

Υπόθεση C-327/24 [Lolach] ¹

Αίτηση προδικαστικής απόφασης

Ημερομηνία καταθέσεως:

3 Μαΐου 2024

Αιτούν δικαστήριο:

Verwaltungsgericht Köln (Γερμανία)

Ημερομηνία εκδόσεως της απόφασης περί παραπομπής:

2 Μαΐου 2024

Προσφεύγουσα:

Telekom Deutschland GmbH

Καθής:

Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας

Verwaltungsgericht Köln

Διάταξη

[παραλειπόμενα]

Στη διοικητική διαφορά

Telekom Deutschland GmbH, [παραλειπόμενα] Βόννη,

προσφεύγουσα,

[παραλειπόμενα]

κατά

Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας [παραλειπόμενα],

καθής,

¹ Η ονομασία που έχει δοθεί στην παρούσα υπόθεση είναι πλασματική. Δεν αντιστοιχεί στο πραγματικό όνομα κανενός διαδίκου.

με αντικείμενο το δίκαιο των τηλεπικοινωνιών,

το εικοστό πρώτο τμήμα του Verwaltungsgericht Köln (διοικητικού πρωτοδικείου Κολωνίας, Γερμανία)

εξέδωσε, στις 2 Μαΐου 2024,

[παραλείπόμενα]

την ακόλουθη διάταξη:

Αναστέλλει τη διαδικασία.

Υποβάλλει στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

Έχουν τα άρθρα 72 και 73 της οδηγίας (ΕΕ) 2018/1972 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2018, την έννοια ότι οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές, κατά την εξέταση του αναγκαίου χαρακτήρα της επιβολής υποχρέωσης παροχής πρόσβασης σε τεχνικά έργα τα οποία, βάσει της ανάλυσης της αγοράς, δεν αποτελούν μέρος της σχετικής αγοράς,

οφείλουν να εξετάζουν *μόνον* το αν η μη επιβολή της εν λόγω υποχρέωσης θα δυσχέραινε τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς και δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη

ή

έχουν την έννοια ότι, κατά την εξέταση της επιβολής υποχρέωσης παροχής πρόσβασης στα εν λόγω έργα, πέραν των προμνησθεισών προϋποθέσεων μπορούν *εξίσου* να λαμβάνονται υπόψη, στο πλαίσιο μιας «δέσμης στόχων», και οι λοιποί στόχοι του άρθρου 3 της οδηγίας (ΕΕ) 2018/1972 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2018, καθώς και, κατά περίπτωση, άλλοι περαιτέρω στόχοι;

Σ κ ε π τ ι κ ό

I.

Η διαφορά αφορά, κατ' ουσίαν, τη νομιμότητα της επιβολής υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης στην προσφεύγουσα.

Η επιβολή υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης ρυθμίζεται από την οδηγία (ΕΕ) 2018/1972 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2018 (στο εξής: ΕΚΗΕ), στα άρθρα 72 και 73, τα οποία, στην απόδοσή τους στη γερμανική γλώσσα (τουλάχιστον όσον αφορά το άρθρο 73 υπάρχουν αποκλίνουσες γλωσσικές αποδόσεις), έχουν ως εξής:

«Άρθρο 72

Πρόσβαση σε τεχνικά έργα

1. Μια εθνική ρυθμιστική αρχή δύναται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 68, να επιβάλλει σε επιχειρήσεις υποχρεώσεις να καλύπτουν εύλογα αιτήματα για πρόσβαση σε τεχνικά έργα και για χρήση αυτών, μεταξύ άλλων, ενδεικτικά, σε κτίρια ή εισόδους σε κτίρια, καλωδιώσεις κτιρίων, περιλαμβανομένων συρμάτων, κεραίες, πύργους και άλλες φέρουσες κατασκευές, στύλους, ιστούς, αγωγούς, σωληνώσεις, θαλάμους επιθεώρησης, φρεάτια και κυτία σύνδεσης, σε καταστάσεις όπου η εθνική ρυθμιστική αρχή, έχοντας εξετάσει την ανάλυση της αγοράς, συμπεραίνει ότι η άρνηση πρόσβασης ή η παροχή πρόσβασης υπό παράλογους όρους και προϋποθέσεις με ανάλογο αποτέλεσμα θα δυσχέραινε τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς και δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη.

2. Οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές δύναται να επιβάλλουν σε επιχείρηση υποχρεώσεις να παρέχει πρόσβαση κατά το παρόν άρθρο, ασχέτως εάν τα πάγια στοιχεία που επηρεάζονται από την υποχρέωση αποτελούν μέρος της σχετικής αγοράς σύμφωνα με την ανάλυση της αγοράς, με την προϋπόθεση ότι η υποχρέωση είναι αναγκαία και αναλογική για την επίτευξη των στόχων του άρθρου 3.

Άρθρο 73

Υποχρεώσεις πρόσβασης και χρήσης ειδικών στοιχείων δικτύου και συναφών ευκολιών

1. Οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές δύναται, σύμφωνα με το άρθρο 68, να επιβάλλουν σε επιχειρήσεις υποχρεώσεις να ικανοποιούν εύλογα αιτήματα για πρόσβαση και χρήση ειδικών στοιχείων δικτύου και συναφών ευκολιών, σε περιπτώσεις όπου οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές κρίνουν ότι η άρνηση πρόσβασης ή τυχόν παράλογοι όροι και προϋποθέσεις με ανάλογο αποτέλεσμα θα δυσχέραιναν τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη.

Οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές μπορούν να ζητήσουν από τις επιχειρήσεις, μεταξύ άλλων:

α) την παροχή σε τρίτους πρόσβασης σε ειδικά υλικά στοιχεία δικτύου και συναφείς ευκολίες, καθώς και δυνατότητα χρήσης τους, κατά περίπτωση, συμπεριλαμβανομένης της αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο και υποβρόχο,

β) την παροχή σε τρίτους πρόσβασης σε ειδικά στοιχεία και υπηρεσίες ενεργού ή εικονικού δικτύου,

- γ) την καλόπιστη διαπραγμάτευση με επιχειρήσεις που ζητούν πρόσβαση,
- δ) τη μη ανάκληση ήδη χορηγηθείσας πρόσβασης σε ευκολίες,
- ε) την παροχή συγκεκριμένων υπηρεσιών χονδρικής για μεταπώληση από τρίτους,
- στ) τη χορήγηση ελεύθερης πρόσβασης σε τεχνικές διεπαφές, πρωτόκολλα ή άλλες βασικές τεχνολογίες που είναι απαραίτητες για τη διαλειτουργικότητα των υπηρεσιών ή των υπηρεσιών εικονικού δικτύου,
- ζ) την παροχή συντοπισμού ή άλλων μορφών μερισμού συναφών ευκολιών,
- η) την παροχή συγκεκριμένων υπηρεσιών που είναι αναγκαίες για τη διασφάλιση της διαλειτουργικότητας διατεματικών υπηρεσιών που παρέχονται σε χρήστες ή περιαγωγής σε κινητά δίκτυα,
- θ) την παροχή πρόσβασης σε συστήματα επιχειρησιακής υποστήριξης ή παρόμοια συστήματα λογισμικού, απαραίτητα για την εξασφάλιση δίκαιου ανταγωνισμού στην παροχή των υπηρεσιών,
- ι) τη διασύνδεση δικτύων ή ευκολιών δικτύου,
- ια) την παροχή πρόσβασης σε συναφείς υπηρεσίες, όπως υπηρεσία ταυτοποίησης, εντοπισμού θέσης και παρουσίας.

Οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές μπορούν να εξαρτούν τις υποχρεώσεις αυτές από όρους δίκαιου, εύλογου και έγκαιρου χαρακτήρα.

