

Vec C-327/24 [Lolach]¹

Návrh na začatie prejudiciálneho konania

Dátum podania:

3. máj 2024

Vnútroštátny súd:

Verwaltungsgericht Köln

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

2. máj 2024

Žalobkyňa:

Telekom Deutschland GmbH

Žalovaná:

Spolková republika Nemecko

¹ Názov tejto veci je fiktívny. Nezodpovedá skutočnému menu ani názvu žiadneho z účastníkov konania

Verwaltungsgericht Köln (Správny súd Kolín nad Rýnom, Nemecko)

Rozhodnutie

[*omissis*]

V konaní pred správnym súdom

medzi spoločnosťou Telekom Deutschland GmbH, [*omissis*] Bonn,

žalobkyňa,

[*omissis*]

proti

Spolkovej republike Nemecko [*omissis*],

žalovaná,

týkajúcom sa telekomunikačného práva

21. senát Verwaltungsgericht Köln (Správny súd Kolín nad Rýnom)

2. mája 2024

[*omissis*]

rozhodol:

Konanie sa prerušuje.

Súdnemu dvoru Európskej únie sa podľa článku 267 ZFEÚ predkladá nasledujúca prejudiciálna otázka:

Majú sa články 72 a 73 smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/1972 z 11. decembra 2018 vykladať v tom zmysle, že národný regulačný orgán pri posudzovaní, „či“ uložiť povinnosť poskytnúť prístup k inžinierskym stavbám, ktoré podľa analýzy trhu nie sú súčasťou relevantného trhu,

musí *iba* preskúmať, či by neuloženie tejto povinnosti bránilo vytvoreniu udržateľného konkurenčne orientovaného trhu alebo bolo v rozpore so záujmom koncových používateľov,

alebo

či pri skúmaní uloženia povinnosti poskytnúť prístup k takýmto stavbám možno okrem uvedených požiadaviek do „súboru cieľov“ *rovnocenne* zahrnúť aj ďalšie ciele uvedené v článku 3 smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/1972 z 11. decembra 2018 a prípadne ďalšie ciele.

O d ô v o d n e n i e

I.

Právny spor sa v podstate týka otázky zákonnosti uloženia povinnosti prístupu žalobkyni.

Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/1972 z 11. decembra 2018 [ktorou sa stanovuje európsky kódex elektronických komunikácií] (ďalej aj ako „EKEK“ alebo „smernica“) upravuje ukladanie povinností prístupu v článkoch 72 a 73 podľa nemeckej jazykovej verzie – pričom rôzne jazykové verzie článku 73 sa líšia – takto:

Článok 72

Prístup k inžinierskym stavbám

1. Národný regulačný orgán môže v súlade s článkom 68 uložiť podnikom povinnosti vyhovieť primeraným žiadostiam o neobmedzený prístup k inžinierskym stavbám a ich využívanie vrátane okrem iného budov či vstupov do budov, káblov v budovách vrátane elektroinštalácie, antén, veží a iných nosných zariadení, stĺpov, stožiarov, káblovodov, inšpekčných komôr, rúr, vstupných šacht a rozvodných skríň v situáciách, v ktorých po zohľadnení analýzy trhu národný regulačný orgán dospeje k záveru, že zákaz prístupu, prípadne prístup udelený za neprimeraných podmienok, ktorý má podobný účinok, by bránil vytvoreniu udržateľného, konkurenčne orientovaného trhu a nebol by v záujme koncových používateľov.
2. Národné regulačné orgány môžu podniku uložiť povinnosti poskytnúť prístup v súlade s týmto článkom bez ohľadu na to, či majetok, ktorý by tejto povinnosti podliehal, je podľa trhovej analýzy súčasťou relevantného trhu, ak je táto povinnosť nevyhnutná a primeraná na splnenie cieľov v článku 3.

Článok 73

Povinnosti prístupu k špecifickým prvkom siete a pridruženým prostriedkom a ich používanie

1. Národné regulačné orgány môžu v súlade s článkom 68 uložiť podnikom povinnosti týkajúce sa splnenia primeraných žiadostí o prístup a používanie špecifických prvkov siete a pridružených prostriedkov v situáciách, keď národné regulačné orgány usúdia, že odmietnutie prístupu alebo neprimerané okolnosti a podmienky s podobným vplyvom by brzdili

nástup udržateľného, konkurenčne orientovaného trhu na maloobchodnej úrovni a neboli by v záujme koncových používateľov.

Národné regulačné orgány môžu okrem iného od podnikov vyžadovať, aby:

- a) podľa potreby poskytovali tretím stranám prístup k špecifickým fyzickým prvkom siete a pridruženým prostriedkom vrátane uvoľneného prístupu k účastníckemu vedeniu a úseku účastníckeho vedenia a umožňovali ich používanie;
- b) poskytovali tretím stranám prístup k špecifickým aktívnym alebo virtuálnym prvkom siete a službám;
- c) jednali v dobrej viere s podnikmi žiadajúcimi o prístup;
- d) zachovali už pridelený prístup k zariadeniam;
- e) poskytovali špecifické služby za veľkoobchodných podmienok na ďalší predaj tretími stranami;
- f) udelili otvorený prístup k technickým rozhraniam, protokolom alebo iným kľúčovým technológiám, ktoré sú nevyhnutné pre interoperabilitu služieb alebo služby virtuálnej siete;
- g) umožnili spoločné umiestnenie alebo iné formy spoločného využívania pridružených prostriedkov;
- h) poskytovali špecifické služby potrebné na zabezpečenie interoperability služieb medzi koncovými bodmi alebo roamingu v mobilných sieťach,
- i) poskytovali prístup k systémom operačnej podpory alebo podobným softvérovým systémom potrebným na zabezpečenie spravodlivej hospodárskej súťaže pri poskytovaní služieb;
- j) prepojili siete alebo zariadenia siete;
- k) poskytovali prístup k pridruženým službám, ako je služba identity, lokalizácie a prítomnosti.

Národné regulačné orgány môžu tieto povinnosti podmieniť podmienkami týkajúcimi sa spravodlivosti, primeranosti a včasnosti.

2. Ak národné regulačné orgány zvažujú primeranosť uloženia ktorejkoľvek z možných osobitných povinností uvedených v odseku 1 tohto článku, a najmä ak v súlade so zásadou proporcionality posudzujú, či a ako sa tieto povinnosti majú uložiť, analyzujú, či by iné formy prístupu k veľkoobchodným vstupom buď na tom istom, alebo súvisiacom veľkoobchodnom trhu nestačili na riešenie zisteného problému v záujme

koncových používateľov. Takéto posúdenie zahŕňa obchodné ponuky prístupu, regulovaný prístup podľa článku 61 alebo existujúci či plánovaný regulovaný prístup k iným veľkoobchodným vstupom v zmysle tohto článku. Národné regulačné orgány zohľadňujú predovšetkým tieto faktory:

- a) technickú a ekonomickú životaschopnosť používania alebo inštalovania konkurenčných zariadení vzhľadom na mieru vývoja na trhu, berúc do úvahy povahu a typ daného prepojenia alebo prístupu vrátane životnosti iných prístupových produktov na predchádzajúcom stupni dodávateľského reťazca, ako napríklad prístup ku káblom;
- b) očakávaný technologický vývoj ovplyvňujúci návrh siete a jej správu;
- c) potrebu zabezpečiť technologickú neutralitu umožňujúcu stranám navrhovať a spravovať vlastné siete;
- d) uskutočniteľnosť poskytnutia ponúknutého prístupu vzhľadom na dostupnú kapacitu;
- e) počiatkové investície vlastníka zariadenia, berúc do úvahy všetky uskutočnené verejné investície a riziká s nimi spojené, najmä pokiaľ ide o investície do vysokokapacitných sietí a miery rizika, ktoré s nimi súvisia;
- f) potrebu dlhodobej ochrany hospodárskej súťaže s osobitným zreteľom na ekonomicky efektívnu hospodársku súťaž v oblasti infraštruktúry a inovatívne modely podnikania, ktoré podporujú udržateľnú hospodársku súťaž, ako sú napríklad modely v oblasti spoluinvestovania do sietí;
- g) vo vhodných prípadoch všetky príslušné práva týkajúce sa duševného vlastníctva;
- h) poskytovanie celoeurópskych služieb.

