

Дело C-327/24 [Lolach]ⁱ

Преюдициално запитване

Дата на постъпване в Съда:

3 май 2024 г.

Запитваща юрисдикция:

Verwaltungsgericht Köln (Германия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

2 май 2024 г.

Жалбоподател:

Telekom Deutschland GmbH

Отвeтник:

Bundesrepublik Deutschland

Verwaltungsgericht Köln (Административен съд Кьолн, Германия)

Определение

[...]

По административно производство със страни

Telekom Deutschland GmbH, [...] Бон,

жалбоподател,

[...]

срещу

Bundesrepublik Deutschland (Федерална република Германия) [...],

ОТВЕТНИК,

ⁱ Името на настоящото дело е измислено. То не съвпада с истинското име на никоя от страните в производството.

относно правна уредба в областта на далекосъобщенията

21-ви състав на Verwaltungsgericht Köln

на 2 май 2024 г.,

[...]

определи:

Спира производството по делото.

На основание член 267 ДФЕС отправя до Съда на Европейския съюз следния преюдициален въпрос:

„Трябва ли членове 72 и 73 от Директива (ЕС) 2018/1972 на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2018 г. да се тълкуват в смисъл, че когато преценяват дали да наложат задължение за достъп до строителна инфраструктура, която според пазарния анализ не представлява част от съответния пазар, националните регулаторни органи

трябва да проверят *единствено* дали неналагането на посоченото задължение би попречило на възникването на устойчив конкурентен пазар или не би било в интерес на крайните ползватели,

или

налагането на такова задължение за достъп би могло да се прецени с оглед на „пакет от цели“, включващ както посочените условия, така и *имащи равностойно на тях значение* цели по член 3 от Директива (ЕС) 2018/1972 на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2018 г., а евентуално и някои други цели?“.

М о т и в и

I.

По същество спорът се отнася до законосъобразността на наложените на жалбоподателя задължения за достъп.

Директива (ЕС) 2018/1972 на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2018 година за установяване на Европейски кодекс за електронни съобщения (наричана по-нататък „ЕКЕС“ или „Директивата“) в членове 72 и 73 съгласно текста на немски език — по отношение на член 73 най-малкото има разлики в текста на други езици — урежда налагането на задължения за достъп, както следва:

„Член 72

Достъп до строителна инфраструктура

1. В съответствие с член 68 национален регулаторен орган може да налага на предприятията задължения да изпълняват разумни искания за достъп и използване на строителна инфраструктура, която включва, но не е ограничена до сгради или подстъпи към сгради, окабеляване на сгради, включително електрически инсталации, антени, кули и други поддържащи конструкции, стълбове, мачти, канали, кабелопроводи, помещения за контрол, шахти и кутии, в случаите, в които вземайки предвид пазарния анализ, националният регулаторен орган е направил извода, че отказът на достъп или необоснованите условия със сходен ефект биха попречили на възникването на устойчив конкурентен пазар и не биха били в интерес на крайните ползватели.
2. Националните регулаторни органи могат да налагат на дадено предприятие задължения за предоставяне на достъп в съответствие с настоящия член, независимо от това дали в съответствие с пазарния анализ засегнатите от задължението активи са част от съответния пазар, при условие че задължението е необходимо и пропорционално с оглед на постигането на целите по член 3.

Член 73

Задължения за достъп до и използване на специфични мрежови елементи и прилежащи съоръжения

1. В съответствие с член 68 националните регулаторни органи могат да налагат задължения на предприятията да изпълняват разумни искания за достъп до и използване на специфични мрежови елементи и прилежащи съоръжения в случаите, когато националните регулаторни органи смятат, че отказът на достъп или необосновани условия със сходен ефект биха попречили на възникването на устойчив конкурентен пазар на дребно и не биха били в интерес на крайните ползватели.

Националните регулаторни органи могат да изискват от предприятията, наред с другото:

- а) да предоставят, по целесъобразност, на трети страни достъп до и използване на специфични физически мрежови елементи и прилежащи съоръжения, включително необвързан достъп до абонатната линия и подлиния;
- б) да предоставят на трети страни достъп до специфични активни или виртуални мрежови елементи и услуги;
- в) да водят добросъвестно преговорите с предприятията, които искат достъп;

- г) да не отменят вече предоставен достъп до инфраструктура;
- д) да предоставят определени услуги на едро за препродажба от трети страни;
- е) да предоставят открит достъп до технически интерфейси, протоколи или други ключови технологии, които са незаменими за осигуряването на оперативна съвместимост на услугите, както и до виртуални мрежови услуги;
- ж) да предоставят съвместно разполагане или други форми за съвместно ползване на прилежащи съоръжения;
- з) да предоставят определени услуги за осигуряване на оперативна съвместимост на услугите „от край до край“ за ползвателите или роуминг в мобилни мрежи;
- и) да предоставят достъп до системи за оперативна поддръжка или сходни програмни системи за осигуряване на лоялна конкуренция при предоставянето на услуги;
- й) да осигуряват взаимно свързване на мрежи или мрежови съоръжения;
- к) да предоставят достъп до прилежащи услуги, като услуги по идентифициране, местоположение и присъствие.

Националните регулаторни органи могат да обвързват тези задължения с условия за справедливост, разумност и своевременност.

2. Когато решават дали е целесъобразно да наложат което и да е от евентуалните специфични задължения, посочени в параграф 1 от настоящия член, и по-специално когато оценяват в съответствие с принципа за пропорционалност дали и по какъв начин трябва да бъдат наложени тези задължения, националните регулаторни органи отчитат резултатите от анализ дали други форми на достъп до доставки на едро на същия или на свързан пазар за продажби на едро биха били достатъчни за преодоляване на идентифицирания проблем в интерес на крайните ползватели. Оценката включва предложения за търговски достъп, регулиран достъп в съответствие с член 61 или съществуващ или планиран регулиран достъп до други доставки на едро в съответствие с настоящия член. Националните регулаторни органи отчитат по-специално следните фактори:

- а) техническата и икономическата приложимост на използването или изграждането на конкурентни съоръжения в светлината на темповете на развитие на пазара, като вземат предвид характера и вида на съответното взаимно свързване или

достъп, включително приложимостта на други продукти за достъп до по-високо мрежово ниво, като например достъп до канали;

б) очаквания технологичен напредък във връзка с проектирането и управлението на мрежи;

в) необходимостта да се гарантира технологична неутралност, която дава възможност на страните да проектират и управляват своите собствени мрежи;

г) възможността за предоставяне на предложения достъп с оглед на наличния капацитет;

д) първоначалната инвестиция от собственика на съоръженията, като се вземат предвид всички направени обществени инвестиции и свързаните с инвестициите рискове и по-специално инвестициите в мрежи с много голям капацитет и свързаните с тях рискове;

е) необходимостта от защита на конкуренцията в дългосрочен план, с особено внимание върху икономически ефикасна и основана на инфраструктурата конкуренция и новаторски бизнес модели, които поддържат устойчива конкуренция, като конкуренцията, основана на съвместни инвестиции в мрежи;

ж) когато е целесъобразно, евентуалните права върху интелектуална собственост;

з) предоставянето на общоевропейски услуги.