2. Όταν οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές εξετάζουν εάν ενδείκνυται να επιβάλουν κάποια από τις ενδεχόμενες ειδικές υποχρεώσεις της παραγράφου 1 του παρόντος άρθρου, και ιδίως όταν αξιολογούν, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, εάν και πώς θα πρέπει να επιβάλλονται οι υποχρεώσεις αυτές, αναλύουν κατά πόσον άλλες μορφές πρόσβασης σε εισροές χονδρικής, είτε στην ίδια είτε σε συναφή αγορά χονδρικής, θα αρκούσαν για να αντιμετωπιστεί το διαπιστωμένο πρόβλημα κατά τα συμφέροντα των τελικών χρηστών. Η εν λόγω αξιολόγηση περιλαμβάνει προσφορές εμπορικής πρόσβασης, ρυθμιζόμενη πρόσβαση δυνάμει του άρθρου 61, ή υφιστάμενη ή σχεδιασμένη ρυθμιζόμενη πρόσβαση σε άλλες εισροές χονδρικής δυνάμει του παρόντος άρθρου. Οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές λαμβάνουν υπόψη ειδικότερα τους ακόλουθους παράγοντες:

- α) την τεχνική και οικονομική βιωσιμότητα της χρήσης ή της εγκατάστασης ανταγωνιστικών ευκολιών, ανάλογα με τον ρυθμό ανάπτυξης της αγοράς, λαμβανομένων υπόψη της φύσης και του

τύπου διασύνδεσης ή πρόσβασης περί του οποίου πρόκειται, περιλαμβανομένης της βιωσιμότητας άλλων προϊόντων ανάντη πρόσβασης, όπως η πρόσβαση σε αγωγούς,

β) την αναμενόμενη τεχνολογική εξέλιξη που επηρεάζει τον σχεδιασμό και τη διαχείριση του δικτύου,

γ) την ανάγκη να διασφαλίζεται τεχνολογική ουδετερότητα που να επιτρέπει στα μέρη να σχεδιάζουν και να διαχειρίζονται τα δικά τους δίκτυα,

δ) τη σκοπιμότητα παροχής της προσφερόμενης πρόσβασης σε συνάρτηση με τις διαθέσιμες δυνατότητες,

ε) την αρχική επένδυση του κατόχου της ευκολίας, λαμβανομένων υπόψη των δημόσιων επενδύσεων που τυχόν έγιναν και των συναφών με την πραγματοποίηση της επένδυσης κινδύνων ιδίως σε σχέση με τις επενδύσεις σε δίκτυα πολύ υψηλής χωρητικότητας και τα συναφή επίπεδα επικινδυνότητας,

στ) την ανάγκη μακροπρόθεσμης διασφάλισης του ανταγωνισμού, με ιδιαίτερη προσοχή στον ανταγωνισμό βάσει οικονομικά αποδοτικών υποδομών και σε καινοτόμα επιχειρηματικά μοντέλα που στηρίζουν τον βιώσιμο ανταγωνισμό, όπως αυτά που βασίζονται στη συνεπένδυση σε δίκτυα,

ζ) κατά περίπτωση, τυχόν συναφή δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας,

η) την παροχή πανευρωπαϊκών υπηρεσιών.

Όταν μία εθνική ρυθμιστική αρχή εξετάζει το ενδεχόμενο, σύμφωνα με το άρθρο 68, να επιβάλει υποχρεώσεις βάσει του άρθρου 72 ή του παρόντος άρθρου, εξετάζει κατά πόσον η επιβολή υποχρεώσεων σύμφωνα με το άρθρο 72 από μόνη της θα αποτελεί αναλογικό μέσο για να προωθηθούν ο ανταγωνισμός και τα συμφέροντα του τελικού χρήστη.

3. Όταν επιβάλλουν υποχρεώσεις σε επιχείρηση για παροχή πρόσβασης σύμφωνα με το παρόν άρθρο, οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές μπορούν να καθορίζουν τεχνικές ή λειτουργικές προϋποθέσεις που οφείλουν να πληρούν ο πάροχος ή οι δικαιούχοι αυτής της πρόσβασης εφόσον αυτό είναι απαραίτητο για την εξασφάλιση της ομαλής λειτουργίας του δικτύου. Οι υποχρεώσεις για την τήρηση ειδικών τεχνικών προτύπων ή προδιαγραφών συμμορφώνονται προς τα πρότυπα και τις προδιαγραφές που ορίζονται κατ' εφαρμογή του άρθρου 39.»

Ο Γερμανός νομοθέτης μετέφερε τις ανωτέρω δύο διατάξεις στο εσωτερικό δίκαιο με μία και μόνη διάταξη, ήτοι με το άρθρο 26 του Telekommunikationsgesetz

(νόμου περί τηλεπικοινωνιών) της 23ης Ιουνίου 2021, όπως τροποποιήθηκε στις 10 Σεπτεμβρίου 2021 καθώς και τελευταία φορά –καθόσον αφορά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών– με νόμο της 20ής Ιουλίου 2022 (BGBl. I, σ. 1166) (στο εξής: TKG), ως εξής:

«Άρθρο 26 – Υποχρεώσεις παροχής πρόσβασης

1) Η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων, Γερμανία) δύναται να επιβάλλει σε επιχείρηση με σημαντική ισχύ στην αγορά την υποχρέωση να παρέχει σε άλλες επιχειρήσεις πρόσβαση, αν η άρνηση παροχής πρόσβασης θα δυσχέραινε τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη.

2) Κατά την εξέταση του αν δικαιολογείται η επιβολή υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης σύμφωνα με την παράγραφο 1 και ποιες μπορεί να είναι αυτές, καθώς και κατά πόσον οι εν λόγω υποχρεώσεις είναι ανάλογες προς τους στόχους που καθορίζονται στο άρθρο 2, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) εξετάζει αν:

1. υποχρεώσεις που έχουν ήδη επιβληθεί ή προβλέπεται να επιβληθούν βάσει του παρόντος μέρους ή ήδη συναφθείσες ή προσφερόμενες εμπορικές συμφωνίες πρόσβασης στην οικεία ή σε συναφή αγορά χονδρικής και
2. η επιβολή υποχρεώσεων βάσει της παραγράφου 3, σημείο 10, από μόνη της

αρκούν για τη διασφάλιση της επίτευξης των στόχων που παρατίθενται στο άρθρο 2. Στο πλαίσιο αυτό, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) λαμβάνει ιδίως υπόψη τα εξής:

1. την τεχνική και οικονομική βιωσιμότητα της χρήσης ή της εγκατάστασης ανταγωνιστικών εγκαταστάσεων, ανάλογα με τον ρυθμό ανάπτυξης της αγοράς, λαμβανομένων υπόψη της φύσης και του τύπου διασύνδεσης ή πρόσβασης περί του οποίου πρόκειται, περιλαμβανομένης της βιωσιμότητας άλλων προϊόντων ανάντη πρόσβασης,
2. τη σκοπιμότητα παροχής της προτεινόμενης πρόσβασης σε συνάρτηση με τις διαθέσιμες δυνατότητες,
3. τις αρχικές επενδύσεις του κατόχου της εγκατάστασης, λαμβανομένων υπόψη των δημόσιων επενδύσεων που τυχόν έγιναν και των συναφών με την πραγματοποίηση της επένδυσης κινδύνων ιδίως σε σχέση με τις επενδύσεις σε δίκτυα πολύ υψηλής χωρητικότητας,

4. την ανάγκη μακροπρόθεσμης διασφάλισης του ανταγωνισμού, με ιδιαίτερη προσοχή στον ανταγωνισμό βάσει οικονομικά αποδοτικών υποδομών και σε καινοτόμα επιχειρηματικά μοντέλα,
5. συναφή δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας,
6. την παροχή υπηρεσιών σε επίπεδο Ένωσης και
7. την αναμενόμενη τεχνολογική εξέλιξη που επηρεάζει τον σχεδιασμό και τη διαχείριση του δικτύου.

