

Věc C-327/24 [Lolach] ⁱ

Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce

Datum doručení:

3. května 2024

Předkládající soud:

Verwaltungsgericht Köln (Německo)

Datum předkládacího rozhodnutí:

2. května 2024

Žalobkyně:

Telekom Deutschland GmbH

Žalovaná:

Spolková republika Německo

Verwaltungsgericht Köln (Správní soud v Kolíně nad Rýnem)

Usnesení

[*omissis*]

V soudním řízení správním
společnosti Telekom Deutschland GmbH, [*omissis*] Bonn,

žalobkyně,

[*omissis*]

proti

Spolkové republice Německo [*omissis*],

žalované,

ⁱ Projednávaná věc je označena fiktivním jménem, které se neshoduje s pravým jménem některého z účastníků řízení.

týkající se telekomunikačního práva

rozhodl 21. senát Verwaltungsgericht Köln (Správní soud v Kolíně nad Rýnem)

dne 2. května 2024

[omissis]

takto:

Řízení se přerušuje.

Soudnímu dvoru Evropské unie se v rámci řízení o předběžné otázce na základě článku 267 SFEU předkládá následující otázka:

Musí být články 72 a 73 směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2018/1972 ze dne 11. prosince 2018 vykládány v tom smyslu, že vnitrostátní regulační orgány při posuzování otázky, zda má být uložena povinnost poskytnout přístup k inženýrským stavbám, které podle analýzy trhu nejsou součástí relevantního trhu,

musí *pouze* přezkoumat, zda by neuložení této povinnosti zabránilo vzniku udržitelného konkurenčního trhu nebo by nebylo v zájmu koncového uživatele,

nebo

zda při přezkumu uložení povinnosti poskytnout přístup k takovým stavbám mohou být nad rámec uvedených podmínek *rovnocenně* jako součást „souboru cílů“ zohledněny i další cíle článku 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2018/1972 ze dne 11. prosince 2018 a případné další cíle.

O d ů v o d n ě n í

I.

Podstatou sporu je otázka, zda byla žalobkyni právoplatně uložena povinnost poskytnout přístup.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2018/1972 ze dne 11. prosince 2018 (EKEK) upravuje povinnost poskytnout přístup v člancích 72 a 73, jejichž znění podle německé jazykové verze – přičemž různá jazyková znění článku 73 se odchyľují – je toto:

Článek 72

Přístup k inženýrským stavbám

1. Vnitrostátní regulační orgán může v souladu s článkem 68 ukládat podnikům povinnost vyhovět přiměřeným žádostem o přístup k inženýrským stavbám a jejich využívání, mimo jiné včetně budov nebo vstupů do budov, kabelů v budovách včetně elektrického vedení, antén, věží a jiných podpůrných konstrukcí, stožárů, sloupů, kabelovodů, potrubí, inspekčních komor, vstupních šachet a rozvodných skříní, v situacích, kdy vnitrostátní regulační orgán na základě analýzy trhu usoudí, že odepření přístupu nebo přístup poskytnutý za nepřiměřených podmínek, které mají podobný účinek, by zabránily vzniku udržitelného konkurenčního trhu a nebyly by v zájmu koncového uživatele.

2. Vnitrostátní regulační orgány mohou podniku uložit povinnost poskytnout přístup v souladu s tímto článkem bez ohledu na to, zda jsou aktiva dotčená touto povinností součástí relevantního trhu v souladu s analýzou trhu, pokud je tato povinnost nezbytná a přiměřená pro splnění cílů článku 3.

Článek 73

Povinnosti přístupu k určitým síťovým prvkům a přiřazeným prostředkům a jejich využívání

1. Vnitrostátní regulační orgán může v souladu s článkem 68 ukládat podnikům povinnost vyhovět přiměřeným žádostem o přístup k určitým síťovým prvkům a přiřazeným prostředkům a o jejich využívání, mimo jiné pokud se vnitrostátní regulační orgán domnívá, že by odmítnutí přístupu nebo nepřiměřené smluvní podmínky a podmínky s podobným účinkem bránily vývoji trvalého konkurenčního trhu na maloobchodní úrovni a nebyly by v zájmu koncového uživatele.

Vnitrostátní regulační orgány mohou od podniků mimo jiné požadovat, aby:

- a) poskytovaly třetím stranám patřičný přístup k určitým fyzickým síťovým prvkům a k přiřazeným prostředkům a aby třetím stranám umožnily jejich využívání, včetně ničím nezatíženého přístupu k účastnickému vedení a jeho úseku;
- b) poskytovaly třetím stranám přístup k určitým aktivním nebo virtuálním síťovým prvkům a službám;
- c) vyjednávaly v dobré víře s podniky, které žádají o přístup;
- d) dodatečně nerušily již poskytnutý přístup k zařízením;
- e) určité služby poskytovaly za velkoobchodních podmínek za účelem jejich dalšího prodeje třetími stranami;

- f) poskytovaly otevřený přístup k technickým rozhraním, protokolům nebo k jiným klíčovým technologiím, které jsou nepostradatelné pro interoperabilitu služeb nebo služeb virtuálních sítí;
- g) poskytovaly společné umístění nebo jiné formy sdílení přiřazených prostředků;
- h) poskytovaly určité služby potřebné k zajištění interoperability služeb mezi koncovými uživateli nebo roamingu v mobilních sítích;
- i) poskytovaly přístup systémům provozní podpory nebo podobným softwarovým systémům nezbytným k zajištění korektní hospodářské soutěže při poskytování služeb;
- j) propojovaly sítě nebo zařízení sítě;
- k) poskytování přístupu k doplňkovým službám, například ke službám určení totožnosti, místa nebo přítomnosti.

Vnitrostátní regulační orgány mohou tyto povinnosti ještě spojit s podmínkami týkajícími se spravedlnosti, přiměřenosti a včasnosti.

2. Při zvažování vhodnosti uložení některé z možných zvláštních povinností uvedených v odstavci 1 tohoto článku, a zejména při hodnocení, v souladu se zásadou proporcionality, zda a jak tyto povinnosti mají být uloženy, vnitrostátní regulační orgány posoudí, zda by k řešení zjištěného problému v zájmu koncových uživatelů nebyly postačující jiné formy přístupu pro velkoobchodní vstupy na stejném nebo na souvisejícím velkoobchodním trhu. Toto posouzení zahrnuje nabídky obchodního přístupu, regulovaný přístup podle článku 61 nebo stávající či plánovaný regulovaný přístup k jiným velkoobchodním vstupům podle tohoto článku. Vnitrostátní regulační orgány zváží zejména tyto faktory:

- a) technickou a ekonomickou životaschopnost využití nebo instalace konkurenčních zařízení s ohledem na tempo vývoje trhu s přihlédnutím k povaze a druhu dotyčného propojení nebo přístupu, včetně životaschopnosti dalších přístupových produktů poskytovaných na vyšší úrovni distribučního řetězce, jako například přístup ke kabelovodům;
- b) očekávaný technologický vývoj ovlivňující koncepci a správu sítě;
- c) potřebu zajistit technologickou neutralitu, která stranám umožní koncipovat a spravovat své vlastní sítě;
- d) proveditelnost poskytování nabízeného přístupu, s ohledem na dostupnou kapacitu;

- e) počáteční investice majitele zařízení s přihlédnutím ke všem veřejným investicím a rizikům této investice se zvláštním ohledem na investice do sítí s velmi vysokou kapacitou a míru rizika spojenou s těmito sítěmi;
- f) potřebu dlouhodobé ochrany hospodářské soutěže se zvláštním zřetelem na ekonomicky účinnou hospodářskou soutěž v oblasti infrastruktury a na inovativní obchodní modely, které podporují udržitelnou hospodářskou soutěž, jako například modely založené na společných investicích do sítí;
- g) případně veškerá příslušná práva duševního vlastnictví;
- h) poskytování celoevropských služeb.