Когато в съответствие с член 68 националните регулаторни органи решат да наложат задължения въз основа на член 72 или на настоящия член, те оценяват дали само налагане на задължения в съответствие с член 72 би представлявало пропорционално средство за насърчаване на конкуренцията в интерес на крайните ползватели.

3. Когато налагат задължения на предприятие да предоставя достъп в съответствие с настоящия член, националните регулаторни органи могат да определят техническите или оперативните условия, които да бъдат изпълнени от доставчика или бенефициерите на достъпа, когато това е необходимо за осигуряване на нормалното функциониране на мрежата. Задълженията за спазване на конкретни технически стандарти или спецификации са в съответствие със стандартите и спецификациите, установени съгласно член 39“.

Германският законодател е транспонирал тези две разпоредби в една разпоредба — член 26 от Telekommunikationsgesetz (Закон за далекосъобщенията) от 23 юни 2021 г. в редакцията му от 10 септември

2021 г., последно изменен към относимия за делото момент със Закон от 20 юли 2022 г. (BGBl. I стр. 1166), наричан по-нататък „ТКГ“, както следва:

„Член 26 Задължения за достъп

(1) Bundesnetzagentur (Федералната агенция за мрежите) може да задължи предприятие със значителна пазарна сила да предостави достъп на други предприятия, ако в противен случай това би попречило на развитието на устойчив конкурентен пазар на дребно и би накърнило интересите на крайните ползватели.

(2) Когато проверява дали налагането на задължения за достъп по параграф 1 е обосновано и какви задължения за достъп да бъдат наложени, както и дали те са пропорционални спрямо целите по член 2, Bundesnetzagentur проверява дали:

1. вече наложени или предвидени задължения по тази част или вече сключени или предложени споразумения за търговски достъп на съответния или на свързан пазар за продажби на едро и
2. самото налагане на задължения по параграф 3, точка 10

са достатъчни, за да се гарантират посочените в член 2 цели. При проверката Bundesnetzagentur взема предвид по-специално:

1. техническата и икономическата устойчивост на използването или изграждането на конкурентни съоръжения с оглед на темповете на развитие на пазара, като взема предвид характера и вида на взаимното свързване или достъпа, включително устойчивостта на други продукти за достъп до високо мрежово ниво;
2. възможността за предоставяне на предложения достъп с оглед на наличния капацитет;
3. първоначалните инвестиции от собственика на съоръженията, като се вземат предвид всички направени обществени инвестиции и свързаните с инвестициите рискове, и по-специално такива рискове, свързани с инвестициите в мрежи с много голям капацитет;
4. необходимостта от защита на конкуренцията в дългосрочен план с особено внимание върху икономически ефикасна и основана на инфраструктурата конкуренция и новаторски бизнес модели;
5. правата върху индустриална собственост или правата върху интелектуална собственост;

6. предоставянето на услуги на територията на целия Съюз и
7. очаквания технологичен напредък във връзка с проектирането и управлението на мрежи.

(3) Bundesnetzagentur може, като спазва параграф 1, да налага на предприятия със значителна пазарна сила, наред с другото, следните задължения:

1. да предоставят достъп до определени физически мрежови елементи и прилежащи съоръжения, включително физически необвързан достъп до абонатната линия;
2. да не отменят впоследствие вече предоставения достъп до съоръжения;
3. да предоставят достъп до определени активни или виртуални мрежови елементи и услуги, включително виртуално необвързан ширококолов достъп;
4. да създадат определени условия за осигуряване на оперативна съвместимост на услугите „от край до край“ за ползвателите или за роуминг в мобилни мрежи;
5. да предоставят достъп до системи за оперативна поддръжка или сходни програмни системи за осигуряване на лоялна конкуренция при предоставянето на услуги, като същевременно се гарантира ефективността на съществуващите съоръжения;
6. да предоставят достъп до прилежащи услуги, като услуги по идентифициране, местоположение и присъствие;
7. да съдействат за взаимно свързване на обществени далекосъобщителни мрежи;
8. да предоставят открит достъп до технически интерфейси, протоколи или други ключови технологии, без които е невъзможно да се осигурят оперативна съвместимост на услугите или услуги за виртуални далекосъобщителни мрежи;
9. да съдействат за съвместно разполагане или други форми за съвместно ползване на прилежащи съоръжения и да предоставят на кандидатите за достъп или на техните упълномощени представители достъп до тези съоръжения по всяко време и
10. да предоставят достъп до строителна инфраструктура, която включва, наред с другото, сгради или подстъпи към сгради, сградно окабеляване, антени, кули и други поддържащи

конструкции, стълбове, мачти, канали, кабелопроводи, помещения за контрол, шахти и кутии, включително когато те не са част от съответния продуктов пазар съгласно член 10, доколкото задължението за достъп е необходимо и пропорционално за справяне с проблема, установен в посочения в член 11 пазарен анализ.

(4) Ако предприятие докаже, че използването на услугата би застрашило запазването на целостта на мрежата или сигурността на експлоатацията на мрежата, Bundesnetzagentur не налага съответното задължение за достъп или налага такова под друга форма. Запазването на целостта на мрежата или сигурността на експлоатацията на мрежата се преценяват по обективни критерии.

(5) Когато налага на предприятие задължение за достъп, Bundesnetzagentur може да определя техническите или оперативните условия, които трябва да бъдат изпълнени от оператора или от ползвателите на този достъп, доколкото това е необходимо за осигуряване на нормалната експлоатация на далекосъобщителната мрежа. Задълженията за спазване на определени технически стандарти или спецификации са в съответствие със стандартите и спецификациите, установени съгласно член 39 от Директива (ЕС) 2018/1972.

(6) При изпълнението на задълженията за достъп следва да се допускат възможности за използване на услуги за достъп, както и възможности за сътрудничество между предприятията с право на достъп, освен ако предприятие не докаже за конкретния случай, че поради технически причини липсва или има само ограничена възможност за използване или сътрудничество.

II.

Жалбоподателят е предприятие, което предлага далекосъобщителни услуги и което като такова е признато при определянето на пазара от 10 октомври 2019 г. за предприятие със значителна пазарна сила на единния продуктов пазар по отношение на достъпа до абонатната линия в определено местоположение. Пазарът за достъп до строителна инфраструктура обаче не е предмет на определянето на пазара.