3) Η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) δύναται να επιβάλλει στις επιχειρήσεις με σημαντική ισχύ στην αγορά, σύμφωνα με την παράγραφο 1, μεταξύ άλλων, τις ακόλουθες υποχρεώσεις:

1. την παροχή πρόσβασης σε ειδικά υλικά στοιχεία δικτύου και συναφείς εγκαταστάσεις, συμπεριλαμβανομένης της αδεσμοποίησης υλικής πρόσβασης στον τοπικό βρόχο,
2. τη μη ανάκληση ήδη χορηγηθείσας πρόσβασης σε εγκαταστάσεις,
3. την παροχή πρόσβασης σε ειδικά στοιχεία και υπηρεσίες ενεργού ή εικονικού δικτύου, συμπεριλαμβανομένης της εικονικά αδεσμοποίησης ευρυζωνικής πρόσβασης,
4. την παροχή συγκεκριμένων υπηρεσιών που είναι αναγκαίες για τη διασφάλιση της διαλειτουργικότητας διατεματικών υπηρεσιών που παρέχονται σε χρήστες ή περιαγωγής σε κινητά δίκτυα,
5. την παροχή πρόσβασης σε συστήματα επιχειρησιακής υποστήριξης ή παρόμοια συστήματα λογισμικού, απαραίτητα για την εξασφάλιση δίκαιου ανταγωνισμού στην παροχή των υπηρεσιών, διασφαλίζοντας παράλληλα την αποτελεσματικότητα των υφιστάμενων εγκαταστάσεων,
6. την παροχή πρόσβασης σε συναφείς υπηρεσίες, όπως υπηρεσία ταυτοποίησης, εντοπισμού θέσης και παρουσίας,
7. τη διευκόλυνση της διασύνδεσης των δημόσιων δικτύων τηλεπικοινωνιών,
8. τη χορήγηση ελεύθερης πρόσβασης σε τεχνικές διεπαφές, πρωτόκολλα ή άλλες βασικές τεχνολογίες που είναι απαραίτητες για τη διαλειτουργικότητα των υπηρεσιών ή των υπηρεσιών εικονικού δικτύου τηλεπικοινωνιών,
9. την παροχή συντοπισμού ή άλλων μορφών μερισμού συναφών εγκαταστάσεων και την παροχή πρόσβασης στις εν λόγω

εγκαταστάσεις ανά πάσα στιγμή στους αιτούντες ή στους εντολοδόχους τους και

10. την παροχή πρόσβασης σε τεχνικά έργα, μεταξύ άλλων, ενδεικτικά, σε κτίρια ή εισόδους σε κτίρια, καλωδιώσεις κτιρίων, περιλαμβανομένων συρμάτων, κεραιές, πύργους και άλλες φέρουσες κατασκευές, στύλους, ιστούς, αγωγούς, σωληνώσεις, θαλάμους επιθεώρησης, φρεάτια και κυτία σύνδεσης, ακόμη και όταν δεν αποτελούν μέρος της σχετικής αγοράς προϊόντων κατά το άρθρο 10, εφόσον η επιβολή υποχρέωσης παροχής πρόσβασης είναι αναγκαία και αναλογική λαμβανομένου υπόψη του προβλήματος που διαπιστώνεται στην ανάλυση αγοράς κατά το άρθρο 11.

4) Αν μια επιχείρηση αποδείξει ότι η χρήση της υπηρεσίας θα έθετε σε κίνδυνο τη διατήρηση της ακεραιότητας του δικτύου ή την ασφαλή λειτουργία του δικτύου, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) δεν επιβάλλει την εν λόγω υποχρέωση παροχής πρόσβασης ή την επιβάλλει υπό άλλη μορφή. Η διατήρηση της ακεραιότητας του δικτύου και η ασφαλής λειτουργία του δικτύου πρέπει να εκτιμώνται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων.

5) Όταν η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) επιβάλλει σε επιχείρηση υποχρέωση παροχής πρόσβασης, μπορεί να καθορίζει τεχνικές ή λειτουργικές προϋποθέσεις που οφείλουν να πληρούν ο πάροχος ή οι δικαιούχοι αυτής της πρόσβασης, εφόσον αυτό είναι απαραίτητο για την εξασφάλιση της ομαλής λειτουργίας του δικτύου τηλεπικοινωνιών. Οι υποχρεώσεις για την τήρηση ειδικών τεχνικών προτύπων ή προδιαγραφών συμμορφώνονται προς τα πρότυπα και τις προδιαγραφές που ορίζονται κατ' εφαρμογή του άρθρου 39 της οδηγίας (ΕΕ) 2018/1972.

6) Στο πλαίσιο της εκπλήρωσης των υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης, πρέπει να επιτρέπεται η παροχή δυνατότητας χρήσης των υπηρεσιών πρόσβασης και συνεργασίας μεταξύ των επιχειρήσεων που δικαιούνται πρόσβαση, εκτός εάν μια επιχείρηση αποδεικνύει ότι, στη συγκεκριμένη περίπτωση, η παροχή δυνατότητας χρήσης ή η συνεργασία δεν είναι δυνατή ή είναι δυνατή μόνο σε περιορισμένο βαθμό για τεχνικούς λόγους.»

II.

Η προσφεύγουσα είναι επιχείρηση η οποία παρέχει υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών και η οποία, στο πλαίσιο του προσδιορισμού της αγοράς με ημερομηνία 10 Οκτωβρίου 2019, ορίστηκε ως επιχείρηση με σημαντική ισχύ στην ενιαία αγορά προϊόντων όσον αφορά την πρόσβαση στον τοπικό βρόχο σε σταθερές θέσεις. Ωστόσο, αγορά σχετική με την πρόσβαση σε τεχνικά έργα δεν αποτέλεσε αντικείμενο του προσδιορισμού της αγοράς.

Στη συνέχεια, με απόφαση της 21ης Ιουλίου 2022, η Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων ηλεκτρικής ενέργειας, φυσικού αερίου, τηλεπικοινωνιών, ταχυδρομείου και σιδηροδρόμων, Γερμανία, στο εξής: Bundesnetzagentur) επέβαλε στην προσφεύγουσα, μεταξύ άλλων, τις ακόλουθες υποχρεώσεις:

«1.1. Να παρέχει σε άλλες επιχειρήσεις πρόσβαση σε υφιστάμενα, κατά τον χρόνο υποβολής της αίτησης παροχής πρόσβασης, συστήματα αγωγών καλωδίων, ιστούς και συστήματα υποστήριξης υπέργειων γραμμών, με σκοπό την ανάπτυξη και τη λειτουργία δικτύων πολύ υψηλής χωρητικότητας σε σταθερές θέσεις ή με σκοπό την πρόσβαση στον τοπικό βρόχο, και δη στον διακλαδωτή καλωδίων ή στον κόμβο πρόσβασης πολλαπλών υπηρεσιών (MSAN) (σημεία 1.2 ή 1.3), στο πλαίσιο των διαθέσιμων δυναμικοτήτων, με την επιφύλαξη του δικαιώματος (της προσφεύγουσας) να διατηρεί κατάλληλες λειτουργικές εφεδρείες και να ικανοποιεί κατά προτεραιότητα τις ανάγκες της. Στο μέτρο που η πρόσβαση δεν εξυπηρετεί την πρόσβαση στον τοπικό βρόχο, η υποχρέωση παροχής και οι συναφείς περαιτέρω υποχρεώσεις που απορρέουν από τα σημεία 2, 4 και 5 αρχίζουν να ισχύουν την 1η Ιανουαρίου 2024.

1.2. Να παρέχει σε άλλες επιχειρήσεις αδεσμοποίητη υλική πρόσβαση στον χάλκινο τοπικό βρόχο, και δη στον κεντρικό κατανεμητή ή σε σημείο πλησιέστερο στη μονάδα τοπικού βρόχου από ό,τι στον κεντρικό κατανεμητή (ιδίως στον διακλαδωτή καλωδίων και/ή στον τερματικό κατανεμητή – APL), εκτός εάν δύναται ή πρέπει να αρνηθεί την πρόσβαση βάσει των διατάξεων του παραρτήματος 1 (Αρνηση παροχής πρόσβασης στον τοπικό βρόχο εκτός της εγγύς περιοχής του κεντρικού κατανεμητή) και του παραρτήματος 2 (Αρνηση παροχής πρόσβασης στον τοπικό βρόχο εντός της εγγύς περιοχής του κεντρικού κατανεμητή) του παρόντος τμήματος [...]

Προς αιτιολόγηση της απόφασής της, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) εκθέτει, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«Υποχρεώσεις παροχής πρόσβασης

Το αποφαινόμενο τμήμα [παραλειπόμενα] διατήρησε ή τροποποίησε τις υποχρεώσεις παροχής πρόσβασης που επιβλήθηκαν στην (προσφεύγουσα), για την εν προκειμένω επίμαχη αγορά, με τη ρυθμιστική απόφαση BK3g-09/085 της 21ης Μαρτίου 2011 (όπως τροποποιήθηκε με τη ρυθμιστική απόφαση BK3g-15/004 της 1ης Σεπτεμβρίου 2016) ως εξής:

1. Πρόγραμμα εξέτασης κατά το άρθρο 26 του TKG

Η επιβολή υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης απορρέει από το άρθρο 26 του TKG.