Ak národný regulačný orgán zvažuje v súlade s článkom 68 uloženie povinností na základe článku 72 alebo tohto článku, preskúma, či by bolo samotné uloženie povinností podľa článku 72 primeraným prostriedkom na podporu hospodárskej súťaže a záujmu koncového používateľa.

3. Keď národné regulačné orgány ukladajú podniku povinnosti poskytovať prístup v súlade s týmto článkom, môžu stanoviť technické alebo prevádzkové podmienky, ktoré musí poskytovateľ alebo beneficiari z takéhoto prístupu dodržať, ak je to potrebné na zabezpečenie bežnej prevádzky siete. Povinnosti dodržiavať osobitné technické normy alebo špecifikácie musia byť v súlade s normami a špecifikáciami stanovenými v súlade s článkom 39.

Nemecký zákonodarca prebral tieto dve ustanovenia do jedného ustanovenia, § 26 Telekommunikationsgesetz (zákon o telekomunikáciách, ďalej len „TKG“) z 23. júna 2021 v znení z 10. septembra 2021, k príslušnému dátumu naposledy zmeneného zákonom z 20. júla 2022 (BGBl. I, s. 1166) – TKG – takto:

§ 26 Prístupové povinnosti

(1) Spolková sieťová agentúra môže uložiť podniku s významným vplyvom na trhu povinnosť, aby poskytol prístup iným podnikom, ak by sa inak bránilo rozvoju udržateľného konkurenčne orientovaného maloobchodného trhu a boli by poškodené záujmy koncových užívateľov.

(2) Pri skúmaní, či a ktoré povinnosti prístupu podľa odseku 1 sú opodstatnené a či sú primerané cieľom podľa § 2, Spolková sieťová agentúra skúma, či

1. povinnosti už uložené alebo predvídateľné povinnosti podľa tejto časti alebo už uzavreté alebo ponúkané obchodné dohody o prístupe na príslušnom veľkoobchodnom trhu alebo na súvisiacom veľkoobchodnom trhu a
2. samotné uloženie povinností podľa odseku 3 bodu 10

sú dostatočné na zabezpečenie cieľov uvedených v § 2. Spolková sieťová agentúra pritom zohľadňuje najmä

1. technickú a ekonomickú životaschopnosť používania alebo inštalácie konkurenčných zariadení vzhľadom na tempo vývoja trhu, pričom sa zohľadní povaha a typ prepojenia a prístupu vrátane životnosti iných prístupových produktov na predchádzajúcom stupni dodávateľského reťazca;
2. možnosť udelenia navrhovaného prístupu vzhľadom na dostupnú kapacitu;
3. počiatočnú investíciu vlastníka zariadenia, pričom sa zohľadnia všetky uskutočnené verejné investície a investičné riziká, najmä riziká spojené s investíciami do vysokokapacitných sietí;
4. potreba zabezpečiť hospodársku súťaž v dlhodobom horizonte s osobitným zreteľom na ekonomicky efektívnu hospodársku súťaž v oblasti infraštruktúry a inovatívne obchodné modely;
5. práva priemyselného vlastníctva alebo práva duševného vlastníctva;
6. poskytovanie služieb v rámci celej Únie a
7. očakávaný technický vývoj návrhu siete a jej riadenia.

(3) Spolková sieťová agentúra môže podnikom s významným vplyvom na trhu za dodržania podmienok odseku 1 uložiť okrem iného tieto povinnosti:

1. poskytnúť prístup k určitým fyzickým sieťovým komponentom a pridruženým zariadeniam vrátane fyzicky uvoľneného prístupu k účastníckemu vedeniu;
2. zachovať už pridelený prístup k zariadeniam;
3. udeliť prístup k určitým aktívnym alebo virtuálnym sieťovým komponentom a službám vrátane virtuálneho uvoľneného širokopásmového prístupu;
4. vytvoriť určité nevyhnutné podmienky pre interoperabilitu koncových užívateľských služieb alebo pre roaming v mobilných sieťach;
5. poskytnúť prístup k systémom prevádzkovej podpory alebo podobným softvérovým systémom potrebným na zabezpečenie spravodlivej hospodárskej súťaže pri poskytovaní služieb za zabezpečenia efektívnosti existujúcich zariadení;
6. udeliť prístup k súvisiacim službám, ako je služba identity, polohy a prítomnosti;
7. umožniť prepojenie verejných telekomunikačných sietí;
8. udeliť otvorený prístup k technickým rozhraniam, protokolom alebo iným kľúčovým technológiám, ktoré sú nevyhnutné pre interoperabilitu služieb alebo pre služby pre virtuálne telekomunikačné siete;
9. umožniť spoločné umiestnenie alebo iné formy spoločného využívania súvisiacich zariadení a umožniť žiadajúcim stranám alebo ich oprávneným zástupcom kedykoľvek prístup do týchto zariadení a
10. umožniť prístup k inžinierskym stavbám, okrem iného k budovám alebo vstupom do budov, káblovým rozvodom v budovách, anténam, vežiam a iným nosným konštrukciám, stĺpom, stožiarom, káblovodom, rúram, kontrolným komorám, vstupným šachtám a rozvodným skrinkám, aj keď nie sú súčasťou relevantného produktového trhu podľa § 10, ak je povinnosť prístupu nevyhnutná a primeraná vzhľadom na problém identifikovaný v analýze trhu podľa § 11.

(4) Ak podnik preukáže, že používanie služby by ohrozilo zachovanie integrity siete alebo bezpečnosť prevádzky siete, Spolková sieťová agentúra neuloží príslušnú povinnosť prístupu alebo ju uloží v inej forme. Zachovanie

integrity siete a bezpečnosti prevádzky siete sa posudzujú podľa objektívnych kritérií.

(5) Ak Spolková sieťová agentúra uloží podniku povinnosť prístupu, môže stanoviť technické alebo prevádzkové podmienky, ktoré musí prevádzkovateľ alebo užívatelia tohto prístupu splniť v rozsahu potrebnom na zabezpečenie normálnej prevádzky telekomunikačnej siete. Povinnosť dodržiavať určité technické normy alebo špecifikácie musí byť v súlade s normami a špecifikáciami stanovenými v súlade s článkom 39 smernice (EÚ) 2018/1972.