Впоследствие с решение от 21 юли 2022 г. Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Федералната агенция за електрическите, газовите, далекосъобщителните, пощенските мрежи и железопътните линии (Bundesnetzagentur) на ответника налага на жалбоподателя, наред с другото, следното:

„1.1. Да предоставя на други предприятия достъп до съществуващи към момента на искането канални мрежи, както и до стълбове и

поддържащи системи за надземни проводни с цел изграждане и експлоатация на мрежи с много голям капацитет в определено местоположение или за достъп до абонатната линия при кабелния разпределителен шкаф, респ. MSAN (т. 1.2 или 1.3) в рамките на наличния капацитет, при което (жалбоподателят) може да запази подходящ оперативен резерв и да покрива приоритетно собствените си нужди. Доколкото достъпът не служи за достъп до абонатната линия, задължението за изпълнение и другите свързани с него задължения по точки 2, 4 и 5 започват на 1 януари 2024 г.

1.2. Да предоставя на други предприятия физически необвързан достъп до медната абонатна линия при главния разпределител (репартистор) или в разположена по-близо от него точка на абонатната линия (по-специално кабелния разпределителен шкаф респ. крайната разпределителна кутия — крайна точка на мрежата), доколкото достъпът не може или не трябва да бъде отказан от него съгласно разпоредбите на приложение 1 — Отказ на достъп до абонатната линия извън зоната в близост до главния репартистор — и на приложение 2 — Отказ на достъп до абонатната линия в зоната в близост до главния репартистор — към настоящата точка [...].“

Bundesnetzagentur обосновава това, като по-специално посочва следното:

„Задължения за достъп

Решаваният състав [на Bundesnetzagentur] [...] запазва респ. изменя наложените на (жалбоподателя) задължения за достъп на разглеждания в производството пазар с регулаторно разпореждане ВК3g-09/085 от 21 март 2011 г. (в редакцията на регулаторно разпореждане ВК3g-15/004 от 1 септември 2016 г.), както следва:

1. План за проверка по член 26 от ТKG

Налагането на задължения за достъп следва от член 26 от ТKG.

Съгласно член 26, параграф 1, първо изречение от ТKG Bundesnetzagentur може да налага на оператори на обществени далекосъобщителни мрежи със значителна пазарна сила да предоставят достъп на други предприятия, включително съобразен с искането за необвързан достъп, по-специално когато в противен случай това би попречило на развитието на устойчив конкурентен пазар на дребно или ако това развитие не би било в интерес на крайните ползватели. Когато проверява дали и какви задължения за достъп са обосновани и дали те са пропорционални спрямо регулаторните цели по член 2 от ТKG, Bundesnetzagentur трябва по-специално да вземе предвид критериите, посочени в член 26, параграф 2, второ изречение, точки 1—7 от ТKG. От цитираната правна уредба и от съдържащото се в нея препращане към регулаторните цели (и принципи) по член 2 от ТKG следва, че

наложените мерки трябва да отговарят на широк пакет от цели, като същевременно се спазват някои рамкови условия (вж. относно член 21 от ТКГ от 2004 г., BVerwG (Федерален административен съд, Германия), решение от 21 септември 2018 г., 6 С 50/16, т. 48; BVerwG, решение от 21 септември 2018 г., 6 С 8/17; BVerwGE (Сборник съдебна практика на Федералния административен съд, Германия) 163, 181—232, т. 51). Относимият в случая пакет от цели се състои от четири основни цели, които имат някои различни допълнителни нюанси.

Първата основна цел е да се осигури свързаност, както и да се насърчават достъпът до и използването на мрежи с много голям капацитет от всички граждани и предприятия (член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 2, точка 1 от ТКГ). Втората основна цел е да се насърчава конкуренцията. От особено значение в това отношение е конкуренцията на пазара на дребно (член 26, параграф 1 от ТКГ). Следва да се насърчават устойчиви конкурентни пазари в областта на далекосъобщенията и свързаните с тях инвестиции в инфраструктура и иновации (член 26, параграф 1; член 26, параграф 2, второ изречение, точка 4; член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 2, точка 2 и точка 3, буква е) и параграф 3, точка 4 от ТКГ). Освен това конкуренцията следва да бъде лоялна (член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 2, точка 2 и параграф 3, точка 2 от ТКГ). При насърчаването на конкуренцията следва надлежно да бъдат взети предвид както свързаните с площта аспекти (член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 2, точка 2 in fine от ТКГ), така и различните свързани с конкуренцията условия в различните географски райони на Федерална република Германия (член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 3, точка 5, втора алтернатива от ТКГ). Съгласно третата основна цел следва да се защитават ползвателите, и по-специално интересите на потребителите в областта на далекосъобщенията (член 26, параграф 1 in fine; член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 2, точка 3 от ТКГ). Следва да се търси осигуряване на максимална изгода за ползвателите по отношение на избор, цени и качество (член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 2, точка 3, буква б) от ТКГ). Следва да се благоприятстват и интересите на ползвателите и на потребителите, като по-специално на свой ред се осигурява свързаност, широка достъпност, както и ускорено разширяване на мрежи с много голям капацитет и се насърчава тяхното използване (член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 2, точки 1 и 3, буква а) от ТКГ). Освен това следва да се осигурят равностойни условия на живот в градските и селските райони (член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 2, точка 3, буква б) от ТКГ). Разнообразието от свързани с потребителите условия, които съществуват в различните географски райони на Федерална република Германия, също следва да бъдат взети надлежно

предвид (член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 3, точка 5, трета алтернатива от TKG). Четвърто, следва да се насърчава развитието на вътрешния пазар на Европейския съюз (член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 2, точка 4 от TKG). Това включва и предоставянето на общоевропейски услуги (член 26, параграф 2, второ изречение, точка 6 от TKG).

Изпълнението на този пакет от цели изисква спазването на различни рамкови условия. Като цяло член 2, параграф 3 от TKG предвижда, че при преследването на посочените в параграф 2 цели Bundesnetzagentur прилага обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални регулаторни принципи. Тези принципи са уточнени допълнително в член 2, параграф 3, както и в член 26, параграф 2, второ изречение от TKG. В рамките на проверката на необходимостта следва по-специално да се прецени техническата и икономическата устойчивост на използването или изграждането на конкурентни съоръжения с оглед на темповете на развитие на пазара (член 26, параграф 2, второ изречение, точка 1 от TKG), както и да се разгледа въпросът дали задълженията, които вече са наложени съгласно втора част от TKG, или споразуменията за търговски достъп, които вече са сключени или предложени на съответния или на свързан пазар на едро (член 26, параграф 2, първо изречение, точка 1 от TKG), и самото налагане на задължения за достъп по отношение на кабелните канали, както и стълбовете и носещите системи за надземни проводни (член 26, параграф 2, първо изречение, точка 2 от TKG) са достатъчни, за да се гарантират посочените в член 2 от TKG регулаторни цели (член 26, параграф 2, първо изречение от TKG).