Κατά το άρθρο 26, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, του TKG, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) δύναται να επιβάλλει

στους φορείς εκμετάλλευσης δημόσιων δικτύων τηλεπικοινωνιών με σημαντική ισχύ στην αγορά την υποχρέωση να παρέχουν σε άλλες επιχειρήσεις πρόσβαση, συμπεριλαμβανομένης της αποδεσμοποίησης ανάλογα με τη ζήτηση, ιδίως αν η άρνηση παροχής πρόσβασης θα δυσχέραινε τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου ή δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη. Κατά την εξέταση του αν δικαιολογείται η επιβολή υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης και ποιες μπορεί να είναι αυτές, καθώς και κατά πόσον οι εν λόγω υποχρεώσεις είναι ανάλογες προς τους στόχους που καθορίζονται στο άρθρο 2 του TKG, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) πρέπει να λαμβάνει ιδίως υπόψη τα κριτήρια που απαριθμούνται στο άρθρο 26, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, σημεία 1 έως 7, του TKG. Από τη μνημονευόμενη διάταξη και την εκεί περιεχόμενη παραπομπή στους ρυθμιστικούς στόχους (και τις ρυθμιστικές βασικές αρχές) του άρθρου 2 του TKG προκύπτει ότι τα επιβαλλόμενα μέτρα πρέπει να εκπληρώνουν μια ευρεία δέσμη στόχων, τηρώντας παράλληλα ορισμένες παραμέτρους [βλ., όσον αφορά το άρθρο 21 του TKG του 2004, αποφάσεις του BVerwG (Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου) της 21ης Σεπτεμβρίου 2018, 6 C 50/16, σκέψη 48, και της 21ης Σεπτεμβρίου 2018, 6 C 8/17, BVerwGE 163, 181-232, σκέψη 51). Η κρίσιμη στο παρόν πλαίσιο δέσμη στόχων αποτελείται από τέσσερις βασικούς στόχους, ορισμένοι από τους οποίους έχουν διάφορες περαιτέρω αποχρώσεις.

Ο πρώτος βασικός στόχος είναι η διασφάλιση της συνδεσιμότητας και η προώθηση της πρόσβασης σε δίκτυα πολύ υψηλής χωρητικότητας και της χρήσης τους από όλους τους πολίτες και τις επιχειρήσεις (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 2, σημείο 1, του TKG). Ο δεύτερος βασικός στόχος είναι η προώθηση του ανταγωνισμού. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει συναφώς ο ανταγωνισμός στην αγορά λιανικής (άρθρο 26, παράγραφος 1, του TKG). Στόχος είναι να προωθηθούν οι βιώσιμες ανταγωνιστικές αγορές τηλεπικοινωνιών και οι σχετικές επενδύσεις σε υποδομές και καινοτομίες (άρθρο 26, παράγραφος 1, άρθρο 26, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, σημείο 4, άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 2, σημείο 2 και σημείο 3, στοιχείο e, και παράγραφος 3, σημείο 4, του TKG). Ο ανταγωνισμός πρέπει, επίσης, να είναι ισότιμος (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 2, σημείο 2, και παράγραφος 3, σημείο 2, του TKG). Κατά την προώθηση του ανταγωνισμού, πρέπει να λαμβάνονται δεόντως υπόψη τόσο τα συμφέροντα της περιοχής (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 2, σημείο 2, in fine, του TKG) όσο και οι διαφορετικές συνθήκες ανταγωνισμού που επικρατούν στις διάφορες γεωγραφικές περιοχές εντός της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 3, σημείο 5, δεύτερη περίπτωση, του TKG). Κατά τον τρίτο βασικό στόχο, πρέπει να προστατεύονται οι χρήστες, και ιδίως τα

συμφέροντα των καταναλωτών στον τομέα των τηλεπικοινωνιών (άρθρο 26, παράγραφος 1, in fine· άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 2, σημείο 3, του TKG). Πρέπει να επιδιώκεται το μέγιστο δυνατό όφελος για τους χρήστες όσον αφορά τις διαθέσιμες επιλογές, τις τιμές και την ποιότητα (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 2, σημείο 3, στοιχείο b, του TKG). Τα δε συμφέροντα των χρηστών και των καταναλωτών πρέπει να προωθούνται ιδίως με τη διασφάλιση της συνδεσιμότητας, της ευρείας διαθεσιμότητας και της ταχύτερης επέκτασης των δικτύων πολύ υψηλής χωρητικότητας, καθώς και με την προώθηση της χρήσης τους (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με άρθρο 2, παράγραφος 2, σημείο 1 και σημείο 3a, του TKG). Επιπλέον, πρέπει να διασφαλίζονται ισότιμες συνθήκες διαβίωσης στις αστικές και αγροτικές περιοχές (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 2, σημείο 3b, του TKG). Οι διαφορετικές συνθήκες όσον αφορά τους καταναλωτές, οι οποίες επικρατούν στις διάφορες γεωγραφικές περιοχές εντός της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, πρέπει εν προκειμένω ομοίως να λαμβάνονται δεόντως υπόψη (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 3, σημείο 5, τρίτη περίπτωση, του TKG). Τέταρτον, πρέπει να προωθείται η ανάπτυξη της εσωτερικής αγοράς της Ευρωπαϊκής Ένωσης (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 2, σημείο 4, του TKG). Τούτο περιλαμβάνει επίσης την παροχή πανευρωπαϊκών υπηρεσιών (άρθρο 26, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, σημείο 6, του TKG).

Για την επίτευξη της ανωτέρω δέσμης στόχων απαιτείται η τήρηση διαφόρων παραμέτρων. Το άρθρο 2, παράγραφος 3, του TKG ορίζει γενικώς ότι, κατά την επιδίωξη των στόχων που καθορίζονται στην παράγραφο 2, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) εφαρμόζει αντικειμενικές, διαφανείς, αμερόληπτες και αναλογικές ρυθμιστικές βασικές αρχές. Οι αρχές αυτές εξειδικεύονται περαιτέρω στο άρθρο 2, παράγραφος 3, καθώς και στο άρθρο 26, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, του TKG. Στο πλαίσιο της εξέτασης του αναγκαίου χαρακτήρα πρέπει να εκτιμάται η τεχνική και οικονομική βιωσιμότητα της χρήσης ή εγκατάστασης ανταγωνιστικών εγκαταστάσεων, λαμβανομένου υπόψη του ρυθμού ανάπτυξης της αγοράς (άρθρο 26, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, σημείο 1, του TKG), καθώς και το ζήτημα αν οι υποχρεώσεις που έχουν ήδη επιβληθεί βάσει του μέρους 2 του TKG ή οι εμπορικές συμφωνίες πρόσβασης που έχουν ήδη συναφθεί ή προσφερθεί στη σχετική ή σε συναφή χονδρική αγορά (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σημείο 1, του TKG) και η επιβολή υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης όσον αφορά συστήματα αγωγών καλωδίων και ιστούς και συστήματα υποστήριξης υπέργειων γραμμών από μόνη της (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σημείο 2, του TKG) αρκούν για τη διασφάλιση της επίτευξης των ρυθμιστικών στόχων που μνημονεύονται στο άρθρο 2 του TKG (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, του TKG).