Zvažuje-li vnitrostátní regulační orgán v souladu s článkem 68 uložení povinností na základě článku 72 nebo na základě tohoto článku, posoudí, zda by z hlediska podpory hospodářské soutěže a ochrany zájmů koncových uživatelů nebylo přiměřeným prostředkem uložení povinností pouze podle článku 72.

3. Vnitrostátní regulační orgány mohou při ukládání povinnosti podniku poskytovat přístup v souladu s tímto článkem stanovit technické a provozní podmínky, které musí poskytovatel přístupu nebo příjemci takového přístupu splnit tam, kde je to nezbytné pro zajištění běžného provozu sítě. Povinnosti splňovat určité normy nebo specifikace musí být v souladu s normami a specifikacemi stanovenými v souladu s článkem 39.

Německý zákonodárce provedl tato dvě ustanovení jedním právním předpisem, a to § 26 Telekommunikationsgesetz (zákon o telekomunikacích, dále jen „TKG“) ze dne 23. června 2021 ve znění z 10. září 2021, který byl k datu relevantnímu v projednávané věci naposledy pozměněn zákonem ze dne 20. července 2022 (BGBl. I s. 1166), který má toto znění:

§ 26 Povinnosti poskytnout přístup

(1) Bundesnetzagentur (Spolková agentura pro síť) může podniku s významnou tržní silou uložit povinnost poskytnout přístup jiným podnikům, pokud by neuložení této povinnosti bránilo vývoji trvalého konkurenčního maloobchodního trhu a nebylo v zájmu koncového uživatele.

(2) Při přezkumu skutečnosti, zda a jaké přístupové povinnosti podle odstavce 1 jsou odůvodněné a zda jsou tyto povinnosti v přiměřeném poměru k cílům stanoveným v § 2, Bundesnetzagentur (Spolková agentura pro síť) posuzuje, zda

1. povinnosti, které již byly nebo v dohledné době budou podle této části uloženy, nebo již uzavřené či nabídnuté komerční dohody

o poskytnutí přístupu na dotčeném nebo souvisejícím velkoobchodní trhu a

2. pouhé uložení povinností podle odstavce 3 bodu 10

postačují k zajištění cílů uvedených v § 2. Bundesnetzagentur (Spolková agentura pro sítě) přitom zváží zejména tyto faktory:

1. technickou a ekonomickou životaschopnost využití nebo instalace konkurenčních zařízení s ohledem na tempo vývoje trhu s přihlédnutím k povaze a druhu dotyčného propojení a přístupu, včetně životaschopnosti dalších přístupových produktů poskytovaných na vyšší úrovni distribučního řetězce;
2. proveditelnost poskytování navrhovaného přístupu, s ohledem na dostupnou kapacitu;
3. počáteční investice majitele zařízení s přihlédnutím ke všem veřejným investicím a rizikům této investice, zejména takových rizik, která jsou spojena s investicemi do sítí s velmi vysokou kapacitou;
4. potřebu dlouhodobé ochrany hospodářské soutěže se zvláštním zaměřením na ekonomicky účinnou hospodářskou soutěž v oblasti infrastruktury a inovativních obchodních modelů;
5. příslušná práva duševního vlastnictví;
6. poskytování celoevropských služeb a
7. očekávaný technologický vývoj ovlivňující koncepci a správu sítí.

(3) Bundesnetzagentur (Spolková agentura pro sítě) může podnikům, které mají významnou tržní sílu, uložit s přihlédnutím k odstavci 1 mimo jiné povinnost, aby

1. poskytovaly přístup k určitým fyzickým síťovým prvkům a k přiřazeným prostředkům, včetně ničím nezatíženého přístupu k účastnickému vedení;
2. dodatečně nerušily již poskytnutý přístup k zařízením;
3. poskytovaly přístup k určitým aktivním nebo virtuálním síťovým prvkům a službám, včetně virtuálně nezatíženého širokopásmového přístupu;
4. poskytovaly určité nezbytné služby k zajištění interoperability služeb mezi koncovými uživateli nebo roamingu v mobilních sítích;

5. poskytovaly přístup k systémům provozní podpory nebo podobným softwarovým systémům nezbytným k zajištění rovné hospodářské soutěže při poskytování služeb, při zajištění účinnosti stávajících zařízení;
6. poskytovaly přístup k přiřazeným službám, například ke službám určení totožnosti, místa nebo přítomnosti;
7. propojovaly veřejné telekomunikační sítě;
8. poskytovaly otevřený přístup k technickým rozhraním, protokolům nebo k jiným klíčovým technologiím, které jsou nepostradatelné pro interoperabilitu služeb nebo služeb virtuálních telekomunikačních sítí;
9. poskytovaly společné umístění nebo jiné formy sdíleného přiřazení prostředků a zájemcům nebo jimi pověřeným osobám kdykoliv umožnily přístup k těmto zařízením a
10. poskytovaly přístup k inženýrským stavbám, mezi které patří mimo jiné budovy nebo vstupy do budov, kabely v budovách včetně elektrického vedení, antény, věže a jiné podpůrné konstrukce, stožáry, sloupy, kabelovody, potrubí, inspekčních komory, vstupní šachty a rozvodné skříně, a to i tehdy, pokud nejsou součástí relevantního trhu podle § 10, je-li povinnost poskytnout přístup nezbytná a přiměřená s ohledem na problém zjištěný v analýze trhu podle § 11.

(4) Prokáže-li podnik, že by využívání služby ohrozilo zachování integrity sítě nebo bezpečnost jejího provozu, Bundesnetzagentur (Spolková agentura pro sítě) dotčenou povinnost poskytnout přístup neuloží nebo ji uloží jinou formou. Zachování integrity sítě a bezpečnost jejího provozu musí být posouzeny na základě objektivních kritérií.

