. To izhaja že iz dejstva, da se tožena stranka vsebinsko ni sklicevala na določbo člena 26(1) TKG v novi različici, ampak na določbo člena 21 TKG v njegovi stari različici, čeprav obstajajo upoštevne spremembe; to že kaže na obstoj napake. Tožena stranka prav tako ni nikoli vsebinsko samostojno preučila, ali bi bil na splošno oviran razvoj trajnostnega konkurenčnega maloprodajnega trga in ne bi bilo v interesu končnih uporabnikov, če ne bi omogočila dostopa. Tožena stranka z „razpršenimi“ preučitvami teh značilnosti ne more odpraviti te pomanjkljivosti: ker je na straneh 106 in 107 izpodbijanega akta (javna različica) v okviru „svežnja ciljev“ omenjeno tudi spodbujanje konkurence in varstvo interesov potrošnikov, to

očitno ne zadostuje, da bi bile izpolnjene tako razumljene zahteve iz člena 26(1) TKG. Po eni strani se ne preuči, ali bi bil brez zagotovitve dostopa oviran razvoj trajnostnega konkurenčnega maloprodajnega trga in to ne bi bilo v interesu končnih uporabnikov; „spodbujanje“ oziroma „varstvo“ nekaterih interesov in „oviranje“ oziroma „nasprotovanje“ sta različni merili. Po drugi strani so bili poleg teh dveh interesov upoštevani tudi drugi interesi. Enako velja za navedbe na straneh 117, 119, 129 ter 134 in naslednje izpodbijanega akta (javna različica). Nič od tega se ne bi spremenilo niti, če bi v členu 26(1) TKG na podlagi razlage, skladne s pravom Skupnosti, besedo „in“ nadomestili z besedo „ali“ (kot v členu 21(1) stare različice TKG). Tožena stranka namreč ni zadostno preučila, ali bi bil brez zagotovitve dostopa oviran razvoj trajnostnega konkurenčnega maloprodajnega trga niti ali to ne bi bilo v interesu končnih uporabnikov (glej zgoraj).

(b) Če pa člen 72(1) ali 73 EZEK ne nasprotuje nacionalni zakonski ureditvi oziroma njeni razlagi, v skladu s katero lahko regulativni organ, ko po uradni dolžnosti presoja, ali mora naložiti obveznost dostopa do gradbeniške infrastrukture, poleg pogojev, omenjenih v členu 72(1) EZEK (oviranje razvoja trajnostnega konkurenčnega trga ali ni v interesu končnih uporabnikov), upošteva tudi cilje iz člena 3 EZEK in po potrebi druge cilje v okviru skupne preučitve, tožeča stranka s tožbo ne bi uspela. V tem primeru člena 26(1) in (2) TKG namreč ne bi bilo treba razlagati tako, da bi morala tožena stranka „predhodno“ opraviti preučitev le glede na zakonsko dejansko stanje iz člena 21(1) TKG („sicer bi bil oviran razvoj trajnostnega konkurenčnega maloprodajnega trga in to ne bi bilo v interesu končnih uporabnikov“). Izpodbijana odločba bi bila torej verjetno zakonita, saj bi tožena stranka lahko – kot je storila – „preučila sveženj ciljev“.

Dejstva, da je izid spora odvisen od odgovora na to vprašanje, prav tako ne spremeni tega, da bi bilo treba izpodbijano odločbo razglasiti za nično iz drugih razlogov. Tožeča stranka je sklep zvezne agencije za omrežja izpodbijala z drugimi argumenti kot pravkar navedenimi, vendar s temi argumenti verjetno ne bi uspela (glej sklep v postopku za izdajo začasne odredbe).

IV.

Predložitveno sodišče na postavljeno vprašanje ne more odgovoriti v smislu „*acte clair*“. Po mnenju predložitvenega sodišča na postavljeno vprašanje sicer ni mogoče odgovoriti neposredno s členom 73(1), prvi pododstavek, EZEK (1.) niti s členom 72(1) EZEK (2.). Ni pa jasno, kako je treba uporabiti določbo člena 73(2) EZEK (3).