Κατά την εξέταση της καταλληλότητας, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη τα θεμελιώδη δικαιώματα των ενδιαφερομένων στην επαγγελματική ελευθερία [άρθρο 12, παράγραφος 1, του GG (γερμανικού θεμελιώδους νόμου)] και στην προστασία της ιδιοκτησίας (άρθρο 14, παράγραφος 1, του GG). Τούτο ισχύει ιδίως όσον αφορά τις δυνατότητες παροχής πρόσβασης, λαμβανομένης υπόψη της διαθέσιμης χωρητικότητας (άρθρο 26, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, σημείο 2, του TKG), της αρχικής επένδυσης του κατόχου της εγκατάστασης, των δημόσιων επενδύσεων που τυχόν έγιναν και των συναφών με την πραγματοποίηση της επένδυσης κινδύνων (άρθρο 26, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, σημείο 3, του TKG), καθώς επίσης λαμβανομένων υπόψη γενικότερα των συναφών με την πραγματοποίηση της επένδυσης κινδύνων της επενδύτριας εταιρίας και στο πλαίσιο συνεργασιών μεταξύ επενδυτών και των αιτούντων πρόσβαση σε αυτούς (άρθρο 26, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, in fine: άρθρο 26, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, σημείο 4: άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 2, σημείο 2, πρώτη περίοδος, και παράγραφος 3, σημείο 4, του TKG). Επιπλέον, κρίσιμες μπορεί να είναι οι αρχές της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της ασφάλειας δικαίου. Για παράδειγμα, για τη διασφάλιση της προβλεψιμότητας της ρύθμισης, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) πρέπει να τηρεί για εύλογα χρονικά διαστήματα ενιαία ρυθμιστική προσέγγιση (άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 3, σημείο 1, του TKG). Ο αντίκτυπος σε άλλα έννομα αγαθά, όπως σε δικαιώματα βιομηχανικής ιδιοκτησίας, σε δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας και στην παροχή πανευρωπαϊκών υπηρεσιών (άρθρο 26, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, σημεία 5 και 6, του TKG), καθώς και το συμφέρον για τη διατήρηση της ακεραιότητας του δικτύου και την ασφαλή λειτουργία του δικτύου (άρθρο 26, παράγραφοι 4 και 5, του TKG) μπορούν επίσης να ασκούν επιρροή σε επιμέρους περιπτώσεις.»

Με βάση τα ανωτέρω κριτήρια, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) εξέτασε στη συνέχεια την επιβολή των προαναφερθεισών υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης, συμπεριλαμβανομένης της υποχρέωσης παροχής πρόσβασης στα τεχνικά έργα.

Στις 19 Αυγούστου 2022, η προσφεύγουσα άσκησε προσφυγή κατά της επίμαχης απόφασης της Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακής υπηρεσίας δικτύων) της 21ης Ιουλίου 2022 ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, ζητώντας από το εν λόγω δικαστήριο, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«1. να ακυρώσει εν μέρει την απόφαση της καθής της 21ης Ιουλίου 2022 (BK3i-19/020), κατά το μέρος που επιβάλλει στην προσφεύγουσα τις ακόλουθες υποχρεώσεις:

- α) την προβλεπόμενη στο σημείο 1.1 του διατακτικού υποχρέωση να παρέχει σε άλλες επιχειρήσεις πρόσβαση σε συστήματα αγωγών

καλωδίων, καθώς και σε ιστούς και συστήματα υποστήριξης υπέργειων γραμμών, με σκοπό την ανάπτυξη και τη λειτουργία δικτύων πολύ υψηλής χωρητικότητας σε σταθερές θέσεις·

επικουρικώς προς το υπό α αίτημα,

β) την προβλεπόμενη στο σημείο 1.1 του διατακτικού υποχρέωση να παρέχει σε άλλες επιχειρήσεις πρόσβαση σε τέτοια συστήματα αγωγών καλωδίων, καθώς και σε ιστούς και συστήματα υποστήριξης υπέργειων γραμμών, με σκοπό την ανάπτυξη και τη λειτουργία δικτύων πολύ υψηλής χωρητικότητας σε σταθερές θέσεις, που κατασκευάστηκαν από την προσφεύγουσα για την ανάπτυξη του δικτύου της FTTB/H·

έτι επικουρικότερον προς τα υπό α και β αιτήματα,

γ) την προβλεπόμενη στο σημείο 1.1 του διατακτικού υποχρέωση να παρέχει σε άλλες επιχειρήσεις πρόσβαση σε τέτοια συστήματα αγωγών καλωδίων, καθώς και σε ιστούς και συστήματα υποστήριξης υπέργειων γραμμών, με σκοπό την ανάπτυξη και τη λειτουργία δικτύων πολύ υψηλής χωρητικότητας σε σταθερές θέσεις, που έχουν ολοκληρωθεί πριν από λιγότερο από επτά έτη·

δ) την προβλεπόμενη στο σημείο 4 του διατακτικού υποχρέωση να δημοσιεύσει προσφορά αναφοράς για υπηρεσίες πρόσβασης σε συστήματα αγωγών καλωδίων, καθώς και σε ιστούς και συστήματα υποστήριξης υπέργειων γραμμών, με σκοπό την ανάπτυξη και τη λειτουργία δικτύων πολύ υψηλής χωρητικότητας σε σταθερές θέσεις·

ε) την προβλεπόμενη στο σημείο 5.1 του διατακτικού υποχρέωση να μεριμνήσει για την έγκριση, σύμφωνα με το άρθρο 39 του ΤΚΓ, των τελών για την παροχή της πρόσβασης σε συστήματα αγωγών καλωδίων, καθώς και σε ιστούς και συστήματα υποστήριξης υπέργειων γραμμών, με σκοπό την ανάπτυξη και τη λειτουργία δικτύων πολύ υψηλής χωρητικότητας σε σταθερές θέσεις·

στ) την προβλεπόμενη στο σημείο 4 του διατακτικού υποχρέωση να δημοσιεύσει προσφορά αναφοράς για υπηρεσίες πρόσβασης όσον αφορά την εικονική αδεσμοποίητη πρόσβαση υπό τη μορφή προϊόντος πρόσβασης επιπέδου 2 στο Switch/BNG σε υποδομές FTTB/H που είναι κατάλληλες για μαζικές αγορές·

2. επικουρικώς προς τα υπό 1 αιτήματα, να ακυρώσει την απόφαση της καθής της 21ης Ιουλίου 2022 (BK3i-19/020) στο σύνολό της, εφόσον το δικαστήριο κρίνει ότι η απόφαση δεν μπορεί να διαχωριστεί ως προς τα ανωτέρω ζητήματα.»

Όσον αφορά το κρίσιμο στο πλαίσιο της παρούσας αίτησης προδικαστικής αποφάσεως ζήτημα, η προσφεύγουσα υποστήριξε ότι, για την επιβολή υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης δυνάμει του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) έχει στηριχτεί σε εσφαλμένη ερμηνεία κανόνων. Η αιτιολογία της ρυθμιστικής απόφασης μνημονεύει, κατά την παράθεση του προγράμματος εξέτασης, την παρωχημένη διατύπωση του άρθρου 21, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, του TKG του 2004, ενώ στην πραγματικότητα στο νυν ισχύον άρθρο 26, παράγραφος 1, του TKG έχουν επέλθει διαφοροποιήσεις. Ειδικότερα, η λέξη «ιδίως» έχει απαλειφθεί από τη διατύπωση και οι προϋποθέσεις της «δυσχέρασης του ανταγωνισμού σε επίπεδο λιανικού εμπορίου» και της «αντίθεσης στα συμφέροντα του τελικού χρήστη» συνδέονται πλέον με ένα «και» αντί με ένα «ή». Συνεπώς, η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) υπέπεσε σε διττή πλάνη και η απόφασή της στηρίχτηκε σε εσφαλμένο πρόγραμμα εξέτασης. Οι εν λόγω τροποποιήσεις δεν είχαν απλώς τυπογραφικό χαρακτήρα, αλλά αποτέλεσαν, όπως προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση του νόμου, συνειδητές νομοθετικές επιλογές. Δεν είναι δυνατή η σύμφωνη προς την οδηγία ερμηνεία. Τούτο, αφενός, θα προσέκρουε στη βούληση του Γερμανού νομοθέτη, η οποία διατυπώθηκε ρητώς στις προπαρασκευαστικές εργασίες του νόμου. Αφετέρου, δεν υπάρχει, εν τέλει, διαφορά μεταξύ του δικαίου της οδηγίας και του εθνικού δικαίου. Συνεπώς, έπρεπε πρώτα να διαπιστωθεί, στο πλαίσιο του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG, ότι πληρούνται σωρευτικώς οι εκεί παρατιθέμενες προϋποθέσεις, προτού καταστεί δυνατή η έναρξη της εξέτασης του άρθρου 26, παράγραφος 2, του TKG και η άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Με την παρεκκλίνουσα προσέγγιση της Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακής υπηρεσίας δικτύων) σχετικοποιήθηκαν ανεπίτρεπτα οι πρωταρχικοί στόχοι της ρύθμισης της πρόσβασης, τους οποίους ο νομοθέτης έχει ρητώς προτάξει, και διαταράχθηκε η πραγματοποιηθείσα στάθμιση. Τέλος, η ρυθμιστική απόφαση δεν περιλαμβάνει σωρευτική εξέταση των προϋποθέσεων του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG.