(6) V rámci plnenia povinností prístupu sa povoľujú možnosti využívania služieb prístupu a možnosti spolupráce medzi podnikmi oprávnenými na prístup, pokiaľ podnik v jednotlivých prípadoch nepreukáže, že možnosť využívania alebo spolupráca nie je možná alebo je možná len v obmedzenom rozsahu z technických dôvodov.

II.

Žalobkyňa je podnik, ktorý ponúka telekomunikačné služby, a v tejto súvislosti bola v identifikácii trhu z 10. októbra 2019 označená za podnik s významným vplyvom na jednotnom produktovom trhu prístupu k účastníckemu vedeniu na pevných miestach. Trh týkajúci sa prístupu k inžinierskym stavbám však do identifikácie trhu *nebol* zahrnutý.

Následne Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Spolková sieťová agentúra pre elektrinu, plyn, telekomunikácie, poštu a železnice, ďalej len „Spolková sieťová agentúra“) žalovanej uložila žalobkyni rozhodnutím z 21. júla 2022 okrem iného tieto povinnosti:

„1.1. Poskytnúť iným spoločnostiam prístup k systémom káblových rozvodov, ako aj k stožiarom a nosným systémom nadzemných vedení existujúcich v čase dopytu na účely budovania a prevádzkovania vysokokapacitných sietí na pevných miestach alebo na prístup k účastníckemu vedeniu v rozvodných skrinách alebo MSAN (bod 1.2 alebo 1.3) v rozsahu existujúcich kapacít, pričom (žalobkyňa) si môže zachovať primeranú prevádzkovú rezervu a prednostne uspokojiť svoje vlastnú potrebu. Pokiaľ prístup neslúži na prístup k účastníckemu vedeniu, povinnosť plnenia a s tým súvisiace ďalšie povinnosti podľa bodov 2., 4. a 5. začínajú plynúť 01.01.2024.

1.2. Poskytnúť iným podnikom ničím nebránený prístup k medenému účastníckemu vedeniu v hlavnom rozvádzači alebo v mieste bližšom k jednotke účastníckeho vedenia ako je hlavný rozvádzač (najmä káblový alebo koncový rozbočovač – APL), ak nemôže alebo nemusí odmietnuť prístup v súlade s ustanoveniami Prílohy č. 1 – Odmietnutie prístupu k účastníckemu vedeniu mimo blízkeho okolia hlavného rozvádzača – a

Prílohy č. 2 – Odmietnutie prístupu k účastníckemu vedeniu v blízkom okolí hlavného rozvádzača – k tomuto bodu ...“.

Spolková sieťová agentúra uvádza tieto dôvody:

„Povinnosti poskytnúť prístup

Senát rozhodujúci vo veci zachoval, resp. zmenil povinnosti poskytnúť prístup uložené [omissis] (žalobkyni) na trhu, ktorý je predmetom konania, regulačným rozhodnutím BK3g-09/085 z 21.03.2011 (v znení regulačného rozhodnutia BK3g-15/004 z 01.09.2016) takto:

1. program preskúmania § 26 TKG

Uloženie povinnosti poskytnúť prístup vyplýva z § 26 TKG.

Podľa § 26 ods. 1 prvej vety TKG môže Spolková sieťová agentúra uložiť povinnosť prevádzkovateľom verejných telekomunikačných sietí s významným vplyvom na trhu, aby poskytli prístup iným spoločnostiam, vrátane uvoľnenia orientovaného na dopyt, najmä ak by sa inak bránilo rozvoju udržateľného konkurenčne orientovaného nadväzujúceho maloobchodného trhu alebo ak by tento vývoj bol v rozpore so záujmami koncových užívateľov. Pri skúmaní, či a ktoré povinnosti prístupu sú opodstatnené a či sú primerané regulačným cieľom podľa § 2 TKG, musí Spolková sieťová agentúra zohľadniť najmä kritériá uvedené v § 26 ods. 2 druhej vete 2 bode 1 až 7 TKG. Z citovanej normy a jej odkazu na regulačné ciele (a zásady) podľa § 2 TKG vyplýva, že uložené opatrenia musia spĺňať komplexný súbor cieľov a zároveň musia byť v súlade s určitými hraničnými podmienkami (pozri k § 21 TKG 2004 BVerwG [Bundesverwaltungsgericht, Spolkový správny súd, Nemecko], rozsudok z 21. septembra 2018 – 6 C 50/16 –, bod 48, BVerwG, rozsudok z 21. septembra 2018 – 6 C 8/17 –, BVerwGE 163, 181-232, bod 51). Príslušný súbor cieľov v tomto kontexte pozostáva zo štyroch základných cieľov, z ktorých niektoré majú rôzne ďalšie nuansy.

Prvým základným cieľom je zabezpečiť pripojenie a podporovať prístup k vysokokapacitným sieťam a ich využívanie všetkými občanmi a podnikmi (§ 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 2 bodom 1 TKG). Druhým základným cieľom je podpora hospodárskej súťaže. Osobitný záujem tu má hospodárska súťaž na maloobchodnom trhu (§ 26 ods. 1 TKG). Cieľom je podporovať trvalo udržateľné konkurenčne orientované telekomunikačné trhy a s tým súvisiace investície do infraštruktúry a inovácie (§ 26 ods. 1; § 26 ods. 2 druhá veta bod 4; § 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 2 bodom 2, s § 2 ods. 2 bodom 3 písm. e) a s § 2 ods. 3 bodom 4 TKG). Súťaž by mala byť tiež spravodlivá (§ 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 2 bodom 2 a § 2 ods. 3 bodom 2 TKG). Pri podpore hospodárskej súťaže sa musia náležite zohľadniť potreby v danej oblasti (§ 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 2 bodom 2 na konci TKG), ako aj rozdielne podmienky v

súvislosti s hospodárskou súťažou, ktoré prevládajú v rôznych geografických oblastiach v rámci Spolkovej republiky Nemecko (§ 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 3 bodom 5 druhým prípadom TKG). Podľa tretieho základného cieľa majú byť v oblasti telekomunikácií chránení užívatelia, najmä záujmy spotrebiteľov (§ 26 ods. 1 na konci; § 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 2 bodom 3 TKG). Cieľom je maximalizovať výhody pre používateľov z hľadiska výberu, cien a kvality (§ 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 2 bodom 3 písm. b TKG). Záujmy používateľov a spotrebiteľov sa majú podporovať najmä zabezpečením konektivity, širokej dostupnosti a urýchleného rozširovania vysokokapacitných sietí a podporou ich využívania (§ 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 2 bodom 1 a 3a TKG). Je potrebné zabezpečiť aj rovnocenné životné podmienky v mestských a vidieckych oblastiach (§ 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 2 bodom 3b TKG). Aj tu sa musia náležite zohľadniť rozdielne podmienky v súvislosti so spotrebiteľmi, ktoré prevládajú v rôznych zemepisných oblastiach v rámci Spolkovej republiky Nemecko (§ 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 3 bodom 5 tretím prípadom TKG). Po štvrté, musí sa podporovať rozvoj vnútorného trhu Európskej únie (§ 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 2 bodom 4 TKG). To zahŕňa aj poskytovanie celoeurópskych služieb (§ 26 ods. 2 druhá veta bod 6 TKG).