1. Po mnenju predložitvenega sodišča na postavljeno vprašanje ni mogoče odgovoriti neposredno s členom 73(1), prvi pododstavek, EZEK. In sicer zato, ker je po njegovem mnenju za naložitev obveznosti dostopa do gradbeniške infrastrukture najprej upoštevna edino določba člena 72 EZEK (*lex specialis*). Če pa bi bilo drugače, člen 73 EZEK odpira tri težave v zvezi z zastavljenim vprašanjem: Prvič, jezikovne različice določbe se razlikujejo, (a) drugič, vsebina

člena 73(2) EZEK ni jasna (b). Zadnjič, povezava s členom 68(4)(c) EZEK je problematična (c).

(a) Prvič, jezikovne različice člena 73(1), prvi pododstavek, EZEK se razlikujejo glede na postavljeno vprašanje: nemška jezikovna različica člena 73(1), prvi pododstavek, EZEK namreč ne vsebuje besede „zlasti“, vendar seznam razlogov za urejanje tudi v veljavni različici uvede z besedama „med drugim takrat“. Ta uvodni del je najti tudi v drugih jezikovnih različicah: v nizozemščini („onder autres quandeer“), francoščini („notamment lorsqu’elles“), italijanščini („in particolare qualora“). Nasprotno pa se zdi, da se seznam v angleški različici ne začne s temi besedami („in situations when“). To pa ne velja za člen 72(1) EZEK. V vseh jezikovnih različicah, ki jih razumejo člani senata, ima določba enako vsebino.

(b) Drugič, z določbo člena 73(2) EZEK se postavlja vprašanje, ali iz te določbe izhaja, da je treba poleg zahtev, omenjenih v členu 73(1), prvi pododstavek, EZEK, pri tehtanju upoštevati druge vidike. Pri tem se pri tej določbi najprej postavlja vprašanje, ali vsebuje nekaj več kot „preizkus zadostnosti“. Neposredno besedilo člena 73(2) EZEK je v prid omejitvi na „preizkus zadostnosti“, vendar so proti temu vsekakor merila, navedena v členu 73(2), tretji stavek, točke (d), (e), (f) in (h), EZEK, pri katerih povezava s „preizkusom zadostnosti“ ni dovolj jasna. Prav tako se zdi, da so uvodna izjava 188 in naslednje Direktive v prid temu, da vsebina določbe ni omejena na „preizkus zadostnosti“ (tako nazadnje tudi Broemel, v: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. izdaja 2023, uvod B točka 30). Če izhajamo iz načela, da se morajo zahteve iz člena 73(2) EZEK upoštevati ne le v okviru preizkusa zadostnosti, se z določbo postavlja tudi vprašanje, ali je treba poleg meril, naštetih v členu 73(2), tretji stavek, točke od (a) do (h), EZEK, upoštevati tudi cilje iz člena 3 EZEK.

(c) Zadnjič, povezava s členom 68(4)(c) EZEK je problematična. V skladu s to določbo morajo biti obveznosti, naložene na podlagi člena 68, utemeljene glede na cilje iz člena 3 EZEK; to določbo je treba upoštevati tudi pri naložitvi obveznosti na podlagi člena 73 EZEK (člen 68(2), (3), prvi pododstavek, člen 73(1), prvi pododstavek). Člen 73(1), prvi pododstavek, EZEK se tako kot člen 72(1) EZEK in drugače kot člen 72(2) EZEK sklicuje na cilje člena 3 EZEK. Ali je treba ne glede na to sistematično cilje iz člena 3 EZEK upoštevati že pri preučitvi, ali je treba naložiti obveznost dostopa? Ali je treba sistematično člena 73(1), prvi pododstavek, oziroma člena 72(1) EZEK v povezavi s členom 72(2) EZEK razumeti tako, da v okviru prvih dveh določb pri preučitvi, ali je treba naložiti obveznost dostopa, ni treba upoštevati ciljev iz člena 3 EZEK? Šele če se najprej odgovori pritrdilno na vprašanje, ali je treba naložiti obveznost dostopa, je treba nato v okviru druge faze pri preučitvi konkretnih ukrepov uporabiti člen 68(4)(c) EZEK.