При проверката на пропорционалността следва да се имат предвид основните права на съответните лица на свобода при избора на професия (член 12 от Grundgesetz (Основен закон, Германия) и на защита на собствеността (член 14, параграф 1 от Grundgesetz). Това се отнася по-специално за възможностите за предоставяне на достъп с оглед на наличния капацитет (член 26, параграф 2, второ изречение, точка 2 от TKG), както и за първоначалните инвестиции от собственика на съоръжението, като се вземат предвид всички направени обществени инвестиции и свързаните с инвестициите рискове (член 26, параграф 2, второ изречение, точка 3 от TKG), както и като цяло с оглед на свързаните с инвестициите рискове, поети от инвестиращото предприятие, и в рамките на партньорства между инвеститорите и кандидатите за достъп (член 26, параграф 1, първо изречение in fine; член 26, параграф 2, второ изречение, точка 4; член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 2, точка 2, първо изречение и параграф 3, точка 4 от TKG). Освен това може да са релевантни принципите на защита на оправданите правни очаквания и на правната сигурност. Така например Bundesnetzagentur следва да поддържа предвидимостта на правната уредба, като запазва единен

регулаторен подход за разумни периоди от време (член 26, параграф 2, първо изречение във връзка с член 2, параграф 3, точка 1 от ТКГ). Въздействията върху други правни интереси, като правата върху индустриална собственост, правата върху интелектуална собственост и предоставянето на общоевропейски услуги (член 26, параграф 2, второ изречение, точки 5 и 6 от ТКГ), както и интересът от запазване на целостта на мрежата и от сигурността на експлоатацията на мрежата (член 26, параграфи 4 и 5 от ТКГ) също може да са от значение в конкретния случай“.

Въз основа на този критерий след това Bundesnetzagentur проверява налагането на посочените по-горе задължения за достъп, включително задължението за достъп до строителна инфраструктура.

На 19 август 2022 г. жалбоподателят подава жалба пред запитващата юрисдикция срещу това решение на Bundesnetzagentur от 21 юли 2022 г., като по-специално иска следното:

„1. да отмени решението на ответника от 21 юли 2022 г. (ВКЗi-19/020) в частта, с която на жалбоподателя се налагат следните задължения:

а) предвиденото в точка 1.1 от диспозитива задължение за предоставяне на достъп на други предприятия до канални мрежи, както и до стълбове и поддържащи системи за надземни кабели с цел разширяване и експлоатация на мрежи с много голям капацитет в определено местоположение;

при условията на евентуалност спрямо искането по буква а),

б) предвиденото в точка 1.1 от диспозитива задължение за предоставяне на достъп на други предприятия и до такива канални мрежи, както и до стълбове и поддържащи системи за надземни кабели с цел разширяване и експлоатация на мрежи с много голям капацитет в определено местоположение, новопостроени от жалбоподателя с цел изграждане на неговата ФТТВ/Н мрежа,

допълнително искане при условията на евентуалност спрямо исканията по букви а) и б),

в) предвиденото в точка 1.1 от диспозитива задължение за предоставяне на достъп на други предприятия и до такива канални мрежи, както и до стълбове и поддържащи системи за надземни кабели с цел разширяване и експлоатация на мрежи с много голям капацитет в определено местоположение, завършени преди по-малко от седем години;

г) предвиденото в точка 4 от диспозитива задължение за публикуване на типово предложение за услуги за достъп за канални мрежи, както и за стълбове и поддържащи системи за надземни кабели с цел разширяване и експлоатация на мрежи с много голям капацитет в определено местоположение;

д) предвиденото в точка 5.1 от диспозитива задължение за одобряване в съответствие с член 39 от ТKG на такси за предоставянето на достъп до канални мрежи, както и до стълбове и поддържащи системи за надземни кабели с цел разширяване и експлоатация на мрежи с много голям капацитет в определено местоположение;

е) предвиденото в точка 4 от диспозитива задължение за публикуване на типово предложение за услуги за достъп за виртуално необвързан достъп под формата на продукт за достъп от слой 2 към комутатор/BNG (шлюз за широколентова мрежа) при оптични FTTB/H инфраструктури за масовия пазар;

2. при условията на евентуалност спрямо исканията по точка 1, отмяна на решението на ответника от 21 юли 2022 г. (BK3i-19/020) в неговата цялост, в случай че сезираната юрисдикция приеме, че решението е неделимо в това отношение“.

Относно релеванния за делото въпрос се посочва, че налагането от страна на Bundesnetzagentur на задължения за достъп по член 26, параграф 1 от ТKG се основава на неправилно разбиране на правната уредба. Мотивите на регулаторното разпореждане при представянето на плана за проверка възпроизвеждали стария текст на член 21, параграф 1, първо изречение от ТKG от 2004 г., докато всъщност трябвало да бъдат изведени от действащия понастоящем член 26, параграф 1 от ТKG. В частност думата „по-специално“ била заличена от текста, като условията „да пречи на конкуренцията на пазара на дребно“, както „да накърнява интересите на крайните ползватели“ вместо с „или“ вече били свързани с думата „и“. Bundesnetzagentur не взела предвид двете разлики и основала решението си на погрешен план за проверка. Тези изменения нямали само редакционен характер, а както ставало ясно от мотивите за закона — били умишлено въведени от законодателя. Не било възможно тълкуване в съответствие с Директивата. От една страна, волята на германския законодател, изрично изразена в подготвителните работи по закона, също изключвала това. От друга страна, в крайна сметка нямало разлика между правната уредба в Директивата и в националното право. Следователно, най-напред, по отношение на член 26, параграф 1 от ТKG трябвало да се установи, че предвидените в него условия са кумулативно изпълнени, и едва след това можело да се пристъпи към проверката по член 26, параграф 2 от ТKG и към упражняването на правото на преценка. Като не следвала този подход, Bundesnetzagentur поставила под съмнение по недопустим начин изрично

определените от законодателя като приоритет основни цели, регламентиращи достъпа, и извършила неправилна преценка. Накрая, регулаторното разпореждане не предвиждало кумулативна проверка на условията, посочени в член 26, параграф 1 от ТKG.