(5) Pokud Bundesnetzagentur (Spolková agentura pro sítě) uloží podniku povinnost poskytovat přístup, může stanovit technické a provozní podmínky, které musí poskytovatel přístupu nebo příjemci takového přístupu splnit tam, kde je to nezbytné pro zajištění běžného provozu telekomunikační sítě. Povinnosti splňovat určité normy nebo specifikace musí být v souladu s normami a specifikacemi stanovenými podle článku 39 směrnice (EU) 2018/1972.

(6) V rámci plnění povinností poskytnout přístup musí být umožněny možnosti užívání poskytnutého přístupu a možnosti spolupráce mezi podniky oprávněnými k přístupu, ledaže některý podnik v konkrétním případě prokáže, že možnost užívání nebo kooperace není z technických důvodů možná nebo je možná pouze v omezeném rozsahu.

II.

Žalobkyně je podnik, který nabízí telekomunikační služby, a v této souvislosti byla v rámci vymezení trhu ze dne 10. října 2019 označena jako podnik s významnou tržní silou na jednotném relevantním trhu, pokud jde o přístup k účastnickému vedení v pevném místě. Trh týkající se přístupu k inženýrským stavbám však *nebyl* předmětem vymezení trhu.

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Spolková agentura pro elektřinu, plyn, telekomunikace, poštu a železnici, zkráceně „Bundesnetzagentur“, dále jen „Spolková agentura pro sítě“) poté žalobkyni uložila rozhodnutím ze dne 21. července 2022 mimo jiné následující povinnosti:

„1.1.: Poskytovat jiným podnikům přístup ke kabelovodům, jakož i ke sloupům a podpůrným systémům nadzemního vedení, kterou jsou vybudovány v okamžiku poptávky, za účelem výstavby a provozu sítí s velmi vysokou kapacitou v pevných místech nebo za účelem přístupu k účastnickému vedení na kabelovém rozbočovači resp. MSAN (bod 1.2 nebo 1.3) v rámci stávajících kapacit, přičemž (žalobkyně) si může držet přiměřenou provozní rezervu a přednostně naplňovat svou vlastní potřebu. V rozsahu, v němž přístup neslouží přístupu k účastnickému vedení, začíná povinnost plnění a s tím související další povinnosti vyplývající z bodů 2., 4. a 5. platit ke dni 1. ledna 2024.

1.2. Poskytovat jiným podnikům fyzicky ničím nezatížený přístup k měděnému účastnickému vedení na hlavním rozvaděči nebo jiném bodě, který se nachází blíže k účastnickému zařízení než hlavní rozvaděč (zejména kabelové resp. koncové rozbočovače – APL), pokud přístup nemůže nebo nemusí odepřít v souladu s ustanoveními přílohy 1 – Odepření přístupu k účastnickému vedení mimo dosah hlavního rozvaděče – a přílohy 2 – Odepření přístupu k účastnickému vedení v dosahu hlavního rozvaděče – k tomuto bodu [...]“

Spolková agentura pro sítě v odůvodnění mimo jiné uvádí:

„Povinnosti poskytnout přístup

Senát zachoval v platnosti resp. pozměnil [*omissis*] povinnosti poskytnout přístup, které byly (žalobkyni) uloženy na předmětném trhu regulačním opatřením BK3g-09/085 ze dne 21. března 2011 (ve znění regulačního opatření BK3g-15/004 ze dne 1. září 2016), a to takto:

1. Program přezkumu podle § 26 TKG

Povinnosti poskytnout přístup byly uloženy v souladu s § 26 TKG.

Podle § 26 odst. 1 první věty TKG může Spolková agentura pro sítě uložit provozovatelům veřejných telekomunikačních sítí s významnou tržní silou povinnost, aby poskytly nezatížený přístup jiným podnikům v souladu

s jejich požadavky, zejména pokud by odmítnutí přístupu bránilo vývoji trvalého konkurenčního navazujícího trhu na maloobchodní úrovni nebo by tento vývoj nebyl v zájmu koncového uživatele. Při posouzení skutečnosti, zda a jaké povinnosti poskytnout přístup jsou odůvodněné a zda jsou v přiměřeném poměru k cílům regulace podle § 2 TKG, musí Spolková agentura pro sítě přihlídnout zejména ke kritériím uvedeným v § 26 odst. 2 druhé větě bodu 1 a 7 TKG. Z citovaného ustanovení a jeho odkazu na cíle (a zásady) regulace podle § 2 TKG vyplývá, že přijatá opatření musí splňovat obsáhlý soubor cílů a současně splňovat určité rámcové podmínky (viz k § 21 TKG z roku 2004 Bundesverwaltungsgericht [Spolkový správní soud, dále jen „BVerwG“], rozsudek ze dne 21. září 2018, 6 C 50/16, bod 48, BVerwG, rozsudek ze dne 21. září 2018, 6 C 8/17, BVerwG 163, 181–232, bod 51). Soubor cílů relevantní v projednávané věci obsahuje čtyři hlavní cíle, z nichž některé mají různé další podcíle.

Prvním základním cílem je zajištění propojenosti a podpora přístupu k sítím o velmi vysoké kapacitě a jejich využívání všemi občany a podniky (§ 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 2 bodem 1 TKG). Druhým základním cílem je podpora hospodářské soutěže. Důležitá je zejména hospodářská soutěž na maloobchodním trhu (§ 26 odst. 1 TKG). Cílem je podpora trvalých konkurenčních telekomunikačních trhů a s tím spojených investic do infrastruktury a inovací (§ 26 odst. 1; § 26 odst. 2 druhá věta bod 4; § 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 2 bodem 2 a bodem 3 písm. e) a odst. 3 bodem 4 TKG). Dále má být hospodářská soutěž rovnocenná (§ 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 2 bodem 2 a odst. 3 bodem 2 TKG). Při podpoře hospodářské soutěže je zapotřebí řádně přihlídnout k plošným potřebám (§ 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 2 bodem 2 na konci TKG), jakož i k rozmanitým podmínkám souvisejícím s hospodářskou soutěží, které panují v různých zeměpisných oblastech Spolkové republiky Německo (§ 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 3 bodem 5 druhou možností TKG). Podle třetího základního cíle je nezbytné chránit uživatele, zejména zájmy spotřebitelů v oblasti telekomunikace (§ 26 odst. 1 na konci; § 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 2 bodem 3 TKG). Cílem je dosáhnout co největšího užtku pro uživatele, pokud jde o výběr, ceny a kvalitu (§ 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 2 bodem 3 písm. b) TKG). Zájmy uživatelů a spotřebitelů je nezbytné podpořit tím, že bude zajištěna propojitelnost, široká dostupnost a urychlená výstavba sítí s velmi vysokou kapacitou a podporováno jejich využívání (§ 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 2 bodem 1 a 3a TKG). Dále je nezbytné zajistit rovnocenné životní poměry v městských a venkovských oblastech (§ 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 2 bodem 3b TKG). Přitom je zapotřebí i zde řádně zohlednit rozmanité podmínky v souvislosti se spotřebiteli, které panují v různých zeměpisných oblastech Spolkové republiky Německo (§ 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 3 bodem 5 třetí možností TKG). Začtvrté je nezbytné podporovat rozvoj vnitřního trhu Evropské unie (§ 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2

odst. 2 bodem 4 TKG). Patří sem i poskytování celoevropských služeb (§ 26 odst. 2 druhá věta 2 bod 6 TKG).