2. Po mnenju predložitvenega sodišča na postavljeno vprašanje ni mogoče odgovoriti niti neposredno s členom 72(1) EZEK. Navedena določba namreč predpostavlja, da so v skladu z analizo trga gradbeniške infrastrukture del

upoštevnega trga. Na to kaže sklicevanje v tej določbi na člen 68 EZEK (tako tudi Neumann, N&R 2019, 152 <158>) in določba člena 72(2) EZEK (*argumentum e contrario*). V tem primeru ni tako. Zato najprej ni pomembno, da določba člena 72(1) EZEK glede na njeno besedilo – v vseh zgoraj navedenih jezikovnih različicah, ki jih razumejo člani senata – določa zaprt oziroma izčrpen seznam razlogov za urejanje, ki ni v prid dopustnosti „preučitve skupka ciljev“. Prav tako ni treba upoštevati, da niti razmerje med členom 72(1) EZEK in členom 68(4)(c) EZEK – ter tudi členom 73(1), prvi pododstavek, EZEK – ni jasno (IV 1 c).

3. Po mnenju predložitvenega sodišča bi lahko bil „*sedes materiae*“ za rešitev težave člen 72(2) EZEK. Glede na besedilo določbe – sklicevanje na cilje iz člena 3 EZEK – se zdi, da se na postavljeno vprašanje jasno odgovori tako, da lahko nacionalni regulativni organi pri presoji, ali je treba naložiti obveznost dostopa do gradbeniške infrastrukture, ki po analizi trga niso del upoštevnega trga, v vsakem primeru presodijo, ali je obveznost potrebna in ustrezna za uresničitev ciljev iz člena 3; v zvezi s tem obstaja tudi vzporednica s členom 68(4)(c) EZEK. Vendar je določba v zvezi s tem le navidezno nedvoumna, saj tako povezava s členom 72(1) EZEK (a) kot tudi povezava s členom 73 EZEK (b) ni jasna:

(a) Prvič, ni jasno, kako je treba razumeti razmerje med odstavkoma 1 in 2 člena 72 EZEK: Po eni strani je mogoče člen 72(1) EZEK v povezavi s členom 68 EZEK glede na besedilo te določbe razumeti le tako, da se nanaša le na podjetje s pomembno tržno močjo na morebitnem trgu gradbeniške infrastrukture (glej zgoraj). To bi povzročilo, da bi bilo člen 72(2) EZEK mogoče razumeti kot ločen predpis, ki bi vseboval samostojne pogoje za primere, v katerih, kot v tem primeru, za osnovo ne bi vzel tovrstnega trga. Vendar bi to imelo za posledico, da bi se obveznosti dostopa do gradbeniške infrastrukture podjetju s pomembno tržno močjo na trgu gradbeniške infrastrukture lahko naložile le pod strožjimi pogoji, kot bi veljali v primerih iz člena 72(2) EZEK; pomen takega razlikovanja ni ravno jasen. Po drugi strani se lahko člen 72(1) EZEK po potrebi prav tako razume kot temeljno pravilo, ki je v členu 72(2) EZEK opredeljeno le za poseben primer. V prid taki razlagi je dejstvo, da glede na njegovo besedilo člen 72(2) EZEK govori o „dostopu v skladu s tem členom“, torej se zdi, da temelji na zagotovitvi dostopa pod enotnimi osnovnimi pogoji, in da bi se lahko na podlagi take razlage določila enotna vsebina člena 72(1) in (2) EZEK.

(b) Drugič, ni jasno, kako je treba razumeti razmerje med členom 72(2) EZEK in členom 73 EZEK. Težko je pojasniti, ali je treba pogoje iz člena 73(1), prvi pododstavek, EZEK uporabiti tudi za ukrepe iz člena 72(2) EZEK, kadar se odloča v okviru „svežnja ukrepov“ (aa). Pojavljajo se tudi druge težave, če se izhaja iz „enotne“ razlage člena 72(1) in (2) EZEK – kot je navedeno v točki IV 3 (a) – (bb).