По релевантните за делото въпроси ответникът възразява, че Bundesnetzagentur не мотивирала регулаторното разпореждане с неправилно разбиране на правната уредба; по-специално тя не се основавала на условията по предишния член 21, параграф 1, първо изречение от ТKG от 2004 г. Член 26, параграф 1 от ТKG трябвало да се тълкува в съответствие с Директивата в смисъл, че с думата „и“ между условията не се има предвид кумулативна връзка, а изброяване. Освен това за законосъобразността на решението за преценка било релевантно не изведеното като обща разпоредба представяне на плана за проверка, а самото решение за преценка: двете условия по член 26, параграф 1 от ТKG били включени в решението за преценка. Текстът на член 26, параграф 1 от ТKG не допускал извода, че Bundesnetzagentur е ограничена до проверката на двете условия. Напротив, с оглед на член 26, параграф 2 от ТKG тя можела да включва допълнителни аспекти при преценката; практиката на Bundesverwaltungsgericht (Федерален административен съд, Германия) относно „проверката на пакета от цели“ във връзка с член 21, параграф 1, първо изречение от ТKG от 2004 г. трябвало да се приложи по отношение на член 26 от ТKG.

[...] [допълнително искане за постановяване на временни мерки]

III.

Отправеният въпрос във връзка с правото на Съюза е от значение за изхода на делото. В настоящия случай е приложим принципът на тълкуване в съответствие с Директивата (по този въпрос точка 1). В зависимост от тълкуването на членове 72 и 73 от ЕКЕС се стига до различни заключения по отношение на разглеждания спор (по този въпрос точка 2).

1. В настоящия случай е приложим принципът на тълкуване в съответствие с Директивата. Вярно е, че тълкуване в съответствие с Директивата е изключено, когато съществуват *недвусмислени* национални правила. Настоящото дело обаче не се отнася до такъв случай. В националното право има както съображения в подкрепа на тълкуване на член 26 от ТKG, според което ответникът е длъжен да извърши „предварителна“ проверка само с оглед на условията по член 26, параграф 1 от ТKG (по този въпрос буква а), така и в подкрепа на тълкуване, според което ответникът — както и преди — трябва да вземе решение за налагането на задължения за достъп с оглед на „пакет от цели“ (по този въпрос буква б).

а) Довод *в подкрепа* на тълкуването на член 26 от ТKG в смисъл, че ответникът е бил длъжен да извърши „предварителна“ проверка само с оглед на условията по член 21, параграф 1 от ТKG („[...] ако в противен случай

това би попречило на развитието на устойчив конкурентен пазар на дребно и би накърнило интересите на крайните ползватели“), изглежда може да се изведе преди всичко от текста на разпоредбата. Това е така, тъй като в член 26, параграф 1 от TKG — за разлика от член 21, параграф 1, първо изречение от Telekommunikationsgesetz (Закон за далекосъобщенията) от 22 юни 2004 г., отменен с член 61 от Закона от 23 юни 2021 г. (BGBl. I стр. 1858) — думата „по-специално“ е заличена. В подкрепа на това разбиране на член 26, параграф 1 от TKG може да се приведе също така доводът, че законодателят систематично е заличил думата „по-специално“ от текста, за да поясни „насочеността на регулирането на достъпа в продажбите на едро към преодоляване на проблема с конкуренцията на пазара на дребно“ (вж. Bundestagdrucksache (документ на Бундестага) 19/26108, стр. 263). От това евентуално може да се направи извод за намерението на законодателя да ограничи възможността за налагане на задължения за достъп до въпроса дали да бъде наложено такова за разлика от следвания до този момент подход на конкретни регулаторни основания. В това отношение може да се отбележи също така, че от систематична гледна точка законодателят е разделил досегашния член 21, параграф 1 от TKG от 2004 г. на два параграфа в член 26 от TKG. В подкрепа на свързаната с това предполагаема самостоятелност на член 26, параграф 1 от TKG е и следният довод: от систематична гледна точка не би имало нужда от член 26, параграф 1 от TKG, който посочва изчерпателно отделни регулаторни основания, ако по член 26, параграф 2 от TKG в крайна сметка би трябвало респ. би могло да се извърши широкообхватна обща проверка. Самостоятелното приложно поле на член 26, параграф 1 от TKG може да се установи само при многостепенна проверка.

б) Съществуват убедителни съображения *в подкрепа обаче и* на разбирането, че ответникът е трябвало да вземе решение относно налагането на задължения за достъп с оглед на „пакет от цели“. Действително според законодателната история заличаването на думата „по-специално“ е било обосновано с това да се даде израз на „насочеността на регулирането на достъпа в продажбите на едро към преодоляване на проблема с конкуренцията на пазара на дребно“. *Същевременно* заличаването на думата „по-специално“ е обосновано и с факта, че по този начин е било взето предвид съответното заличаване в член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС. Това позоваване е неразбираемо. Член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС обаче всъщност не съдържа думата „по-специално“ (insbesondere), изброяването на регулаторните основания и в действащата редакция на немски език се въвежда с думите „наред с другото, когато“ (unter anderem wenn). Този въвеждащ израз се съдържа и в текста на други езици: нидерландски (onder andere wanneer), френски (notamment lorsqu'elles), италиански (in particolare qualora). В текста на английски език обаче липсва въвеждащ изброяването израз (in situations when) [така и в текста на български език — „в случаите, когато“]. Може само да се предполага дали в мотивите към немския TKG текстът на английски език е възприет като „правилна редакция“. Следователно като извод от законодателната история

на член 26, параграф 1 от ТКГ може само да се констатира, че въпросите, които тя повдига, са повече от получените отговори. В подкрепа на това второ схващане може обаче най-вече да се посочи, че практиката на Bundesverwaltungsgericht относно възможността за разглеждане на „пакет от цели“ при проверката по член 21, параграф 1 от ТКГ от 2004 г. не се основава на член 21, параграф 1, първо изречение от ТКГ от 2004 г. и на съдържащата се тогава в него дума „по-специално“ като въвеждащ елемент, а се извежда пряко от член 21, параграф 1, второ изречение от ТКГ от 2004 г., който посредством думите „при проверката“ установява връзка с първо изречение (BVerwG, решения от 21 септември 2018 г., 6 С 8.17, т. 43, juris, и 6 С 50.16, т. 41 и 47). Въз основа на това разбиране член 26, параграф 2 от ТКГ, който започва със същите думи като член 21, параграф 1, второ изречение от ТКГ от 2004 г., вероятно може да продължи да се тълкува като разпоредба, която налага (единен и общ) план за проверка. Срещу това обаче отново може да се възрази, че сега член 26, параграф 2, първо изречение от ТКГ в допълнение към стария член 21, параграф 1, първо изречение от ТКГ от 2004 г. (съгласно формулировката) съдържа на първо място т.нар. „тест за достатъчност“, предвиден в член 26, параграф 2, първо изречение от ТКГ, и че въведената проверка с позоваване на целите по член 2 от ТКГ изглежда се отнася само до него. След това обаче член 26, параграф 2, второ изречение от ТКГ определя допълнителни съображения за преценка, чиято връзка с „теста за достатъчност“ не е напълно ясна, от една страна, а от друга страна, тяхното самостоятелно значение (без добавеното първо изречение, втора част) е неразбираемо.