Při plnění uvedeného souboru cílů musí být dodržovány různé rámcové podmínky. Ustanovení § 2 odst. 3 TKG obecně upravuje, že Spolková agentura pro sítě používá při naplňování cílů stanovených v odstavci 2 objektivní, transparentní, nediskriminující a proporcionální regulační zásady. Tyto zásady jsou dále upřesněny v § 2 odst. 3, jakož i v § 26 odst. 2 druhé větě TKG. V rámci posouzení nezbytnosti je zapotřebí posoudit zejména technickou a hospodářskou únosnost používání nebo instalace konkurenčního zařízení s ohledem na rychlost vývoje na trhu (§ 26 odst. 2 druhá věta bod 1 TKG), jakož i otázku, zda již uložené povinnosti podle 2. části TKG nebo již uzavřené či nabídnuté komerční dohody o přístupu na dotčeném nebo souvisejícím velkoobchodním trhu (§ 26 odst. 2 první věta bod 1 TKG) a pouhé uložení povinností poskytnout přístup ke kabelovodům a podpůrným systémům nadzemního vedení (§ 26 odst. 2 první věta bod 2 TKG) postačují k zajištění regulačních cílů uvedených v § 2 TKG (§ 26 odst. 2 první věta TKG).

Při posuzování proporcionality je nezbytné vzít v úvahu základní práva na svobodnou volbu povolání (čl. 12 odst. 1 Grundgesetz [Základní zákon]) a na ochranu vlastnictví (čl. 14 odst. 1 Grundgesetz [Základní zákon]). To platí zejména ve vztahu k možnostem poskytnutí přístupu s ohledem na dostupnou kapacitu (§ 26 odst. 2 druhá věta bod 2 TKG), jakož i ve vztahu k počátečním investicím majitele zařízení s přihlédnutím k případným veřejným investicím a investičním rizikům (§ 26 odst. 2 druhá věta bod 3 TKG), jakož i obecně s ohledem na investiční rizika investujícího podniku a v rámci kooperací mezi investory a zájemci o přístup (§ 26 odst. 1 první věta na konci; § 26 odst. 2 druhá věta bod 4; § 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 2 bodem 2 první větou a odst. 3 bodem 4 TKG). Relevantní mohou být rovněž zásady ochrany legitimního očekávání a právní jistoty. Například je nezbytné podporovat předvídatelnost regulace tím, že se Spolková agentura pro sítě bude po přiměřená období řídit jednotnou koncepcí regulace (§ 26 odst. 2 první věta ve spojení s § 2 odst. 3 bodem 1 TKG). Rovněž vliv na další právní hodnoty, jako jsou práva duševního vlastnictví a poskytování celoevropských služeb (§ 26 odst. 2 druhá věta body 5 a 6 TKG), jakož i zájem o udržení integrity sítě a bezpečnost provozu sítě (§ 26 odst. 4 a 5 TKG) mohou být v konkrétním případě relevantní.“

Spolková agentura pro sítě posoudila za použití těchto měřítek uložení výše uvedených povinností poskytnout přístup, mimo jiné povinnosti poskytnout přístup k inženýrským stavbám.

Proti tomuto rozhodnutí Spolkové agentury pro sítě ze dne 21. července 2022 podala žalobkyně dne 19. srpna 2022 žalobu k předkládajícímu soudu a navrhla mimo jiné, aby soud

„1. rozhodnutí žalované ze dne 21. července 2022 (BK3i-19/020) částečně zrušil v rozsahu, v němž jsou žalobkyni uloženy tyto povinnosti:

a) povinnost uložená v bodě 1.1 výroku, poskytnout jiným podnikům přístup ke kabelovodům a podpurným systémům nadzemního vedení pro výstavbu a provoz sítí velmi vysoké kapacity v pevných místech;

podpurně k a),

b) povinnost uložená v bodě 1.1 výroku, poskytnout jiným podnikům přístup ke kabelovodům a podpurným systémům nadzemního vedení pro výstavbu a provoz sítí velmi vysoké kapacity v pevných místech, které žalobkyně nově vybudovala za účelem výstavby své sítě FTTB/H,

dále podpurně k a) a b),

c) povinnost uložená v bodě 1.1 výroku, poskytnout jiným podnikům přístup ke kabelovodům a podpurným systémům nadzemního vedení pro výstavbu a provoz sítí velmi vysoké kapacity v pevných místech, jejichž výstavba byla dokončena před méně než sedmi lety,

d) povinnost uložená v bodě 4 výroku, zveřejnit standardní nabídku služeb přístupu ke kabelovodům a podpurným systémům nadzemního vedení pro výstavbu a provoz sítí velmi vysoké kapacity v pevných místech;

e) povinnost uložená v bodě 5.1 výroku, nechat schválit poplatky za poskytnutí přístupu ke kabelovodům a podpurným systémům nadzemního vedení pro výstavbu a provoz sítí velmi vysoké kapacity v pevných místech podle § 39 TKG.

f) povinnost podle bodu 4 výroku zveřejnit standardní nabídku doplňkových služeb pro virtuálně nezatížený přístup v podobě přístupového produktu na druhé vrstvě na switchi/BGN u FTTB/H infrastruktur vhodných pro hromadný trh;

2. podpurně k návrhům pod bodem 1 celkově zrušil rozhodnutí ze dne 21. července 2022 (Bk3i-19/020), pokud soud bude mít za to, že usnesení je nedělitelné.“

Ohledně předběžné otázky relevantní v této věci bylo uvedeno, že Spolková agentura pro sítě vychází při uložení povinností poskytnout přístup podle § 26 odst. 1 TKG z nesprávného chápání tohoto ustanovení. Odůvodnění regulačního rozhodnutí uvádí při popisu programu přezkumu neaktuální znění § 21 odst. 1 první věty TKG z roku 2024, nyní platný § 26 odst. 1 TKG se však skutečně

odlišuje. Ze znění bylo konkrétně odstraněno slovo „zejména“ a podmínky „bránění hospodářské soutěži na maloobchodním trhu“ a „ohrožování zájmů koncových uživatelů“ jsou nyní místo slova „nebo“ spojeny slovem „a“. Spolková agentura pro sítě toto nerespektovala a své rozhodnutí založila na nesprávném programu přezkumu. Tyto změny nebyly pouhými redakčními úpravami, nýbrž se podle odůvodnění zákona jednalo o vědomá legislativní rozhodnutí. Výklad v souladu se směrnicí nepřichází do úvahy. Důvodem je vůle německého zákonodárce explicitně vyjádřená v legislativních podkladech. Kromě toho se v konečném důsledku ustanovení směrnice a vnitrostátní právo neliší. Z toho vyplývá, že nejprve mělo být v rámci § 26 odst. 1 TKG konstatováno, že jsou kumulativně splněny podmínky uvedené v tomto ustanovení, a až poté bylo možné zahájit přezkum podle § 26 odst. 2 TKG na základě posuzovací pravomoci. Spolková agentura pro sítě svým odlišným postupem nepřipustně relativizovala primární cíle regulace přístupu, které výslovně zdůraznil zákonodárce, a její posouzení je v důsledku toho nevyvážené. A konečně regulační rozhodnutí neobsahuje kumulativní přezkum podmínek § 26 odst. 1 TKG.