Na splnenie vyššie uvedeného súboru cieľov je potrebné dodržať rôzne hraničné podmienky. Vo všeobecnosti sa v článku 2 ods. 3 TKG stanovuje, že Spolková sieťová agentúra pri plnení cieľov uvedených v odseku 2 uplatňuje objektívne, transparentné, nediskriminačné a primerané regulačné zásady. Tieto zásady sú ďalej špecifikované v § 2 ods. 3 a v § 26 ods. 2 druhej vete TKG. V rámci testu nevyhnutnosti sa musí zohľadniť technická a ekonomická životaschopnosť používania alebo inštalácie konkurenčných zariadení vzhľadom na tempo vývoja trhu (§ 26 ods. 2 druhá veta bod 1 TKG) a otázka, či už uložené povinnosti podľa druhej časti TKG alebo už uzavreté alebo ponúkané obchodné dohody o prístupe na príslušnom alebo súvisiacom veľkoobchodnom trhu (§ 26 ods. 2 prvá veta bod 1 TKG) a samotné uloženie povinností poskytnúť prístup týkajúcich sa káblových rozvodov a stožiarov a nosných systémov nadzemných vedení (§ 26 ods. 2 prvá veta 1 bod 2 TKG) sú dostatočné na zabezpečenie regulačných cieľov uvedených v § 2 TKG (§ 26 ods. 2 prvá veta TKG).

Pri skúmaní primeranosti treba mať na pamäti základné práva dotknutých osôb na slobodnú voľbu povolania (článok 12 ods. 1 GG [Grundgesetz, základný zákon]) a na ochranu majetku (článok 14 ods. 1 GG). To platí najmä s ohľadom na možnosti poskytnutia prístupu vzhľadom na dostupnú kapacitu (§ 26 ods. 2 druhá veta bod 2 TKG) a s ohľadom na počítačnú investíciu vlastníka zariadenia s prihliadnutím na prípadné verejné investície a investičné riziká (§ 26 ods. 2 druhá veta bod 3 TKG), ako aj všeobecne s ohľadom na investičné riziká investujúcej spoločnosti a v kontexte spolupráce medzi investormi a ich záujemcami o prístup (§ 26 ods. 1 prvá veta na konci; § 26 ods. 2 druhá veta bod 4; § 26 ods. 2 prvá veta v spojení s

§ 2 ods. 2 bodom 2 prvou vetou a § 2 ods. 3 bodom 4 TKG). Okrem toho môžu byť relevantné zásada ochrany legitímnej dôvery a zásada právnej istoty. Predvídateľnosť regulácie by mala byť podporovaná napríklad tým, že Spolková sieťová agentúra bude v primeranom časovom období zachovávať jednotný regulačný prístup (§ 26 ods. 2 prvá veta v spojení s § 2 ods. 3 bodom 1 TKG). V jednotlivých prípadoch môže byť relevantný aj vplyv na iné právne záujmy, ako sú práva priemyselného vlastníctva, práva duševného vlastníctva a poskytovanie celoeurópskych služieb (§ 26 ods. 2 druhá veta body 5 a 6 TKG), ako aj záujem na zachovaní integrity siete a bezpečnosti prevádzky siete (§ 26 ods. 4 a 5 TKG).“

Na základe týchto kritérií Spolková sieťová agentúra následne preskúmala uloženie vyššie uvedených prístupových povinností vrátane povinnosti poskytnúť prístup k inžinierskym stavbám.

Dňa 19. augusta 2022 podala žalobkyňa na vnútroštátny súd žalobu proti tomuto rozhodnutiu Spolkovej sieťovej agentúry z 21. júla 2022 a okrem iného žiadala

„1. čiastočne zrušiť rozhodnutie žalovanej z 21. júla 2022 (BK3i-19/020) v rozsahu, v akom sú žalobkyni uložené tieto povinnosti

a) Povinnosť podľa bodu 1.1 výrokovej časti poskytnúť iným podnikom prístup k systémom káblových rozvodov, ako aj k stožiarom a nosným systémom nadzemných vedení na účely rozširovania a prevádzkovania vysokokapacitných sietí na pevnom mieste;

alternatívne k a),

b) Povinnosť podľa bodu 1.1 výrokovej časti poskytnúť iným podnikom prístup aj k takým systémom káblových rozvodov, ako aj k stožiarom a nosným systémom nadzemných vedení na účely rozširovania a prevádzkovania vysokokapacitných sietí na pevných miestach, ktoré žalobkyňa novovybudovala na účely vybudovania svojej siete FTTB/H,

ďalej alternatívne k bodom a) a b),

c) Povinnosť podľa bodu 1.1 výrokovej časti poskytnúť iným podnikom prístup aj k takým systémom káblových rozvodov, ako aj k stožiarom a nosným systémom nadzemných vedení na účely rozširovania a prevádzkovania vysokokapacitných sietí na pevných miestach, ktoré boli dokončené pred menej ako siedmimi rokmi;

d) Povinnosť podľa bodu 4 výrokovej časti zverejniť štandardnú ponuku na prístupové služby pre systémy káblových rozvodov, ako aj stožiare a nosné systémy nadzemných vedení na účely rozširovania a prevádzkovania vysokokapacitných sietí na pevných miestach;

e) Povinnosť podľa bodu 5.1 výrokovej časti povoliť poplatky za poskytnutie prístupu k systémom káblových rozvodov, ako aj k stožiarom a nosným systémom nadzemných vedení na účely rozširovania a prevádzkovania vysokokapacitných sietí na pevných miestach v súlade s § 39 TKG;

f) Povinnosť podľa bodu 4 výrokovej časti zverejniť štandardnú ponuku na prístupové služby pre virtuálny uvoľnený prístup vo forme prístupového produktu Layer-2- na Switch/BNG pre infraštruktúry FTTB/H masového trhu;

2. subsidiárne k návrhom pod bodom 1. zrušiť rozhodnutie žalovanej z 21. júla 2022 (BK3i-19/020) v celom rozsahu, ak súd považuje uznesenie v tomto ohľade za nedeliteľné.“

Pokiaľ ide o prejudiciálnu otázku, bolo konštatované, že uloženie povinnosti prístupu podľa § 26 ods. 1 TKG Spolkovou sieťovou agentúrou vychádzalo z nesprávneho chápania normy. V dôvodovej správe regulačného nariadenia sa pri prezentácii programu preskúmania uvádzalo neaktuálne znenie § 21 ods. 1 prvej vety TKG 2004, v skutočnosti však vznikli odchýlky v teraz platnom § 26 ods. 1 TKG. Predovšetkým bolo zo znenia vypustené slovo „najmä“ a kritériá „narušenie hospodárskej súťaže na maloobchodnom trhu“ a „poškodenie záujmov koncových užívateľov“ sú teraz spojené spojkou „a“ namiesto spojky „alebo“. Spolková sieťová agentúra následne obe nesprávne posúdila a svoje rozhodnutie založila na nesprávnom programe preskúmania. Tieto zmeny neboli len redakčného charakteru, ale podľa dôvodovej správy išlo o zámerné legislatívne rozhodnutia. Výklad v súlade so smernicou neprichádzal do úvahy. To sa nepodarilo jednak z dôvodu vôle nemeckého zákonodarcu výslovne uvedenej v legislatívnych materiáloch. Na druhej strane vo výsledku nie je žiadny rozdiel medzi právom smernice a vnútroštátnym právom. V dôsledku toho bolo potrebné v rámci § 26 ods. 1 TKG najprv konštatovať, že tam uvedené podmienky sú kumulatívne prítomné, a až potom bolo možné začať skúmať § 26 ods. 2 TKG a vykonať voľné uváženie. Odchylný prístup Spolkovej sieťovej agentúry neprípustne relativizoval primárne ciele regulácie prístupu, ktoré zákonodarca výslovne zdôraznil, a viedol k nevyváženosti vykonaného posúdenia. Napokon regulačné rozhodnutie upúšťa od kumulatívneho preskúmania požiadaviek § 26 ods. 1 TKG.