2. В контекста на възможността за тълкуване в съответствие с Директивата изходът на делото зависи от отговора на повдигнатите въпроси. Ако член 72 или член 73 от ЕКЕС не допуска национална правна уредба или тълкуване на такава уредба, от които да следва, че при служебно извършваната от регулаторния орган проверка дали да бъде наложено задължение за достъп до строителна инфраструктура, освен условията по член 72, параграф 1 от ЕКЕС ([неналагането на такова задължение] да пречи на развитието на устойчив конкурентен пазар или да не е в интерес на крайните ползватели), могат да бъдат взети предвид също така целите по член 3 от ЕКЕС и евентуално други цели в рамките на „пакетна“ проверка, то жалбата на жалбоподателя би трябвало да бъде уважена (по този въпрос буква а). Ако обаче член 72 или член 73 от ЕКЕС допуска национална правна уредба респ. нейно тълкуване, от които да следва, че при служебно извършваната от регулаторния орган проверка дали да бъде наложено задължение за достъп до строителна инфраструктура, освен условията по член 72, параграф 1 от ЕКЕС ([неналагането на такова задължение] да пречи на развитието на устойчив конкурентен пазар или да не е в интерес на крайните ползватели), могат да бъдат взети предвид също така целите по член 3 от ЕКЕС и евентуално други цели в рамките на „пакетна“ проверка, то жалбата на жалбоподателя не би трябвало да бъде уважена (по този въпрос буква б).

а) Ако член 72, параграф 1 или член 72, параграф 2 от ЕКЕС съответно във връзка с член 68, параграф 1 от ЕКЕС не допуска национална правна уредба респ. нейно тълкуване, от които да следва, че при служебно извършваната от регулаторния орган проверка дали да бъде наложено задължение за достъп до строителна инфраструктура, освен условията по член 72, параграф 1 от ЕКЕС ([неналагането на такова задължение] да пречи на развитието на устойчив конкурентен пазар или да не е в интерес на крайните ползватели), могат да бъдат взети предвид също така целите по член 3 от ЕКЕС и евентуално други цели в рамките на „пакетна“ проверка, то жалбата на жалбоподателя би трябвало да бъде уважена. Това е така, тъй като при това положение член 26, параграфи 1 и 2 от ТKG би трябвало да се тълкува в смисъл, че ответникът е бил длъжен да извърши „предварителна“ проверка само с оглед на елементите на фактическия състав на член 21, параграф 1 от ТKG („ако в противен случай това би попречило на развитието на устойчив конкурентен пазар на дребно и би накърнило интересите на крайните ползватели“). От това би следвало, че обжалваното решение вероятно би било незаконосъобразно; това важи независимо от въпроса дали проверката относно евентуалното налагане на задължение за достъп първоначално започва само „общо“ в смисъл на „някакво“ задължение за достъп по смисъла на член 3, точка 74 от ТKG, или „конкретно“ с оглед на посочена в член 26, параграф 3 от ТKG алтернатива за предоставяне на достъп. Това става ясно дори от обстоятелството, че по същество ответникът не е цитирал разпоредбата на член 26, параграф 1 от ТKG в новата му редакция, а тази на член 21 от ТKG в старата му редакция, въпреки че съществуват релевантни изменения; дори това вече показва наличието на грешка. По същество ответникът също така в нито един момент не е проверил самостоятелно въпроса дали ако не бъде предоставен достъп, това би попречило на развитието на устойчив конкурентен пазар на дребно като цяло и би накърнило интересите на крайните ползватели. Извършените от ответника „откъслечни“ проверки не могат да поправят този недостатък: доколкото на стр. 106 и сл. от обжалваното разпореждане (публична версия) в рамките на „пакета от цели“ се посочват също така насърчаването на конкуренцията и защитата на интересите на потребителите, това очевидно не е достатъчно, за да бъдат изпълнени разбираните по този начин изисквания по член 26, параграф 1 от ТKG. От една страна, не се проверява дали непредоставянето на достъп би попречило на развитието на устойчив конкурентен пазар на дребно и би накърнило интересите на крайните ползватели; „насърчаването“ респ. „защитата“ на определени интереси и „попращането“ респ. „накърняването“ на тези интереси са различни критерии. От друга страна, наред с посочените по-горе два интереса са взети предвид и други интереси. Същото се отнася и за доводите на стр. 117, 119, 129 и 134 от обжалваното разпореждане (публична версия). Всички изложени по-горе съображения няма да се променят дори ако въз основа на тълкуване в съответствие с правото на Съюза в член 26, параграф 1 от ТKG думата „и“ се замени с думата „или“ (както в член 21, параграф 1 от старата редакция на ТKG). Всъщност ответникът не е проверил в достатъчна степен нито дали, ако не

бъде предоставен достъп, това би попречило на развитието на устойчив конкурентен пазар на дребно, нито дали биха били накърнени интересите на крайните ползватели (вж. по-горе).

б) Ако обаче член 72, параграф 1 или член 73 от ЕКЕС допуска национална правна уредба респ. нейно тълкуване, от които да следва, че при служебно извършваната от регулаторния орган проверка дали да бъде наложено задължение за достъп до строителна инфраструктура, освен условията по член 72, параграф 1 от ЕКЕС (да пречи на развитието на устойчив конкурентен пазар или да не е в интерес на крайните ползватели), могат да бъдат взети предвид също така целите по член 3 от ЕКЕС и евентуално други цели в рамките на „пакетна“ проверка, то жалбата на жалбоподателя не би трябвало да бъде уважена. Това е така, тъй като при това положение член 26, параграфи 1 и 2 от ТКГ не би трябвало да се тълкува в смисъл, че ответникът е бил длъжен да извърши „предварителна“ проверка само с оглед на елементите на фактическия състав на член 21, параграф 1 от ТКГ („ако в противен случай това би попречило на развитието на устойчив конкурентен пазар на дребно и би накърнило интересите на крайните ползватели“). Тогава обжалваното решение вероятно би било законосъобразно, тъй като в такъв случай ответникът е можел — както е станало — да извърши „проверка с оглед на пакет от цели“.