Žalovaná k tomu ve vztahu k otázkám relevantním pro řízení o předběžné otázce namítá, že Spolková agentura pro sítě ve svém regulačním rozhodnutí nevycházela z nesprávného chápání dotčených ustanovení, zejména nevycházela z podmínek předchozího § 21 odst. 1 první věty TKG z roku 2004. Ustanovení § 26 odst. 1 TKG musí být v souladu se směrnicí vykládáno v tom smyslu, že slovem „a“ mezi podmínkami není myšleno kumulativní spojení, nýbrž výčet. Pro zákonost posuzovacího rozhodnutí navíc není relevantní popis programu přezkumu obsažený v úvodu, nýbrž posuzovací rozhodnutí samotné: Do posuzovacího rozhodnutí byly zahrnuty obě podmínky stanovené v § 26 odst. 1 TKG. Znění § 26 odst. 1 TKG nepřipouští závěr, že Spolková agentura práce je omezena na přezkum těchto dvou podmínek. S ohledem na § 26 odst. 2 TKG naopak může do svého posouzení zahrnout další aspekty; judikaturu BVerwG týkající se „přezkumu souboru cílů“ k § 21 odst. 1 první větě TKG z roku 2024 lze přenést na § 26 TKG.

[omissis] [další návrh na poskytnutí předběžné právní ochrany]

III.

Předložená otázka týkající se práva Společenství je relevantní pro výsledek právního sporu. Použije se zásada výkladu v souladu se směrnicí (1.). Výsledek sporu se liší v závislosti na výkladu článků 72 a 73 EKEK (2).

1. V projednávané věci se použije zásada výkladu v souladu se směrnicí. Je pravda, že výklad v souladu se směrnicí se nepoužije, pokud existuje *jednoznačná* vnitrostátní právní úprava. V projednávané věci tomu tak ale není. Ve vnitrostátním právu existují jak hlediska, která hovoří pro výklad § 26 TKG v tom smyslu, že žalovaná měla „předem“ provést přezkum pouze na základě znaků skutkové podstaty § 26 odst. 1 TKG (a), tak i hlediska, která hovoří pro to, že

žalovaná musí – jako doposud – rozhodnout o uložení povinností poskytnout přístup v rámci „souboru cílů“ (b).

a) Zdá se, že *ve prospěch* výkladu § 26 TKG v tom smyslu, že žalovaná měla „předem“ provést přezkum pouze na základě znaků skutkové podstaty § 21 odst. 1 TKG („[...] pokud by neuložení této povinnosti bránilo vývoji trvalého konkurenčního maloobchodního trhu a nebylo v zájmu koncového uživatele.“), předně hovoří znění tohoto ustanovení. V ustanovení § 26 odst. 1 TKG totiž bylo – v porovnání s § 21 odst. 1 první větou TKG ze dne 22. června 2004, který byl zrušen článkem 61 zákona ze dne 23. června 2021 (BGBl. I s. 1858)[,] odstraněno slovo „zejména“. Ve prospěch tohoto chápání § 26 odst. 1 TKG lze dále uvést, že zákonodárce odstranil slovo „zejména“ ze znění ustanovení plánovaně, aby zdůraznil „zaměření regulace přístupu na velkoobchodní úrovni na odstranění problému konkurence na maloobchodním trhu“ (viz BT-Drs. 19/26108, s. 263). Z toho lze případně dovodit, že zákonodárce na rozdíl od dosavadního postupu zamýšlel omezit na úrovni otázky „zda“ možnost uložení povinností poskytnout přístup na specifické důvody regulace. K tomu lze rovněž uvést, že v systematickém ohledu zákonodárce rozdělil dosavadní § 21 odst. 1 TKG z roku 2004 v § 26 TKG na dva odstavce. Ve prospěch samostatného chápání § 26 odst. 1 TKG, které se tak nabízí, hovoří rovněž následující: Ze systematického hlediska by nebylo zapotřebí § 26 odst. 1 TKG, který taxativně zdůrazňuje důvody regulace, pokud by na základě § 26 odst. 2 TKG muselo resp. mohlo být v konečném důsledku stejně provedeno obsáhlé, společné posouzení. Samostatná oblast použití § 26 odst. 1 TKG je zjevná pouze v případě odstupňovaného posouzení.

b) Existují ovšem *také* podstatná hlediska, která hovoří *pro to*, že žalovaná musí o uložení povinností poskytnout přístup rozhodnout v rámci „souboru cílů“. Je pravda, že podle historie vzniku ustanovení bylo vyškrtnutí slova „zejména“ odůvodněno cílem zdůraznit „zaměření regulace přístupu na velkoobchodní úrovni na odstranění problému konkurence na maloobchodním trhu“. *Současně* bylo vyškrtnutí slova „zejména“ ale odůvodněno i tím, že tak byla zohledněna stejná úprava v čl. 73 odst. 1 prvním pododstavci EKEK. Tento odkaz není srozumitelný. Článek 73 odst. 1 první pododstavec EKEK sice neobsahuje slovo „zejména“, výčet regulačních požadavků ovšem i v platném znění uvozuje slovy „mimo jiné pokud“. Tato slovní vazba uvozuje výčet i v jiných jazykových zněních: nizozemštině („onder andere wanneer“), francouzštině („notamment lorsqu'elles“), italštině („in particolare qualora“). Naproti tomu v anglickém jazykovém znění tomu tak není („in situations when“). O tom, zda německé odůvodnění TKG odkazovalo na anglické jazykové znění jako „správné znění“, lze jen spekulovat. Z toho vyplývá, že ohledně historie vzniku § 26 odst. 1 TKG lze pouze konstatovat, že z ní vyplývá více otázek než odpovědí. Především ale: Ve prospěch druhého názoru lze uvést, že se judikatura BVerwG týkající se možnosti vytvoření „souboru cílů“ v rámci přezkumu § 21 odst. 1 TKG z roku 2004 neodkazuje na § 21 odst. 1 první větu TKG z roku 2004 a v ní obsažené slovo „zejména“, nýbrž byla odvozena přímo z § 21 odst. 1 druhé věty TKG z roku 2004, která se slovy „při přezkumu“ odkazuje na první větu (BVerwG,