Žalovaná proti tomu s odkazom na otázky relevantné pre prejudiciálne konanie namieta, že Spolková sieťová agentúra nezaložila svoje regulačné rozhodnutie na nesprávnom chápaní normy; najmä nezaložila svoje rozhodnutie na požiadavkách bývalého § 21 ods. 1 prvej vety TKG 2004. § 26 ods. 1 TKG by sa mal vykladať v súlade so smernicou v tom zmysle, že slovo „a“ medzi požiadavkami neznamená kumulatívnu väzbu, ale skôr výpočet. Okrem toho pre zákonnosť rozhodnutia o posúdení nie je relevantný všeobecný popis programu preskúmania, ale samotné rozhodnutie: Obe požiadavky § 26 ods. 1 TKG boli zahrnuté do rozhodnutia. Znenie § 26 ods. 1 TKG neumožňuje dospieť k záveru, že Spolková sieťová agentúra je v rámci preskúmania oboch požiadaviek obmedzovaná. Naopak,

pokiaľ ide o § 26 ods. 2 TKG, môže do posudzovania zahrnúť ďalšie aspekty; judikatúra Bundesverwaltungsgericht (Spolkový správny súd) týkajúca sa „testu súboru cieľov“ k § 21 ods. 1 prvej vety TKG 2004 sa má preniesť na § 26 TKG.

[omissis] [ďalší návrh na nariadenie predbežného opatrenia]

III.

Pre výsledok právneho sporu je rozhodujúca prejudiciálna otázka týkajúca sa práva Spoločenstva. Uplatňuje sa tu zásada výkladu v súlade so smernicou (1.). Výsledok právneho sporu sa líši v závislosti od výkladu článkov 72, 73 EKEK (2).

1) Uplatňuje sa tu zásada výkladu v súlade so smernicou. Je pravda, že výklad v súlade so smernicou je vylúčený, ak existujú *jasné* vnútroštátne predpisy. To však nie je tento prípad. Vo vnútroštátnom práve existujú jednak aspekty, ktoré hovoria v prospech výkladu § 26 TKG v tom zmysle, že žalovaná mala vykonať prieskum „vopred“ výlučne na základe podmienok § 26 ods. 1 TKG (a), a jednak aspekty, ktoré hovoria v prospech toho, že žalovaná musí – naďalej – rozhodnúť o uložení povinnosti prístupu v rámci „súboru cieľov“ (b).

a) V prvom rade sa zdá, že znenie ustanovenia hovorí v *prospech* výkladu § 26 TKG v tom zmysle, že žalovaná mala vykonať prieskum „vopred“ výlučne na základe prvkov § 21 ods. 1 TKG („...ak by sa inak bránilo rozvoju udržateľného konkurenčne orientovaného maloobchodného trhu a boli by poškodené záujmy koncových užívateľov.“). Dôvodom je, že z § 26 ods. 1 TKG bolo vypustené slovo „najmä“ – na rozdiel od § 21 ods. 1 prvej vety Telekommunikationsgesetz (zákona o telekomunikáciách) z 22. júna 2004, ktorý bol zrušený článkom 61 zákona z 23.06.2021 (BGBl. I, s. 1858)[.]. V prospech takéhoto chápania § 26 ods. 1 TKG možno argumentovať aj tým, že zákonodarca zámerné vypustil zo znenia slovo „najmä“, aby objasnil „zameranie regulácie prístupu na veľkoobchodnej úrovni na odstránenie problému hospodárskej súťaže na maloobchodnom trhu“ (porovnaj BT-Drs. 19/26108, s. 263). Z toho možno vyvodit' legislatívny zámer obmedziť možnosť uloženia povinnosti prístupu na úrovni „či“ na konkrétne regulačné dôvody v rámci odklonu od predchádzajúceho prístupu. V prospech toho možno argumentovať aj tým, že zákonodarca zo systematického hľadiska rozdelil predchádzajúci § 21 ods. 1 TKG 2004 na dva odseky v § 26 TKG. V prospech navrhovaného osamostatnenia § 26 ods. 1 TKG hovoria aj nasledujúce skutočnosti: Zo systematického hľadiska by nebol potrebný § 26 ods. 1 TKG, ktorý nakoniec zdôrazňuje individuálne dôvody regulácie, ak by sa v konečnom dôsledku musela alebo mohla uskutočniť široká, spoločná kontrola prostredníctvom § 26 ods. 2 TKG. Samostatná pôsobnosť § 26 ods. 1 TKG je rozpoznateľná len v rámci viacstupňového preskúmania.

b) Existujú však *aj* silné argumenty v prospech toho, *aby* žalovaná musela rozhodnúť o uložení povinnosti poskytnutia prístupu ako súčasť „súboru cieľov“. Podľa historického vývoja procesu, ktorý viedol k prijatiu tohto ustanovenia, bolo vypustenie slova „najmä“ odôvodnené s cieľom objasniť „zameranie regulácie