Изводът, че изходът на делото зависи от отговора на този въпрос, не се променя също така и от факта, че обжалваното решение би следвало да бъде отменено на други основания. Доколкото жалбоподателят обжалва решението на Bundesnetzagentur, като привежда други доводи, различни от току-що представените, тези доводи изглежда не могат да бъдат приети (вж. определението за приемане на временни мерки).

IV.

Запитващата юрисдикция не може да отговори на повдигнатия въпрос, като приложи теорията за „acte clair“. Според нея нито член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС (по този въпрос точка 1), нито член 72, параграф 1 от ЕКЕС (по този въпрос точка 2) всъщност дава пряк отговор на повдигнатия въпрос. Не е ясно обаче как следва да се приложи разпоредбата на член 73, параграф 2 от ЕКЕС (по този въпрос точка 3).

1. Запитващата юрисдикция счита, че член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС не дава пряк отговор на повдигнатия въпрос. Това е така, тъй като според нея релевантна за налагането на задължение за достъп до строителна инфраструктура поначало е само разпоредбата на член 72 от ЕКЕС (*lex specialis*). Разгледано по друг начин обаче, от член 73 от ЕКЕС произтичат три проблема по отношение на повдигнатия въпрос. От една страна, текстът на разпоредбата на различните езици се различава (по този въпрос буква а), от друга страна, съдържанието на член 73, параграф 2 от ЕКЕС е неясно (по

този въпрос буква б). Накрая, отношението му спрямо член 68, параграф 4, буква в) от ЕКЕС е проблематично (по този въпрос буква в).

а) От една страна, текстът на член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС на различните езици, що се отнася до повдигнатия въпрос, се различава. Наистина, текстът на член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС на немски език не съдържа думата „по-специално“ (insbesondere), но и в действащата редакция изброяването на регулаторните основания се въвежда с думите „наред с другото, когато“ (unter anderem wenn). Това въвеждане се съдържа и в текста на други езици: нидерландски (onder andere wanneer), френски (notamment lorsqu'elles), италиански (in particolare qualora). В текста на английски език обаче липсва въвеждащ изброяването израз (in situations when) [така и в текста на български език — „в случаите, когато“]. Положението обаче е различно в член 72, параграф 1 от ЕКЕС. В текста на всички езици, които членовете на съдебния състав разбират, разпоредбата има еднакво съдържание.

б) От друга страна, формулировката на член 73, параграф 2 от ЕКЕС повдига въпроса дали от тази разпоредба следва, че освен посочените в член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС аспекти следва да бъдат взети предвид и допълнителни съображения за преценка. В това отношение тази разпоредба повдига най-напред въпроса дали съдържа нещо повече от т.нар. „тест за достатъчност“. Довод в подкрепа на разбирането, че тя се ограничава до „тест за достатъчност“, е самият текст на член 73, параграф 2 от ЕКЕС, довод за обратното разбиране обаче са изброените в член 73, параграф 2, трето изречение, букви г), д), е) и з) от ЕКЕС критерии, чиято връзка с „теста за достатъчност“ не е напълно изяснена. Също така изглежда, че съображение 188 и сл. от Директивата по-скоро подкрепят тезата, че съдържанието на разпоредбата не се ограничава до „теста за достатъчност“ (каквато теза застъпва и Broemel в Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar (Коментар на Закона за далекосъобщенията на Beck, 5-о издание 2023 г., Einleitung В (въведение В), т. 30). Ако се приеме, че условията по член 73, параграф 2 от ЕКЕС трябва да се вземат предвид не само в рамките на теста за достатъчност, разпоредбата повдига допълнително въпроса дали освен критериите, изброени в член 73, параграф 2, трето изречение, букви а)—з) от ЕКЕС, следва да бъдат взети предвид и целите по член 3 от ЕКЕС.

в) Накрая, отношението спрямо член 68, параграф 4, буква в) от ЕКЕС е проблематично. Съгласно тази разпоредба задълженията, налагани в съответствие с член 68, трябва да са обосновани в светлината на целите, посочени в член 3 от ЕКЕС; тази разпоредба трябва да бъде спазена и при налагането на задължения по член 73 от ЕКЕС (член 68, параграф 2 и параграф 3, първа алинея, член 73, параграф 1, първа алинея). Сега обаче в член 73, параграф 1, първа алинея подобно на член 72, параграф 1 от ЕКЕС и за разлика от член 72, параграф 2 от ЕКЕС липсва препратка към целите по член 3 от ЕКЕС. Следва ли, независимо от тази систематика, целите по

член 3 от ЕКЕС да бъдат вземани предвид още когато се проверява дали да бъде наложено задължение за достъп? Или систематиката на член 73, параграф 1, първа алинея, респ. на член 72, параграф 1 от ЕКЕС спрямо член 72, параграф 2 от ЕКЕС се разбира в смисъл, че в рамките на първите две посочени разпоредби, когато се проверява дали да бъде наложено задължение за достъп, първоначално проверката не следва да включва целите по член 3 от ЕКЕС. Едва когато на този първи етап се даде утвърдителен отговор на въпроса дали следва да бъде наложено задължение за достъп, след това като втора стъпка при проверката на конкретните мерки следва да се вземе предвид член 68, параграф 4, буква в) от ЕКЕС.

2. Запитващата юрисдикция счита, че член 72, параграф 1 от ЕКЕС също не дава пряк отговор на повдигнатия въпрос. Това е така, тъй като посочената разпоредба изглежда изхожда от предположението, че според пазарния анализ строителната инфраструктура представлява част от съответния пазар. Довод в подкрепа на това разбиране е позоваването на разпоредбата на член 68 от ЕКЕС (така също Neumann, N&R 2019 г., 152 <158>) и разпоредбата на член 72, параграф 2 от ЕКЕС (*argumentum e contrario*). Настоящото дело не се отнася до такъв случай. Следователно поначало е без значение, че разпоредбата на член 72, параграф 1 от ЕКЕС с оглед на нейния текст — на всички посочени по-горе езици, които членовете на съдебния състав разбират — съдържа пълен респ. изчерпателен списък на регулаторни основания, което е довод срещу допустимостта на „проверка с оглед на пакет от цели“. Може да не се взема предвид обстоятелството, че отношението на член 72, параграф 1 от ЕКЕС спрямо член 68, параграф 4, буква в) от ЕКЕС, също както при член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС, е неясно (по този въпрос раздел IV, точка 1, буква в).