rozsudky ze dne 21. září 2018, 6 C 8.17, juris bod 43 a 6 C 50.16, body 41 a 47). Na tomto základě lze § 26 odst. 2 TKG, který začíná stejnými slovy jako § 21 odst. 1 druhá věta TKG z roku 2004, i nadále interpretovat jako ustanovení, které stanoví (jednotný a společný) program přezkumu. Naproti tomu lze ovšem uvést, že § 26 odst. 2 první věta TKG obsahuje nad rámec původního § 21 odst. 1 první věty TKG z roku 2004 (podle znění) předně takzvaný „test dostatečnosti“ v § 26 odst. 2 první větě TKG a případný přezkum se s odkazem na cíle § 2 TKG zjevně odkazuje pouze na toto ustanovení. Následně ovšem § 26 odst. 2 druhá věta TKG uvádí další hlediska zvažování, jejichž vztah k „testu dostatečnosti“ není jednak zcela zjevný a jejichž samostatný význam (bez přidané druhé poloviny první věty) navíc není srozumitelný.

2. S ohledem na možnost výkladu v souladu se směrnicí závisí výsledek sporu na odpovědi na položené otázky. Pokud články 72 nebo 73 EKEK brání vnitrostátní zákonné úpravě resp. jejímu výkladu v tom smyslu, že při přezkumu otázky, zda má být uložena povinnost přístupu k inženýrským stavbám, prováděném regulačním orgánem z úřední povinnosti musí být nad rámec podmínek uvedených v čl. 72 odst. 1 (bránění vzniku udržitelného konkurenčního trhu nebo rozpor se zájmy koncového uživatele) do souhrnného přezkumu zahrnuty i cíle stanovené v článku 3 EKEK a případné další cíle, pak by žaloba podaná žalobkyní byla úspěšná (a). Pokud články 72 nebo 73 EKEK naproti tomu nebrání vnitrostátní zákonné úpravě resp. jejímu výkladu v tom smyslu, že při přezkumu otázky, zda má být uložena povinnost přístupu k inženýrským stavbám, prováděném regulačním orgánem z úřední povinnosti musí být nad rámec podmínek uvedených v čl. 72 odst. 1 EKEK (bránění vzniku udržitelného konkurenčního trhu nebo rozpor se zájmy koncového uživatele) do souhrnného přezkumu zahrnuty i cíle stanovené v článku 3 EKEK a případné další cíle, pak by žaloba podaná žalobkyní nebyla úspěšná (b).

a) Pokud čl. 72 odst. 1 nebo čl. 72 odst. 2 EKEK vždy ve spojení s čl. 68 odst. 1 EKEK brání vnitrostátní zákonné úpravě resp. jejímu výkladu v tom smyslu, že při přezkumu otázky, zda má být uložena povinnost přístupu k inženýrským stavbám, prováděném regulačním orgánem z úřední povinnosti musí být nad rámec podmínek uvedených v čl. 72 odst. 1 (bránění vzniku udržitelného konkurenčního trhu nebo rozpor se zájmy koncového uživatele) do souhrnného přezkumu zahrnuty i cíle stanovené v článku 3 EKEK a případné další cíle, pak by žaloba byla úspěšná. Pak by totiž musel být § 26 odst. 1 a 2 TKG vykládán v tom smyslu, že žalovaná měla „předem“ provést přezkum pouze na základě znaků skutkové podstaty § 21 odst. 1 TKG („[...] pokud by neuložení této povinnosti bránilo vývoji trvalého konkurenčního maloobchodního trhu a nebylo v zájmu koncového uživatele.“). To by vedlo k tomu, že napadené rozhodnutí by zřejmě bylo protiprávní; platí to bez ohledu na otázku, zda je přezkum otázky „zda“ uložit povinnost poskytnout přístup prováděn nejprve pouze „globálně“ ve smyslu „nějaké“ povinnosti poskytnout přístup ve smyslu § 3 bodu 74 TKG nebo „konkrétně“ s ohledem na některou z alternativ poskytnutí přístupu uvedenou v § 26 odst. 3 TKG. To je zjevné již z toho, že žalovaná ve věci citovala nikoliv ustanovení § 26 odst. 1 TKG v jeho novém znění, nýbrž ustanovení § 21 TKG

v jeho původním znění, ačkoliv již platily relevantní změny; již to naznačuje, že došlo k chybě. Žalovaná ani ve skutkovém ohledu samostatně neposuzovala, zda by odmítnutí přístupu obecně bránilo vývoji trvalého konkurenčního trhu na maloobchodní úrovni a nebylo by v zájmu koncového uživatele. „Rozptýlené“ posuzování těchto znaků žalovanou nemůže tento nedostatek zhojit: V rozsahu, v němž je na s. 106 a násl. napadeného rozhodnutí (veřejně dostupné znění) v rámci „souboru cílů“ zmiňována rovněž podpora hospodářské soutěže a ochrana zájmů spotřebitelů, to zjevně nepostačuje k tomu, aby byly splněny takto chápané požadavky § 26 odst. 1 TKG. Zprvée žalovaná nezkoumá, zda by odmítnutí přístupu bránilo vývoji trvalého konkurenčního trhu na maloobchodní úrovni a nebylo by v zájmu koncového uživatele; „podpora“ resp. „ochrana“ určitých zájmů a jejich „omezování“ resp. „ohrožení“ jsou různá měřítka. Zadruhé do svého posouzení kromě těchto dvou zájmů zahrнула i další zájmy. Totéž platí pro úvahy na stranách 117, 119, 129 a 134 a násl. napadeného rozhodnutí (veřejně dostupné znění). Na výše uvedeném nic nemění ani případné nahrazení slova „a“ v § 26 odst. 1 TKG slovem „nebo“ (jako v § 21 odst. 1 TKG v pův. znění) ve smyslu výkladu v souladu se směrnicí. Žalovaná totiž dostatečně nezkoumala, zda by odmítnutí přístupu bránilo vývoji trvalého konkurenčního trhu na maloobchodní úrovni, ani zda by to nebylo v zájmu koncového uživatele (viz výše).

b) Pokud články čl. 72 odst. 1 nebo článek 73 EKEK naproti tomu nebrání vnitrostátní zákonné úpravě resp. jejímu výkladu v tom smyslu, že při přezkumu otázky, zda má být uložena povinnost přístupu k inženýrským stavbám, prováděném regulačním orgánem z úřední povinnosti musí být nad rámec podmínek uvedených v čl. 72 odst. 1 (bránění vzniku udržitelného konkurenčního trhu nebo rozpor se zájmy koncového uživatele) do souhrnného přezkumu zahrnuty i cíle stanovené v článku 3 EKEK a případné další cíle, pak by žaloba podaná žalobkyní nebyla úspěšná. Pak by totiž § 26 odst. 1 a 2 TKG nemusel být vykládán v tom smyslu, že žalovaná měla „předem“ provést přezkum pouze na základě znaků skutkové podstaty § 21 odst. 1 TKG („[...] pokud by neuložení této povinnosti bránilo vývoji trvalého konkurenčního maloobchodního trhu a nebylo v zájmu koncového uživatele.“). Napadené rozhodnutí by pak zřejmě bylo právoplatné, protože žalovaná mohla provést „přezkum souboru cílů“, což také učinila.