prístupu na veľkoobchodnej úrovni na odstránenie problému hospodárskej súťaže na maloobchodnom trhu“. Zároveň však bolo vypustenie slova „najmä“ odôvodnené aj tým, že v tejto súvislosti sa zohľadnilo zodpovedajúce vypustenie v článku 73 ods. 1 prvom pododseku EKEK. Tento odkaz je nepochopiteľný. Hoci článok 73 ods. 1 prvý pododsek EKEK neobsahuje slovo „najmä“, aj v súčasnom znení otvára výpočet regulačných dôvodov doplnením slov „unter anderem wenn“ [„okrem iného ak“]. Toto otvorenie obsahujú aj iné jazykové verzie: holandská („onder andere wanneer“), francúzska („notamment lorsqu'elles“), talianska („in particolare qualora“). V anglickej jazykovej verzii sa však nenachádza otvorenie výpočtu („in situations when“). Možno len špekulovať, či v nemeckej dôvodovej správe k TKG bola anglická jazyková verzia uvedená ako „správna verzia“. Jediný záver, ktorý možno vyvodíť z vývoja procesu, ktorý viedol k prijatiu § 26 ods. 1 TKG, je, že vývoj tohto procesu vyvoláva viac otázok, ako dáva odpovedí. Predovšetkým však možno v prospech tohto druhého názoru argumentovať tým, že judikatúra Bundesverwaltungsgericht (Spolkový správny súd) o možnosti vytvorenia „súboru cieľov“ v rámci skúmania § 21 ods. 1 TKG 2004 nie je založená na § 21 ods. 1 prvej vete TKG 2004 a v ňom ešte obsiahnutého slova „najmä“ ako úvodného bodu, ale bola prevzatá priamo z § 21 ods. 1 druhej vety TKG 2004, ktorý ustanovil odkaz na prvú vetu prostredníctvom slov „pri preskúmaní“ (BVerwG, rozsudky z 21. septembra 2018 – 6 C 8.17 –, judikatúra bod 43 a 6 C 50.16 body 41 a 47). Na základe toho možno § 26 ods. 2 TKG, ktorý je uvedený rovnakými slovami ako § 21 ods. 1 druhá veta TKG 2004, prípadne stále vykladať ako ustanovenie, ktoré špecifikuje (jednotný a spoločný) program preskúmania. Proti tomu však možno opäť namietat, že § 26 ods. 2 prvá veta TKG teraz v prvom rade obsahuje tzv. „test dostatočnosti“ v § 26 ods. 2 prvej vete TKG nad rámec starého § 21 ods. 1 prvej vety TKG 2004 (podľa znenia) a že otvorené preskúmanie s odkazom na ciele § 2 TKG sa zrejme vzťahuje len naň. V § 26 ods. 2 druhej vete TKG sa však potom uvádzajú ďalšie úvahy, ktorých vzťah k „testu dostatočnosti“ nie je na jednej strane celkom jasný a ktorých samostatný význam (bez k tomu pridanej druhej polovice prvej vety) nie je zrozumiteľný na strane druhej.

2. Vzhľadom na možnosť výkladu v súlade so smernicou závisí výsledok právneho sporu od odpovede na položené otázky. Ak by článok 72 alebo článok 73 EKEK bránili vnútroštátnej právnej úprave alebo jej výkladu, podľa ktorého pri skúmaní „či“ uloženia povinnosti prístupu k inžinierskym stavbám regulačným orgánom z úradnej moci možno do súborného skúmania zahrnúť okrem podmienok uvedených v článku 72 ods. 1 (bránenie vytvoreniu udržateľného konkurenčne orientovaného trhu alebo rozpor so záujmami koncových používateľov) aj ciele uvedené v článku 3 EKEK a prípadne ďalšie ciele, bola by žaloba žalobkyne úspešná (a). Na druhej strane, ak článok 72 alebo článok 73 EKEK nebráni vnútroštátnej právnej úprave alebo jej výkladu, podľa ktorého pri skúmaní „či“ uloženia povinnosti prístupu k inžinierskym stavbám regulačným orgánom z úradnej moci môžu byť do súborného skúmania okrem podmienok uvedených v článku 72 ods. 1 EKEK (bránenie vytvoreniu udržateľného konkurenčne orientovaného trhu alebo rozpor so záujmami koncových

používateľov) zahrnuté aj ciele uvedené v článku 3 EKEK a prípadne ďalšie ciele, žaloba žalobkyne by nebola úspešná (b).

a) Ak článok 72 ods. 1 alebo článok 72 ods. 2 EKEK, v každom prípade v spojení s článkom 68 ods. 1 EKEK, bráni vnútroštátnej právnej úprave alebo jej výkladu, podľa ktorého pri skúmaní „či“ uloženia povinnosti prístupu k inžinierskym stavbám regulačným orgánom z úradnej povinnosti, okrem podmienok uvedených v článku 72 ods. 1 (bránenie vytvoreniu udržateľného konkurenčne orientovaného trhu alebo rozpor so záujmami koncových používateľov), možno do súborného skúmania zahrnúť aj ciele uvedené v článku 3 EKEK a prípadne ďalšie ciele, žaloba by bola úspešná. V takom prípade by sa totiž § 26 ods. 1 a 2 TKG musel vykladať v tom zmysle, že žalovaná by musela vykonať preskúmanie „vopred“ len na základe podmienok uvedených v § 21 ods. 1 TKG („ak by sa inak bránilo rozvoju trvalo konkurenčne orientovaného maloobchodného trhu a boli by porušené záujmy koncových užívateľov“). To by znamenalo, že napadnuté rozhodnutie by bolo pravdepodobne nezákonné; to platí bez ohľadu na otázku, či skúmanie „či“ uloženia povinnosti prístupu spočiatku vzniká len „globálne“ v zmysle „akejkoľvek“ povinnosti prístupu v zmysle § 3 bodu 74 TKG alebo „konkrétne“ s ohľadom na alternatívu poskytnutia prístupu uvedenú v § 26 ods. 3 TKG. To je zrejmé už z toho, že žalovaná necitovala ustanovenie § 26 ods. 1 TKG v novom znení, ale ustanovenie § 21 TKG v starom znení, hoci došlo k relevantným zmenám; už len to svedčí o existencii chyby. Žalovaná ani na jednom mieste vo veci samej samostatne neskúmala, či by bez poskytnutia prístupu bol všeobecne sťažený rozvoj udržateľného konkurenčne orientovaného maloobchodného trhu a či by boli poškodené záujmy koncových užívateľov. „Rozptýlené“ skúmanie týchto charakteristík žalovanou nemôže tento nedostatok napraviť: Pokiaľ sa na s. 106 a nasl. napadnutého rozhodnutia (verejne dostupná verzia) ako súčasť „súboru cieľov“ uvádza aj podpora hospodárskej súťaže a ochrana záujmov spotrebiteľov, je zrejmé, že to nepostačuje na splnenie takto chápaných požiadaviek § 26 ods. 1 TKG. Po prvé, neskúma sa, či by sa bez poskytnutia prístupu bránilo rozvoju udržateľného konkurenčne orientovaného maloobchodného trhu a či by boli narušené záujmy koncových užívateľov; „podpora“ alebo „ochrana“ určitých záujmov a „bránenie“ alebo „narušenie“ sú rozdielne štandardy. Okrem uvedených dvoch záujmov sa zohľadňovali aj ďalšie záujmy. To isté platí aj pre vysvetlenia na stranách 117, 119, 129 a 134 a nasl. napadnutého rozhodnutia (verejne dostupná verzia). Nič z toho by sa nezmenilo, ani keby sa slovo „a“ v § 26 ods. 1 TKG nahradilo slovom „alebo“ (ako v § 21 ods. 1 TKG stará verzia) na základe výkladu v súlade s právom Spoločenstva. Žalovaná totiž dostatočne neskúmala, či by bez poskytnutia prístupu nebol sťažený rozvoj udržateľného konkurenčne orientovaného maloobchodného trhu, ani či by neboli poškodené záujmy koncových užívateľov (pozri vyššie).

b) Ak na druhej strane článok 72 ods. 1 alebo článok 73 EKEK nebráni vnútroštátnej právnej úprave alebo jej výkladu, podľa ktorého pri skúmaní „či“ uloženia povinnosti prístupu k inžinierskym stavbám regulačným orgánom z úradnej povinnosti, okrem podmienok uvedených v článku 72 ods. 1 EKEK (bránenie vytvoreniu udržateľného konkurenčne orientovaného trhu alebo rozpor

so záujmami koncových používateľov), môžu byť do súborného skúmania zahrnuté aj ciele uvedené v článku 3 EKEK a prípadne ďalšie ciele, žaloba žalobkyne by nebola úspešná. V takom prípade by sa totiž § 26 ods. 1 a 2 TKG nemusel vykladať v tom zmysle, že žalovaná by musela vykonať preskúmanie „vopred“ len na základe prvkov uvedených v § 21 ods. 1 TKG („ak by sa inak bránilo rozvoju udržateľného konkurenčne orientovaného maloobchodného trhu a boli by porušené záujmy koncových užívateľov“). Napadnuté rozhodnutie by potom bolo zrejme zákonné, pretože žalovaná by potom mohla vykonať „preskúmanie súboru cieľov“, ako to aj urobila.