Η καθής αντιτείνει, όσον αφορά τα κρίσιμα στο πλαίσιο της παρούσας αίτησης προδικαστικής αποφάσεως ζητήματα, ότι η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) δεν στήριξε τη ρυθμιστική απόφαση σε εσφαλμένη ερμηνεία κανόνων· ειδικότερα, δεν στηρίχτηκε στις προϋποθέσεις του πρώην άρθρου 21, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, του TKG του 2004. Το άρθρο 26, παράγραφος 1, του TKG πρέπει να ερμηνευθεί σύμφωνα με την οδηγία υπό την έννοια ότι η λέξη «και» που παρεμβάλλεται μεταξύ των προϋποθέσεων δεν έχει την έννοια σωρευτικής σύνδεσης, αλλά απαρίθμησης. Επιπλέον, κρίσιμη για τη νομιμότητα της απόφασης στάθμισης δεν είναι η τονισθείσα παράθεση του προγράμματος εξέτασης, αλλά η πραγματική απόφαση στάθμισης αυτή καθεαυτήν: αμφότερες οι προϋποθέσεις του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG περιλήφθηκαν στην απόφαση στάθμισης. Από το γράμμα του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG δεν συνάγεται ότι η Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακή υπηρεσία δικτύων) περιορίζεται απλώς και μόνο στην εξέταση των δύο προϋποθέσεων. Αντιθέτως, λαμβανομένου υπόψη του άρθρου 26, παράγραφος 2, του TKG, μπορεί να ενσωματώνει περαιτέρω πτυχές στη διαδικασία στάθμισης· η νομολογία του Bundesverwaltungsgericht (Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου) σχετικά

με την «εξέταση δέσμης στόχων» στο πλαίσιο του άρθρου 21, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, του TKG 2004 έχει εφαρμογή και στο άρθρο 26 του TKG.

[παραλειπόμενα] [επιπλέον υποβληθείσα αίτηση ασφαλιστικών μέτρων]

III.

Το υποβαλλόμενο προδικαστικό ερώτημα που άπτεται του κοινοτικού δικαίου είναι καθοριστικό για την έκβαση της διαφοράς. Η αρχή της σύμφωνης προς την οδηγία ερμηνείας έχει εφαρμογή εν προκειμένω (1). Η έκβαση της διαφοράς θα διαφέρει ανάλογα με την ερμηνεία των άρθρων 72 και 73 του ΕΚΗΕ (2).

1. Η αρχή της σύμφωνης προς την οδηγία ερμηνείας έχει εφαρμογή εν προκειμένω. Βεβαίως, η σύμφωνη προς την οδηγία ερμηνεία αποκλείεται όταν υφίστανται *σαφείς* εθνικοί κανόνες. Ωστόσο, τέτοια περίπτωση δεν συντρέχει εν προκειμένω. Στο εθνικό δίκαιο, υπάρχουν ενδείξεις που συνηγορούν υπέρ της ερμηνείας του άρθρου 26 του TKG υπό την έννοια ότι η καθής έπρεπε να είχε διενεργήσει μια «αρχική» εξέταση αποκλειστικά υπό το πρίσμα των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG (α), καθώς και ενδείξεις που συνηγορούν υπέρ του ότι η καθής –εξακολουθεί να– οφείλει να αποφαινεται σχετικά με την επιβολή υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης στο πλαίσιο μιας «δέσμης στόχων» (β).

α) *Υπέρ* της ερμηνείας του άρθρου 26 του TKG υπό την έννοια ότι η καθής έπρεπε να είχε διενεργήσει μια «αρχική» εξέταση αποκλειστικά υπό το πρίσμα των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG [«(...) αν η άρνηση παροχής πρόσβασης θα δυσχέραινε τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη»] φαίνεται να συνηγορεί κατ' αρχάς το γράμμα της διάταξης. Τούτο δε διότι στο άρθρο 26, παράγραφος 1, του TKG, κατά παρέκκλιση από το άρθρο 21, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, του Telekommunikationsgesetz (νόμου περί τηλεπικοινωνιών) της 22ας Ιουνίου 2004, ο οποίος καταργήθηκε με το άρθρο 61 του νόμου της 23ης Ιουνίου 2021 (BGBl. I, σ. 1858), έχει απαλειφθεί η λέξη «ιδίως». Προς στήριξη της εν λόγω ερμηνείας του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG, μπορεί επίσης να αναφερθεί ότι ο νομοθέτης απάλειψε σκόπιμα τη λέξη «ιδίως» από τη διατύπωση, προκειμένου να καταδείξει «την επικέντρωση της ρύθμισης της πρόσβασης σε επίπεδο χονδρικής στην εξάλειψη των προβλημάτων ανταγωνισμού στη λιανική αγορά» (βλ. BT-Drs. 19/26108, σ. 263). Εξ αυτού μπορεί να συναχθεί ενδεχομένως βούληση του νομοθέτη να περιορίσει τη δυνατότητα επιβολής υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης, κατά παρέκκλιση από τη μέχρι τούδε πρακτική, σε επίπεδο «αναγκαίου χαρακτήρα», σε συγκεκριμένες ρυθμιστικές περιπτώσεις. Συναφώς, μπορεί επίσης να επισημανθεί ότι, από απόψεως οικονομίας, ο νομοθέτης κατένειμε, στο άρθρο 26 του TKG, το μέχρι τούδε άρθρο 21, παράγραφος 1, του TKG 2004, σε δύο παραγράφους. Υπέρ της εξ αυτού συναγόμενης αυτοτέλειας του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG συνηγορούν επίσης τα εξής: από απόψεως οικονομίας, το άρθρο 26, παράγραφος 1, του TKG, το οποίο τονίζει

εξαντλητικώς ορισμένες ρυθμιστικές περιπτώσεις, δεν θα ήταν αναγκαίο αν το άρθρο 26, παράγραφος 2, του TKG επέβαλλε ή επέτρεπε τη διενέργεια ευρείας από κοινού εξέτασης. Το αυτοτελές πεδίο εφαρμογής του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG έχει νόημα μόνο στο πλαίσιο μιας βαθμιαίας εξέτασης.