Na skutečnosti, že výsledek právního sporu závisí na odpovědi na uvedenou otázku, nic nemění ani to, že by napadené rozhodnutí muselo být zrušeno z jiných důvodů. Napadá-li žalobkyně rozhodnutí Spolkové agentury pro síť jinými než výše uvedenými argumenty, pak tyto argumenty pravděpodobně neobstojí (viz rozhodnutí ve zrychleném řízení).

IV

Předkládající soud nemůže nastolenou otázku zodpovědět ve smyslu „acte claire“. Nastolenou otázku sice nelze podle názoru předkládajícího soudu zodpovědět přímo článkem 73 odst. 1 prvním pododstavcem EKEK (1.) ani článkem 72

odst. 1 EKEK (2). Není ovšem jisté, jakým způsobem má být použito ustanovení čl. 73 odst. 2 EKEK (3).

1. Podle názoru předkládajícího soudu nelze nastolenou otázku zodpovědět přímo článkem 73 odst. 1 prvním pododstavcem EKEK. Důvodem je již skutečnost, že podle názoru předkládajícího soudu je pro uložení povinnosti přístupu k inženýrským stavbám předně relevantní pouze ustanovení článku 72 EKEK (*lex specialis*). Avšak z jiného hlediska vyplývají z článku 73 EKEK ohledně nastolené otázky tři problémy: Zaprvé se jazyková znění tohoto ustanovení rozcházejí (a) a zadruhé je obsah čl. 73 odst. 2 EKEK nejasný (b). Konečně je problémem vztah k čl. 68 odst. 4 písm. c) EKEK (c).

a) Zaprvé se rozcházejí jazyková znění čl. 73 odst. 1 prvního pododstavce EKEK ve vztahu k nastolené otázce: Německé znění čl. 73 odst. 1 prvního pododstavce EKEK sice neobsahuje slovo „zejména“, výčet regulačních požadavků ovšem i v platném znění uvozuje slovy „mimo jiné pokud“. Tato slovní vazba uvozuje výčet i v jiných jazykových zněních: nizozemštině („onder andere wanneer“), francouzštině („notamment lorsqu’elles“), italštině („in particolare qualora“). Naproti tomu v anglickém jazykovém znění tomu tak není („in situations when“). Jinak je tomu však u čl. 72 odst. 1 EKEK. Ve všech jazykových zněních, kterým členové senátu rozumí, má toto ustanovení tentýž obsah.

b) Zadruhé ustanovení čl. 73 odst. 2 EKEK nastoluje otázku, zda z tohoto ustanovení vyplývá, že kromě požadavků uvedených v čl. 73 odst. 1 prvním pododstavci EKEK je při zvažování nezbytné přihlédnout i k dalším hlediskům. Přitom toto ustanovení předně nastoluje otázku, zda obsahuje více než pouze tzv. „test dostatečnosti“. Pro omezení na „test dostatečnosti“ hovoří přímé znění čl. 73 odst. 2 EKE, proti němu ovšem hovoří kritéria uvedená v čl. 73 odst. 2 třetí větě písm. d), e), f) a h) EKEK, u nichž vztah k „testu dostatečnosti“ není tak zcela zřejmý. Rovněž body 188 a násl. odůvodnění směrnice by spíše mohly hovořit pro to, že obsah tohoto ustanovení není omezen na „test dostatečnosti“ (takto ve výsledku rovněž Broemel, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. vydání 2023, úvod B, bod 30). Vycházíme-li z toho, že požadavky uvedené v čl. 73 odst. 2 EKEK musí být zohledněny nejen v rámci testu dostatečnosti, pak toto ustanovení dále nastoluje otázku, zda kromě kritérií uvedených v čl. 73 odst. 2 třetí větě písm. a) až h) EKEK musí být přihlédnuto rovněž k cílům stanoveným v článku 3 EKEK.

c) Konečně je problémem vztah k čl. 68 odst. 4 písm. c) EKEK. Podle tohoto ustanovení musí povinnosti uložené v souladu s článkem 68 být odůvodněné s ohledem na cíle stanovené v článku 3 EKEK; toto ustanovení musí být zohledněno rovněž při ukládání povinností podle článku 73 EKEK (čl. 68 odst. 2, odst. 3 první pododstavec, čl. 73 odst. 1 první pododstavec). Článek 73 odst. 1 první pododstavec ani čl. 72 odst. 1 EKEK však na rozdíl od čl. 72 odst. 2 EKEK neobsahuje žádný odkaz na cíle článku 3 EKEK. Musí být bez ohledu na tuto systematiku přihlédnuto k cílům článku 3 EKEK již při přezkumu otázky „zda“ uložit povinnost poskytnout přístup? Nebo je nezbytné chápat systematiku čl. 73

odst. 1 prvního pododstavce resp. čl. 72 odst. 1 EKEK k čl. 72 odst. 2 EKEK v tom smyslu, že v rámci obou prvně uvedených ustanovení se při přezkumu otázky „zda“ uložit povinnost přístupu nejprve cíle článku 3 EKEK do přezkumu nezahrnou. Až poté, co je v prvním kroku otázka „zda“ uložit povinnost přístupu zodpovězena kladně, je nezbytné následně v druhém kroku při přezkumu konkrétních opatření odkázat na čl. 68 odst. 4 písm. c) EKEK.

2. Nastolenou otázku podle názoru předkládajícího soudu rovněž nelze zodpovědět přímo článkem 72 odst. 1 EKEK. Uvedené ustanovení by totiž mohlo předpokládat, že inženýrské stavby jsou podle analýzy trhu součástí relevantního trhu. Hovoří pro to skutečnost, že toto ustanovení odkazuje na článek 68 EKEK (takto rovněž Neumann, N&R 2019, 152 <158>) a ustanovení čl. 72 odst. 2 (argumentum e contrario). Tak tomu v projednávané věci není. Není proto relevantní, že ustanovení čl. 72 odst. 1 EKEK obsahuje dle svého znění – ve všech výše uvedených jazykových zněních, jimž členové senátu rozumí – uzavřený resp. taxativní výčet důvodů regulace, který hovoří proti přípustnosti „přezkumu souboru cílů“. Rovněž skutečnost, že vztah čl. 72 odst. 1 EKEK k čl. 68 odst. 4 písm. c) EKEK – stejně jako u čl. 73 odst. 1 prvního pododstavce EKEK – není jasný, lze ponechat bez povšimnutí (IV 1c).