Na skutočnosti, že výsledok súdneho sporu závisí od odpovede na uvedenú otázku, nič nemení to, že by napadnuté rozhodnutie muselo byť zrušené z iných dôvodov. Pokiaľ žalobkyňa napadla rozhodnutie Spolkovej sieťovej agentúry inými než práve uvedenými argumentmi, je nepravdepodobné, že by sa tieto argumenty presadili (pozri rozhodnutie v skrátanom konaní).

IV.

Na položenú otázku nemôže vnútroštátny súd odpovedať v zmysle „acte claire“. Podľa názoru vnútroštátneho súdu na položenú otázku nedáva priamu odpoveď článok 73 ods. 1 prvý pododsek 1 EKEK (1.) a ani článok 72 ods. 1 EKEK (2.). Nie je však jasné, ako sa má uplatniť ustanovenie článku 73 ods. 2 EKEK (3).

1. Podľa názoru vnútroštátneho súdu na položenú otázku nedáva článok 73 ods. 1 prvý pododsek EKEK priamo odpoveď. Je to už z toho dôvodu, že podľa názoru vnútroštátneho súdu je pre uloženie prístupu k inžinierskym stavbám relevantné len ustanovenie článku 72 EKEK (*lex specialis*). Ak by sme to však videli inak, článok 73 EKEK vyvoláva tri problémy v súvislosti s položenou otázkou: Po prvé, jazykové verzie tohto ustanovenia sa rozchádzajú (a) po druhé, obsah článku 73 ods. 2 EKEK je nejasný (b). Napokon, je problematický vzťah k článku 68 ods. 4 písm. c) EKEK (c).

a) Po prvé, jazykové verzie článku 73 ods. 1 prvého pododseku EKEK sa v súvislosti s nastolenou otázkou rozchádzajú: Nemecká jazyková verzia článku 73 ods. 1 prvého pododseku EKEK síce neobsahuje slovo „najmä“, ale otvára výpočet regulačných dôvodov aj v súčasnej verzii slovami „unter anderem wenn“ („okrem iného ak“). Toto otvorenie obsahujú aj iné jazykové verzie: holandská („onder andere wanneer“), francúzska („notamment lorsqu'elles“), talianska („in particolare qualora“). V anglickej jazykovej verzii sa však zjavne otvorenie výpočtu nenachádza („in situations when“). V článku 72 ods. 1 EKEK je situácia odlišná. Vo všetkých jazykových verziách, ktorým členovia senátu rozumejú, má toto ustanovenie rovnaký obsah.

b) Na druhej strane, ustanovenie článku 73 ods. 2 EKEK vyvoláva otázku, či z tohto ustanovenia vyplýva, že okrem záujmov uvedených v článku 73 ods. 1 prvého pododseku EKEK sa musia zohľadniť aj ďalšie hľadiská. Toto ustanovenie pritom spočiatku vyvoláva otázku, či obsahuje viac než len tzv. „test

dostatočnosti“. Priame znenie článku 73 ods. 2 EKEK hovorí v prospech obmedzenia na „test dostatočnosti“, ale kritériá uvedené v článku 73 ods. 2 tretej vete písm. d), e), f) a h) EKEK, kde odkaz na „test dostatočnosti“ nie je celkom jasný, hovoria proti tomu. Aj odôvodnenia 188 a nasl. smernice skôr naznačujú, že obsah ustanovenia sa neobmedzuje na „test dostatočnosti“ (to je pravdepodobne aj záver Broemela v: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. vydanie 2023, úvod B bod 30). Za predpokladu, že požiadavky uvedené v § 73 ods. 2 EKEK sa majú zohľadniť nielen v rámci testu dostatočnosti, toto ustanovenie ďalej vyvoláva otázku, či sa okrem kritérií tam uvedených v § 73 ods. 2 tretej vete písm. a) až h) EKEK majú zohľadniť aj ciele podľa článku 3 EKEK.

c) Napokon, vzťah k článku 68 ods. 4 písm. c) EKEK je problematický. Podľa tohto ustanovenia musia byť povinnosti uložené podľa článku 68 odôvodnené vzhľadom na ciele článku 3 EKEK; toto ustanovenie sa musí dodržiavať aj pri ukladaní povinností podľa článku 73 EKEK (článok 68 ods. 2, článok 68 ods. 3 prvý pododsek, článok 73 ods. 1 prvý pododsek). Článok 73 ods. 1 prvý pododsek však podobne ako článok 72 ods. 1 EKEK a na rozdiel od článku 72 ods. 2 EKEK neobsahuje žiadny odkaz na ciele podľa článku 3 EKEK. Bez ohľadu na tento systém, mali by sa ciele podľa článku 3 EKEK zohľadniť už pri skúmaní „či“ uložiť povinnosť poskytnúť prístup? Alebo sa má systematika článku 73 ods. 1 prvého pododseku alebo článku 72 ods. 1 EKEK k článku 72 ods. 2 EKEK chápať tak, že pri skúmaní „či“ uloženia povinnosti prístupu sa v kontexte prvých dvoch uvedených ustanovení ciele podľa článku 3 EKEK najprv nemajú zahrnúť do skúmania. Len ak sa v tomto prvom kroku potvrdí „či“ uložiť povinnosť prístupu, je potom v druhom kroku potrebné odvolať sa na článok 68 ods. 4 písm. c) EKEK.

2 Podľa názoru vnútroštátneho súdu na položenú otázku nedáva priamu odpoveď ani článok 72 ods. 1 EKEK. Uvedené ustanovenie totiž pravdepodobne predpokladá, že podľa analýzy trhu sú inžinierske stavby súčasťou relevantného trhu. Potvrďuje to odkaz tohto ustanovenia na článok 68 EKEK (pozri tiež Neumann, N&R 2019, 152 <158>) a ustanovenie článku 72 ods. 2 EKEK (argumentum e contrario). O takýto prípad však v prejednávanej veci nejde. V prvom rade je preto irelevantné, že ustanovenie článku 72 ods. 1 EKEK vzhľadom na jeho znenie – vo všetkých uvedených jazykových verziách, ktorým rozumejú členovia senátu – štandardizuje uzavretý alebo taxatívny zoznam regulačných dôvodov, ktoré hovoria proti prípustnosti „preskúmania súboru cieľov“. Možno tiež opomenúť, že vzťah medzi článkom 72 ods. 1 EKEK a článkom 68 ods. 4 písm. c) EKEK – rovnako ako pri článku 73 ods. 1 prvom pododseku EKEK – je nejasný (IV 1 c).