(aa) Ni jasno, ali je treba pogoje iz člena 73(1), prvi pododstavek, EZEK uporabiti tudi za ukrepe iz člena 72(2) EZEK, kadar se – tako kot tu – odloča v okviru „svežnja ukrepov“. Seveda je tudi v povezavi s členom 72(1) EZEK neobstoj vidikov preučitve „oviranje razvoja trajnostnega konkurenčnega

maloprodajnega trga ali v nasprotju z interesi končnih uporabnikov“ v členu 72(2) EZEK načeloma mogoče pojasniti s tem, da je zakonodajalec Skupnosti izhajal iz načela, da se ukrepi, določeni v členih 73 in 72 EKK, naložijo v „svežnju ukrepov“, zaradi česar omejitve, določene v členu 73(1), prvi pododstavek, EZEK veljajo tudi za naložitev obveznosti na podlagi člena 72(2) EZEK; posledica bi bila „vzporednost“ pogojev iz člena 73(1), prvi pododstavek, in člena 72(2) EZEK. V prid temu bi lahko bil tudi člen 73(2), drugi pododstavek, EZEK in zdi se, da je tako razumel tudi nemški zakonodajalec. To bi pomenilo, da težave pri razlagi člena 73(1), prvi pododstavek, EZEK (IV 1.) „obstajajo“ tudi pri členu 72(2) EZEK.

Vendar iz besedila določb ni razvidno to razumevanje v korist ravnanja v okviru „svežnja ukrepov“, s posledico, da se sprejmejo pogoji iz člena 73(1), prvi pododstavek, za ravnanje v skladu s členom 72(2) EZEK. Nasprotno, proti „vzporednosti“ pogojev za ravnanje v skladu s členom 72(2) in ravnanje v skladu s členom 73 EZEK je dejstvo, da člen 73(2), drugi pododstavek, EZEK in zlasti besedi „bloße Auferlegung“ (zgolj naložitev), uporabljeni v nemški različici, kažejo na to, da zakonodajalec Unije meni, da je obveznost dostopa v zvezi z gradbeniško infrastrukturo načeloma manj intruzivna; v tem smislu je razumeti tudi uvodno izjavo 187 EZEK (glej Neumann, N&R 2016, 262 <267> in N&R 2018, 204 <206 in naslednje>; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Če bi bilo tako, bi bilo to v prid temu, da se za ravnanje v skladu s členom 72(2) EZEK uporabi manj pogojev, in ne vzporedne.

(bb) Pojavljajo se druge težave, če se izhaja iz „enotne“ razlage člena 72(1) in (2) EZEK – kot je navedeno v točki IV 3 (a). Če se namreč preuči povezava med členoma 72(1) in 73 EZEK, se – po možnosti odvisno od jezikovnih različic člena 73 EZEK – s členom 72(1) EZEK oblikuje program preučitve, ki je ožji v primerjavi s členom 73(1), prvi pododstavek, EZEK. Po drugi strani obstoj člena 73(2), drugi pododstavek, EZEK kaže na to, da zakonodajalec Unije načeloma meni, da je obveznost dostopa do gradbeniške infrastrukture manj intruzivna (glej zgoraj). To pa je nekoliko v nasprotju s členom 72(1) EZEK, ki v tem smislu odprte razloge za urejanje v primerjavi s členom 73(1), prvi pododstavek, EZEK opredeljuje ožje – v nemški različici, glej zgoraj – in jih zlasti verjetno ne odpira za druge vidike tehtanja. Pomembno je, da se v okviru člena 73(2), drugi pododstavek, EZEK ne postavlja vprašanje, ali je zgolj naložitev obveznosti na podlagi člena 72 EZEK sorazmerno sredstvo za preprečitev „oviranja razvoja trajnostnega konkurenčnega trga“, ampak ali bi bila obveznost iz člena 72 EZEK sorazmerno sredstvo za „spodbujanje konkurence in interesov končnih uporabnikov“. Pri tem, ali se nekaj ovira ali pa zgolj spodbuja, gre za dve različni merili.

[...] (ni prevedeno)