3. „Sedes materiae“ řešení problému by podle názoru předkládajícího senátu mohl být 72 odst. 2 EKEK. Na základě znění tohoto ustanovení – odkaz na cíle článku 3 EKEK – by bylo možné zodpovědět nastolenou otázku jednoznačně v tom smyslu, že vnitrostátní regulační orgány při přezkumu otázky „zda“ uložit povinnost poskytnout přístup k inženýrským stavbám, které podle analýzy trhu nejsou součástí relevantního trhu, každopádně mohou rovněž posoudit, zda je tato povinnost nezbytná a přiměřená pro splnění cílů článku 3; v tom se tedy shoduje s čl. 68 odst. 4 písm. c) EKEK. Toto ustanovení je ovšem jen zdánlivě jednoznačné, protože nejasný je jak vztah k čl. 72 odst. 1 EKEK (a), tak i vztah k článku 73 EKEK (b):

a) Zprvce není jasné, jak rozumět vztahu čl. 72 odst. 1 a 2 EKEK: Na jedné straně lze čl. 72 odst. 1 EKEK s ohledem na článek 68 EKEK podle svého znění chápat tak, že se týká pouze podniku s významnou tržní silou na případném trhu inženýrských staveb (viz výše). To by vedlo k tomu, že by čl. 72 odst. 2 EKEK bylo možné chápat jako samostatný nástroj regulace s vlastními podmínkami pro případy, kdy – jako v projednávané věci – se z takového trhu právě nevycházelo. To by ovšem mělo za následek, že podniku s významnou tržní silou na trhu inženýrských staveb by bylo možné uložit povinnost přístupu ve vztahu k inženýrským stavbám pouze za přísnějších podmínek, než by tomu bylo v případech čl. 72 odst. 2 EKEK; smysl takového rozlišování každopádně není přímo zjevný. Na druhé straně lze čl. 72 odst. 1 EKEK číst jako základní normu, kterou čl. 72 odst. 2 EKEK konkretizuje pouze pro speciální případ. Pro takový výklad hovoří, že znění čl. 72 odst. 2 EKEK hovoří o „přístup[u] v souladu s tímto článkem“; zjevně tedy vychází z poskytnutí přístupu na základě jednotných základních podmínek, a že při takovémto výkladu by bylo možné konstatovat jednotný obsah čl. 72 odst. 1 a 2 EKEK.

b) Zadruhé není jasné, jak rozumět vztahu čl. 72 odst. 2 k článku 73 EKEK. Je obtížné vyjasnit otázku, zda se podmínky stanovené v čl. 73 odst. 1 prvním pododstavci EKEK použijí na opatření podle čl. 72 odst. 2 EKEK i tehdy, pokud se rozhoduje v rámci „souboru opatření“ (aa). Další problémy vzniknou, budeme-li vycházet z „jednotného“ chápání čl. 72 odst. 1 a 2 EKEK, jak bylo právě popsáno v bodě IV 3 a) (bb).

aa) Není jasné, zda se podmínky stanovené v čl. 73 odst. 1 prvním pododstavci EKEK použijí na opatření podle čl. 72 odst. 2 EKEK i tehdy, pokud se rozhoduje v rámci „souboru opatření“, jako je tomu v projednávané věci. Je pravda, že i ve vztahu k čl. 72 odst. 1 EKEK lze absenci přezkumu hledisek „bránění vývoji trvalého konkurenčního trhu na maloobchodní úrovni nebo rozpor se zájmem koncového uživatele“ stanovených v čl. 72 odst. 2 EKEK v zásadě vysvětlit i tím, že unijní normotvůrce vycházel z toho, že opatření podle článku 73 a podle článku 72 EKEK jsou ukládána v „souboru opatření“, protože restrikce podle čl. 73 odst. 1 prvního pododstavce EKEK platí i pro ukládání povinností podle čl. 72 odst. 2 EKEK; důsledkem by byla „shoda“ podmínek podle čl. 73 odst. 1 prvního pododstavce a podle čl. 72 odst. 2 EKEK. Pro to může hovořit i čl. 73 odst. 2 druhý pododstavec EKEK a zdá se, že to je i chápání německého zákonodárce. Důsledkem by bylo, že se problémy při výkladu čl. 73 odst. 1 prvního pododstavce EKEK (IV 1.) „propisují“ i do čl. 72 odst. 2 EKEK.

Ze znění ustanovení ovšem toto chápání postupu v „souboru opatření“ – s důsledkem převzetí podmínek čl. 73 odst. 1 prvního pododstavce pro postup podle čl. 72 odst. 2 EKEK – nevyplývá. Proti „shodě“ podmínek pro postup podle čl. 72 odst. 2 a postup podle článku 73 EKEK spíše hovoří, že čl. 73 odst. 2 druhý pododstavec EKEK a zejména formulace „uložení [...] pouze“ použitá v německém znění tohoto ustanovení naznačuje, že unijní zákonodárce v zásadě považuje povinnost přístupu k inženýrským stavbám za méně závažný zásah; tímto směrem jde i bod 187 odůvodnění EKEK (viz Neumann, N&R 2016, 262 <267> a N&R 2018, 204 <206 n.>; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Pokud by tomu tak bylo, pak by to hovořilo pro to, aby na postup podle čl. 72 odst. 2 EKEK byly kladeny nižší – a nikoliv shodné – požadavky.

bb) Další problémy vzniknou, budeme-li vycházet z „jednotného“ chápání čl. 72 odst. 1 a 2 EKEK, jak bylo právě popsáno v bodě IV 3 a). Povšimneme-li si totiž vztahu čl. 72 odst. 1 k článku 73 EKEK, pak čl. 72 odst. 1 EKEK – případně v závislosti na jazykovém znění článku 73 EKEK – formuluje v porovnání s čl. 73 odst. 1 prvním pododstavcem EKEK restriktivněji vymezený program přezkumu. Na druhé straně ale existence čl. 73 odst. 2 druhého pododstavce EKEK naznačuje, že unijní zákonodárce považuje povinnost poskytnout přístup k inženýrským stavbám v zásadě za menší zásah (viz výše). To je zas v jistém vztahu napětí k čl. 72 odst. 1 EKEK, který důvody regulace v porovnání s čl. 73 odst. 1 prvním pododstavcem EKEK – v německém znění, viz výše, – upravuje restriktivněji a zejména je neumožňuje použít pro další zvažování. Je příznačné, že v rámci čl. 73 odst. 2 druhého pododstavce EKEK není pokládána otázka, zda by pouhé uložení povinnosti podle článku 72 EKEK bylo přiměřeným

prostředkem proti „bránění vzniku udržitelného konkurenčního trhu“, nýbrž zda by povinnost podle článku 72 EKEK byla přiměřeným prostředkem na „podporu hospodářské soutěže a zájmu koncového uživatele“. Skutečnost, zda je něčemu bráněno nebo pouze podporováno, jsou dvě různá měřítka.

[*omissis*]

PRACOVNÍ DOKUMENT