3. Podľa názoru vnútroštátneho súdu by „sedes materiae“ riešenia problému mal byť článok 72 ods. 2 EKEK. Podľa znenia tohto ustanovenia – odkazu na ciele podľa článku 3 EKEK – sa zdá, že na položenú otázku je jasná odpoveď v tom zmysle, že národné regulačné orgány pri skúmaní „či“ uloženie povinnosti prístupu k inžinierskym stavbám, ktoré podľa analýzy trhu nie sú súčasťou relevantného trhu, môžu v každom prípade skúmať aj to, či je táto povinnosť nevyhnutná a primeraná vzhľadom na dosiahnutie cieľov článku 3; v tomto

ohľade existuje aj paralela s článkom 68 ods. 4 písm. c) EKEK. Ustanovenie je však v tomto ohľade jasné len zdanlivo, keďže vzťah k článku 72 ods. 1 EKEK (a) aj vzťah k článku 73 EKEK (b) sú nejasné:

a) Po prvé nie je jasné, ako sa má chápať vzťah medzi článkom 72 ods. 1 a 2 EKEK: Na jednej strane článok 72 ods. 1 EKEK vo vzťahu k článku 68 EKEK možno podľa znenia tohto ustanovenia chápať tak, že sa vzťahuje výlučne na spoločnosť s významným vplyvom na možnom trhu inžinierskych stavieb (pozri vyššie). To by znamenalo, že článok 72 ods. 2 EKEK by sa mohol chápať ako samostatný regulačný nástroj so samostatnými požiadavkami pre prípady, v ktorých – ako v tomto prípade – sa takýto trh neberie za základ. To by však znamenalo, že povinnosti prístupu týkajúce sa inžinierskych stavieb by mohli byť uložené spoločnosti s významným vplyvom na trhu inžinierskych stavieb len za prísnejších podmienok, ako by to bolo v prípade podľa článku 72 ods. 2 EKEK; v každom prípade zmysel takéhoto rozlišovania nie je hneď zrejmý. Na druhej strane článok 72 ods. 1 EKEK možno prípadne chápať aj ako základnú normu, ktorá je článkom 72 ods. 2 EKEK len konkretizovaná pre osobitný prípad. Takýto výklad podporuje skutočnosť, že znenie článku 72 ods. 2 EKEK odkazuje na „prístup v súlade s týmto článkom“, t. j. zjavne vychádza z poskytnutia prístupu za jednotných základných podmienok[,] a že takýto výklad by mohol stanoviť jednotný obsah článku 72 ods. 1 a 2 EKEK.

b) Po druhé nie je jasné, ako sa má chápať vzťah medzi článkom 72 ods. 2 EKEK a článkom 73 EKEK. Je ťažké objasniť, či sa požiadavky článku 73 ods. 1 prvého pododseku EKEK vzťahujú aj na opatrenia podľa článku 72 ods. 2 EKEK, ak sa rozhodnutie vydáva ako súčasť „balíka opatrení“ (aa). Ďalšie problémy vznikajú, ak by sa predpokladalo „jednotné“ chápanie článkov 72 ods. 1 a 2 EKEK – ako je uvedené v bode IV 3 a) vyššie (bb).

aa) Nie je jasné, či sa požiadavky článku 73 ods. 1 prvého pododseku EKEK vzťahujú na opatrenia podľa článku 72 ods. 2 EKEK aj vtedy, ak sa – ako v tomto prípade – rozhodnutie prijíma ako súčasť „balíku opatrení“. Je pravda, že – aj vo vzťahu k článku 72 ods. 1 EKEK – absenciu bodov skúmania „bránenie rozvoju udržateľného konkurenčne orientovaného maloobchodného trhu alebo odporujúce záujmom koncových používateľov“ v článku 72 ods. 2 EKEK možno v zásade vysvetliť tým, že normotvorca práva Spoločenstva predpokladal, že opatrenia podľa článku 73 a článku 72 EKEK sa ukladajú v „balíku opatrení“, a preto sa obmedzenia podľa článku 73 ods. 1 prvého pododseku EKEK vzťahujú aj na uloženie povinností podľa článku 72 ods. 2 EKEK; dôsledkom by bola „synchronizácia“ požiadaviek podľa článku 73 ods. 1 prvého pododseku a článku 72 ods. 2 EKEK. V prospech toho môže hovoriť aj článok 73 ods. 2 druhý pododsek EKEK a zdá sa, že takto to chápal aj nemecký zákonodarca. Dôsledkom by bolo, že ťažkosti spojené s výkladom článku 73 ods. 1 prvým pododsekom EKEK (IV 1.) by sa „premietli“ aj do článku 72 ods. 2 EKEK.

Takéto chápanie konania v „balíku opatrení“ – s dôsledkom prevzatia požiadaviek článku 73 ods. 1 prvého pododseku na konanie podľa článku 72 ods. 2 EKEK –

však zo znenia noriem nevyplýva. Proti „synchronicite“ požiadaviek na konanie podľa článku 72 ods. 2 a na konanie podľa článku 73 EKEK viac hovorí to, že článok 73 ods. 2 druhý pododsek EKEK a najmä v ňom použitá formulácia „bloße Auferlegung“ [„samotné uloženie“] v nemeckej jazykovej verzii naznačuje, že normotvorca Únie považuje povinnosť prístupu týkajúcu sa inžinierskych stavieb v zásade za menej invazívnu; Týmto smerom sa ubera aj odôvodnenie 187 EKEK (pozri Neumann, N&R 2016, 262 <267> a N&R 2018, 204 <206 f.>; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Ak by to tak bolo, svedčilo by to v prospech uplatnenia nižších – a nie súbežných – požiadaviek na konanie podľa článku 72 ods. 2 EKEK.

bb) Ďalšie problémy vznikajú, ak by sme vychádzali z „jednotného“ chápania článku 72 ods. 1 a 2 EKEK – ako bolo práve vysvetlené v bode IV 3 a). Ak potom zvážime vzťah článku 72 ods. 1 k článku 73 EKEK[,] článok 72 ods. 1 EKEK – prípadne v závislosti od jazykových verzií článku 73 EKEK – formuluje užší program preskúmania než článok 73 ods. 1 prvý pododsek EKEK. Na druhej strane však existencia článku 73 ods. 2 druhého pododseku EKEK naznačuje, že normotvorca Únie považuje povinnosť prístupu týkajúcu sa inžinierskych stavieb v zásade za menej invazívnu (pozri vyššie). To je zasa v určitom napätí s článkom 72 ods. 1 EKEK, ktorý vymedzuje regulačné príležitosti, ktoré sa v tomto ohľade otvárajú, užšie ako článok 73 ods. 1 prvý pododsek EKEK – v nemeckom znení, pozri vyššie – a najmä možno ich neotvára ďalším kritériám posudzovania. Významné je, že v článku 73 ods. 2 druhého pododseku EKEK sa nekladie otázka, či samotné uloženie povinností podľa článku 72 EKEK je primeraným prostriedkom na zamedzenie „bránenie rozvoja udržateľného konkurenčne orientovaného trhu“, ale či by povinnosť podľa článku 72 EKEK bola primeraným prostriedkom na „podporu hospodárskej súťaže a záujmu koncového používateľa“. To, či sa niečomu bráni alebo sa to len podporuje, sú dve rôzne kritériá.

[omissis]