3. *Sedes materiae* за разрешаването на проблема според запитващата юрисдикция вероятно е член 72, параграф 2 от ЕКЕС. Съгласно формулировката на разпоредбата — позоваване на целите по член 3 от ЕКЕС — изглежда на повдигнатия въпрос може да се даде недвусмислен отговор в смисъл, че когато се проверява дали следва да бъде наложено задължение за достъп до строителна инфраструктура, която според пазарния анализ не представлява част от съответния пазар, националните регулаторни органи във всички случаи могат да проверят също така дали задължението е необходимо и пропорционално за постигането на целите по член 3; в това отношение е налице аналогия и с член 68, параграф 4, буква в) от ЕКЕС. Разпоредбата обаче е само привидно недвусмислена в този контекст, тъй като както отношението спрямо член 72, параграф 1 от ЕКЕС (по този въпрос буква а), така и спрямо член 73 от ЕКЕС (по този въпрос буква б) е неясно.

а) Най-напред, не е ясно как следва да се разбира отношението между член 72, параграфи 1 и 2 от ЕКЕС. От една страна, член 72, параграф 1 от ЕКЕС с оглед на член 68 от ЕКЕС съгласно формулировката на разпоредбата може да се разбира в смисъл, че се отнася само за предприятие

със значителна пазарна сила на евентуален пазар на строителна инфраструктура (вж. по-горе). От това би следвало, че член 72, параграф 2 от ЕКЕС би могъл да се разбира като регулаторен инструмент със самостоятелни условия за случаите, които — подобно на настоящия — не се основават на именно такъв пазар. Това обаче би довело до положение, в което на предприятието със значителна пазарна сила на пазар за строителна инфраструктура биха могли да бъдат наложени задължения за достъп във връзка със строителна инфраструктура само при по-строги условия от тези, които биха били приложими в случаите по член 72, параграф 2 от ЕКЕС; при всички случаи не става непосредствено ясно какъв е смисълът на подобно разграничение. От друга страна, член 72, параграф 1 от ЕКЕС може евентуално да се разглежда и като основна норма, която е уточнена в член 72, параграф 2 от ЕКЕС само за един специален случай. В подкрепа на такова тълкуване е обстоятелството, че съгласно самия си текст член 72, параграф 2 от ЕКЕС предвижда „достъп в съответствие с настоящия член“; от това очевидно следва, че достъпът се предоставя при единни основни условия и че при подобно тълкуване би могло да се установи единно съдържание на член 72, параграфи 1 и 2 от ЕКЕС.

б) По-нататък, не е ясно как следва да се разбира отношението на член 72, параграф 2 от ЕКЕС спрямо член 73 от ЕКЕС. Трудно е да се изясни дали условията по член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС трябва да се прилагат и по отношение на мерките по член 72, параграф 2 от ЕКЕС, когато решенията се вземат в рамките на „пакет от мерки“ (по този въпрос буква аа). Възникват допълнителни проблеми, ако се приеме „единно“ разбиране на член 72, параграфи 1 и 2, както е изложено в раздел IV, точка 3, буква а) (по този въпрос буква бб).

аа) Не е ясно дали следва да се прилагат условията на член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС и по отношение на мерките, предвидени в член 72, параграф 2 от ЕКЕС, когато — както в настоящия случай — се взема решение в рамките на „пакет от мерки“. Възможно е наистина — и по отношение на член 72, параграф 1 от ЕКЕС — липсата на критериите за проверка „да пречи на развитието на устойчив конкурентен пазар на дребно или да не е в интерес на крайните ползватели“ в член 72, параграф 2 от ЕКЕС по принцип да може да се обясни с факта, че законодателят на Съюза е счел, че предвидените в член 73 и член 72 от ЕКЕС мерки се налагат в „пакет от мерки“, поради което се прилагат предвидените в член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС ограничения за налагането на задължения съгласно член 72, параграф 2 от ЕКЕС; последица от това би било наличието на „аналогия“ в условията по член 73, параграф 1, първа алинея и по член 72, параграф 2 от ЕКЕС. Довод в подкрепа на това тълкуване може да е и член 73, параграф 2, втора алинея и изглежда такова вероятно е било и разбирането на германския законодател. Това би довело до „пренасяне“ на трудностите при тълкуването на член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС (по този въпрос раздел IV, точка 1) и върху член 72, параграф 2 от ЕКЕС.

От текста на правните норми обаче не може да се изведе такова разбиране за действие в „пакет от мерки“, от което да следва приемане на условията по член 73, параграф 1, първа алинея за действие съгласно член 72, параграф 2 от ЕКЕС. По-скоро довод срещу „аналогичност“ на условията за действие съгласно член 72, параграф 2 и за действие съгласно член 73 от ЕКЕС е обстоятелството, че използваната в член 73, параграф 2, втора алинея от ЕКЕС формулировка, и по-специално в текста на немски език „само налагане“ (bloÙe Auferlegung), подсказва, че според законодателя на Съюза задължението за достъп до строителна инфраструктура по принцип се счита за по-малка намеса; към това насочва и съображение 187 от ЕКЕС (вж. Neumann, N&R 2016 г., т. 262, 267 и N&R 2018 г., т. 204, 206 и сл.; Scherer/Heinickel, MMR 2017 г., т. 71, 75). Ако това е така, това би било довод в подкрепа на разбирането, че за действие съгласно член 72, параграф 2 от ЕКЕС следва да се прилагат по-ограничени, а не аналогични условия.

бб) Възникват допълнителни проблеми, ако се приеме „единно“ разбиране на член 72, параграфи 1 и 2 от ЕКЕС, както вече бе изложено в раздел IV, точка 3, буква а). Ако при това положение именно се разгледа отношението на член 72, параграф 1 спрямо член 73 от ЕКЕС — вероятно в зависимост от текста на член 73 от ЕКЕС на различните езици —, в член 72, параграф 1 от ЕКЕС се предвижда по-ограничен план за проверка спрямо член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС. От друга страна обаче, самото съществуване на член 73, параграф 2, втора алинея от ЕКЕС показва, че законодателят на Съюза по принцип счита, че задължението за достъп до строителна инфраструктура представлява по-малка намеса (вж. по-горе). Това на свой ред противоречи донякъде на член 72, параграф 1 от ЕКЕС, който определя въведените регулаторни основания в това отношение по-ограничително спрямо член 73, параграф 1, първа алинея от ЕКЕС — в текста на немски език вж. по-горе —, и по-специално евентуално като недопускащи прилагането на допълнителни аспекти за преценка. Важно е да се отбележи, че в контекста на член 73, параграф 2, втора алинея от ЕКЕС не се поставя въпросът дали самото налагане на задължения по член 72 от ЕКЕС е пропорционално средство, за да се предотврати „попречване на развитието на устойчив конкурентен пазар“, а дали задължението по член 72 ЕК би било пропорционално средство за „насърчаване на конкуренцията в интерес на крайните ползватели“. Наличието на попречване и намерението за насърчаване са два различни критерия.

[...]