β) Εντούτοις, ισχυρές ενδείξεις συνηγορούν *επίσης υπέρ* της ερμηνείας ότι η καθήs όφειλε να αποφανθεί σχετικά με την επιβολή υποχρεώσεων παροχής πρόσβασης στο πλαίσιο μιας «δέσμης στόχων». Είναι μεν αληθές ότι από το ιστορικό θέσπισης της εν λόγω διάταξης προκύπτει ότι η απάλειψη του όρου «ιδίως» αιτιολογήθηκε ως αποσκοπούσα να αποσαφηνίσει «την επικέντρωση της ρύθμισης της πρόσβασης σε επίπεδο χονδρικής στην εξάλειψη των προβλημάτων ανταγωνισμού στη λιανική αγορά». Ταυτόχρονα, όμως, η απάλειψη της λέξης «ιδίως» αιτιολογήθηκε επίσης με το ότι κατ' αυτόν τον τρόπο ελήφθη υπόψη η αντίστοιχη απάλειψη στο άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του EKHE. Η μνεία του εν λόγω άρθρου είναι ακατανόητη. Τούτο δε διότι το άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του EKHE μπορεί μεν να μην περιέχει τη λέξη «ιδίως», ωστόσο αρχίζει την απαρίθμηση των ρυθμιστικών περιπτώσεων, ακόμη και στο νυν ισχύον κείμενο [στην απόδοση στη γερμανική γλώσσα], με τις λέξεις «unter anderem wenn» [μεταξύ άλλων όταν] [Σ.τ.Μ.: στην απόδοση στην ελληνική γλώσσα, αντιθέτως, αναγράφεται «σε περιπτώσεις όπου»]. Ο εν λόγω τρόπος έναρξης της απαρίθμησης παρατηρείται και σε άλλες γλωσσικές αποδόσεις: στην ολλανδική («onder andere wanneer»), τη γαλλική («notamment lorsqu'elles») και την ιταλική («in particolare qualora»). Αντιθέτως, στην απόδοση στην αγγλική γλώσσα δεν υπάρχει ο ίδιος τρόπος έναρξης της απαρίθμησης («in situations when»). Το αν η απόδοση στην αγγλική γλώσσα μνημονεύθηκε» στη γερμανική αιτιολογική έκθεση του TKG ως η «ορθή απόδοση μπορεί μόνο να υποτεθεί. Κατά συνέπεια, το μόνο συμπέρασμα που μπορεί να συναχθεί από το ιστορικό θέσπισης του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG είναι ότι το ιστορικό αυτό εγείρει περισσότερα ερωτήματα από όσα απαντά. Πρωτίστως όμως: υπέρ της δεύτερης ως άνω άποψης μπορεί να προβληθεί ότι η νομολογία του Bundesverwaltungsgericht (Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου) σχετικά με τη δυνατότητα διαμόρφωσης μιας «δέσμης στόχων» στο πλαίσιο της εξέτασης του άρθρου 21, παράγραφος 1, του TKG του 2004 δεν βασίστηκε στο άρθρο 21, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, του TKG του 2004 και στην τότε εκεί περιλαμβανόμενη λέξη «ιδίως» στην έναρξη της απαρίθμησης, αλλά αντλήθηκε ευθέως από το άρθρο 21, παράγραφος 1, δεύτερη περίοδος, του TKG του 2004, το οποίο, με τις λέξεις «κατά την εξέταση» παρέπεμπε στην πρώτη περίοδο [αποφάσεις του BVerwG (Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου) της 21ης Σεπτεμβρίου 2018, 6 C 8.17, juris, σκέψη 43, και 6 C 50.16, σκέψεις 41 και 47]. Στη βάση αυτή, το άρθρο 26, παράγραφος 2, του TKG, το οποίο αρχίζει με τις ίδιες λέξεις όπως το άρθρο 21, παράγραφος 1, δεύτερη περίοδος, του TKG του 2004, μπορεί ενδεχομένως να εξακολουθήσει να ερμηνεύεται ως η διάταξη που καθορίζει το (ενιαίο και κοινό) πρόγραμμα εξέτασης. Ωστόσο, υπέρ της αντίθετης ερμηνείας μπορεί βεβαίως να υποστηριχθεί ότι πλέον το άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, του TKG, αντιθέτως προς το προϊσχύσαν άρθρο 21, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, του TKG του 2004, περιέχει (με βάση το γράμμα του) κατ' αρχάς το λεγόμενο

«κριτήριο της επάρκειας» στο άρθρο 26, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, του ΤΚΓ και ότι η εκεί προβλεπόμενη εξέταση, με γνώμονα τους σκοπούς του άρθρου 2 του ΤΚΓ, φαίνεται να αφορά αποκλειστικά και μόνο το κριτήριο αυτό. Ωστόσο, στη συνέχεια, το άρθρο 26, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, του ΤΚΓ μνημονεύει επίσης περαιτέρω στοιχεία στάθμισης, των οποίων η σχέση με το «κριτήριο της επάρκειας» δεν είναι αρκούντως σαφής, αφενός, και των οποίων η αυτοτελής σημασία (αν δεν ερμηνευθούν σε συνδυασμό με την πρώτη περίοδο, δεύτερη ημιπερίοδος) δεν καθίσταται ευκρινής, αφετέρου.

2. Λαμβανομένης υπόψη της δυνατότητας ερμηνείας σύμφωνα με την οδηγία, η έκβαση της ένδικης διαφοράς εξαρτάται από την επίλυση των τιθέμενων ζητημάτων. Αν θεωρηθεί ότι αντιβαίνει στα άρθρα 72 ή 73 του ΕΚΗΕ εθνική ρύθμιση και/ή η ερμηνεία της κατά την οποία, στο πλαίσιο της αυτεπάγγελτης εξέτασης του αναγκαίου χαρακτήρα της επιβολής από τη ρυθμιστική αρχή υποχρέωσης παροχής πρόσβασης σε τεχνικά έργα, μπορούν, πέραν των προϋποθέσεων του άρθρου 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ (δυσχέραση της δημιουργίας βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και αντίθεση προς το συμφέρον του τελικού χρήστη) να λαμβάνονται υπόψη και οι στόχοι του άρθρου 3 του ΕΚΗΕ και, ενδεχομένως, περαιτέρω στόχοι εξεταζόμενοι ως δέσμη, η προσφυγή της προσφεύγουσας θα ευδοκιμήσει (α). Εάν, αντιθέτως, θεωρηθεί ότι δεν αντιβαίνει στα άρθρα 72 ή 73 του ΕΚΗΕ εθνική ρύθμιση και/ή η ερμηνεία της κατά την οποία, στο πλαίσιο της αυτεπάγγελτης εξέτασης του αναγκαίου χαρακτήρα της επιβολής από τη ρυθμιστική αρχή υποχρέωσης παροχής πρόσβασης σε τεχνικά έργα, μπορούν, πέραν των προϋποθέσεων του άρθρου 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ (δυσχέραση της δημιουργίας βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και αντίθεση προς το συμφέρον του τελικού χρήστη) να λαμβάνονται υπόψη και οι στόχοι του άρθρου 3 του ΕΚΗΕ και, ενδεχομένως, περαιτέρω στόχοι εξεταζόμενοι ως δέσμη, η προσφυγή της προσφεύγουσας δεν θα ευδοκιμήσει (β).

α) Αν θεωρηθεί ότι αντιβαίνει στο άρθρο 72, παράγραφος 1, ή στο άρθρο 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ, σε συνδυασμό με το άρθρο 68, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ, εθνική ρύθμιση και/ή η ερμηνεία της κατά την οποία, στο πλαίσιο της αυτεπάγγελτης εξέτασης του αναγκαίου χαρακτήρα της επιβολής από τη ρυθμιστική αρχή υποχρέωσης παροχής πρόσβασης σε τεχνικά έργα, μπορούν, πέραν των προϋποθέσεων του άρθρου 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ (δυσχέραση της δημιουργίας βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και αντίθεση προς το συμφέρον του τελικού χρήστη) να λαμβάνονται υπόψη και οι στόχοι του άρθρου 3 του ΕΚΗΕ και, ενδεχομένως, περαιτέρω στόχοι εξεταζόμενοι ως δέσμη, η προσφυγή θα ευδοκιμήσει. Τούτο δε διότι το άρθρο 26, παράγραφοι 1 και 2, του ΤΚΓ θα πρέπει τότε να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι η καθής έπρεπε να είχε διενεργήσει μια «αρχική» εξέταση αποκλειστικά υπό το πρίσμα των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 26, παράγραφος 1, του ΤΚΓ («αν η άρνηση παροχής πρόσβασης θα δυσχέραινε τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη.»). Τούτο θα συνεπάγεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση ήταν ενδεχομένως παράνομη: αυτό μάλιστα θα ισχύει ανεξαρτήτως του

αν το ζήτημα της εξέτασης του αναγκαίου χαρακτήρα της επιβολής υποχρέωσης παροχής πρόσβασης τίθεται, κατ' αρχάς, μόνον «συνολικά» υπό την έννοια «οποιασδήποτε» υποχρέωσης παροχής πρόσβασης σύμφωνα με το άρθρο 3, σημείο 74, του TKG ή «συγκεκριμένα» σε σχέση με μία από τις μνημονευόμενες στο άρθρο 26, παράγραφος 3, του TKG εναλλακτικές δυνατότητες παροχής πρόσβασης. Τούτο προκύπτει ήδη από το γεγονός ότι, στην υπό κρίση υπόθεση, η καθής δεν μνημόνευσε τη διάταξη του νυν ισχύοντος άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG, αλλά τη διάταξη του προϊσχύσαντος άρθρου 21 του TKG, μολοντί έχουν επέλθει κρίσιμες τροποποιήσεις· αυτό και μόνο υποδηλώνει την ύπαρξη σφάλματος. Επίσης, στην υπό κρίση υπόθεση, η καθής ουδέποτε εξέτασε αυτοτελώς αν η μη παροχή πρόσβασης θα δυσχέραινε γενικότερα τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη. Οι «σποραδικές» εξετάσεις των εν λόγω χαρακτηριστικών τις οποίες διενήργησε η καθής δεν μπορούν να θεραπεύσουν την πλημμέλεια αυτή: το ότι στις σελίδες 106 επ. της προσβαλλόμενης απόφασης (μη εμπιστευτικό κείμενο) μνημονεύονται, στο πλαίσιο μιας «δέσμης στόχων», επίσης η προώθηση του ανταγωνισμού και η προστασία των συμφερόντων των καταναλωτών προδήλως δεν αρκεί για την πλήρωση των ως άνω ερμηνευόμενων απαιτήσεων του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG. Αφενός, δεν εξετάζεται αν η άρνηση χορήγησης πρόσβασης θα δυσχέραινε τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη· η «προώθηση» και/ή η «προστασία» ορισμένων συμφερόντων αποτελούν διαφορετικά κριτήρια από τη «δυσχέρανση» και/ή την «αντίθεση». Αφετέρου, εκτός από τα δύο προαναφερθέντα συμφέροντα, ελήφθησαν υπόψη και άλλα συμφέροντα. Το ίδιο ισχύει και για τις επισημάνσεις που εκτίθενται στις σ. 117, 119, 129 και 134 επ. της προσβαλλόμενης απόφασης (μη εμπιστευτικό κείμενο). Τα ανωτέρω συμπεράσματα δεν κλονίζονται ούτε σε περίπτωση που στο άρθρο 26, παράγραφος 1, του TKG αντικατασταθεί, στο πλαίσιο σύμφωνης προς το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας, η λέξη «και» με τη λέξη «ή» (όπως στο άρθρο 21, παράγραφος 1, του προϊσχύσαντος TKG). Τούτο δε διότι η καθής δεν εξέτασε επαρκώς ούτε το αν η άρνηση χορήγησης πρόσβασης θα δυσχέραινε τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου ούτε το αν η άρνηση αυτή δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη (βλ. ανωτέρω).

β) Εάν, αντιθέτως, θεωρηθεί ότι δεν αντιβαίνει στο άρθρο 72, παράγραφος 1, ή στο άρθρο 73 του ΕΚΗΕ εθνική ρύθμιση και/ή η ερμηνεία της κατά την οποία, στο πλαίσιο της αυτεπάγγελτης εξέτασης του αναγκαίου χαρακτήρα της επιβολής από τη ρυθμιστική αρχή υποχρέωσης παροχής πρόσβασης σε τεχνικά έργα, μπορούν, πέραν των προϋποθέσεων του άρθρου 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ (δυσχέρανση της δημιουργίας βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και αντίθεση προς το συμφέρον του τελικού χρήστη) να λαμβάνονται υπόψη και οι στόχοι του άρθρου 3 του ΕΚΗΕ και, ενδεχομένως, περαιτέρω στόχοι εξεταζόμενοι ως δέσμη, η προσφυγή της προσφεύγουσας δεν θα ευδοκιμήσει. Τούτο δε διότι το άρθρο 26, παράγραφοι 1 και 2, του TKG δεν θα πρέπει τότε να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι η καθής έπρεπε να είχε διενεργήσει μια «αρχική» εξέταση αποκλειστικά υπό το πρίσμα των

προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 26, παράγραφος 1, του TKG («αν η άρνηση παροχής πρόσβασης θα δυσχέρανε τη δημιουργία βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου και δεν θα ήταν προς το συμφέρον του τελικού χρήστη.»). Στην περίπτωση αυτή, η προσβαλλόμενη απόφαση θα είναι προδήλως νόμιμη, διότι υπό την εκδοχή αυτή θα επιτρεπόταν στην καθής να διενεργήσει –όπως και πράγματι έπραξε– «εξέταση δέσμης στόχων».

Το ότι η έκβαση της διαφοράς εξαρτάται από την επίλυση του εν λόγω ζητήματος δεν αναιρείται ούτε από το ότι η προσβαλλόμενη απόφαση θα έπρεπε να ακυρωθεί για άλλους λόγους. Στο μέτρο που η προσφεύγουσα προσέβαλε την απόφαση της Bundesnetzagentur (ομοσπονδιακής υπηρεσίας δικτύων) με άλλα επιχειρήματα πέραν όσων μόλις εκτέθηκαν, τα επιχειρήματα αυτά δεν φαίνεται ότι μπορούν να ευδοκιμήσουν (βλ. την διάταξη επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων).

IV.

Το τιθέμενο ζήτημα δεν μπορεί να επιλυθεί από το αιτούν δικαστήριο υπό την έννοια μιας «acte clair». Το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι η επίλυση του τιθέμενου ζητήματος δεν προκύπτει μεν άμεσα από το άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ (1) ούτε και από το άρθρο 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ (2). Ωστόσο, ο τρόπος με τον οποίο πρέπει να εφαρμοστεί η διάταξη του άρθρου 73, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ δεν είναι σαφής (3).

1. Το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι η επίλυση του τιθέμενου ζητήματος δεν προκύπτει άμεσα από το άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ. Τούτο οφείλεται αν μη τι άλλο στο ότι, κατά την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου, για την επιβολή υποχρέωσης παροχής πρόσβασης σε τεχνικά έργα κρίσιμη είναι κατ' αρχήν μόνον η διάταξη του άρθρου 72 του ΕΚΗΕ (*lex specialis*). Ωστόσο, από μια διαφορετική σκοπιά, το άρθρο 73 του ΕΚΗΕ δημιουργεί τρία προβλήματα σε σχέση με το τιθέμενο ζήτημα: αφενός, μεταξύ των διαφόρων γλωσσικών αποδόσεων της εν λόγω διάταξης υπάρχουν αποκλίσεις (α), αφετέρου, το περιεχόμενο του άρθρου 73, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ δεν είναι σαφές (β). Τέλος, προβληματική είναι η σχέση με το άρθρο 68, παράγραφος 4, στοιχείο γ', του ΕΚΗΕ (γ).

α) Αφενός, μεταξύ των διαφόρων γλωσσικών αποδόσεων του άρθρου 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ υπάρχουν αποκλίσεις όσον αφορά το τιθέμενο ζήτημα: τούτο δε διότι, μολονότι το άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ, στην απόδοσή του στη γερμανική γλώσσα, δεν περιέχει τη λέξη «ιδίως», ωστόσο αρχίζει την απαρίθμηση των ρυθμιστικών περιπτώσεων, ακόμη και στο νυν ισχύον κείμενο, με τις λέξεις «unter anderem wenn» [μεταξύ άλλων όταν] [Σ.τ.Μ.: στην απόδοση στην ελληνική γλώσσα, αντιθέτως, αναγράφεται «σε περιπτώσεις όπου»]. Ο εν λόγω τρόπος έναρξης της απαρίθμησης παρατηρείται και σε άλλες γλωσσικές αποδόσεις: στην ολλανδική («onder andere wanneer»), τη γαλλική («notamment lorsqu'elles») και την

ιταλική («in particolare qualora»). Αντιθέτως, στην απόδοση στην αγγλική γλώσσα δεν υπάρχει ο ίδιος τρόπος έναρξης της απαρίθμησης («in situations when»). Εντούτοις, τούτο δεν συμβαίνει στην περίπτωση του άρθρου 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ. Σε όλες τις κατανοητές από τα μέλη του τμήματος γλωσσικές αποδόσεις, η εν λόγω διάταξη έχει το ίδιο περιεχόμενο.

β) Αφετέρου, η διάταξη του άρθρου 73, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ εγείρει το ζήτημα αν από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι, εκτός από τα συμφέροντα που μνημονεύονται στο άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη και άλλα κρίσιμα για τη στάθμιση στοιχεία. Συναφώς, η διάταξη αυτή εγείρει κατ' αρχάς το ζήτημα αν το περιεχόμενό της εκτείνεται και πέραν του «κριτηρίου επάρκειας» ή όχι. Υπέρ του συμπεράσματος ότι περιλαμβάνει μόνον ένα «κριτήριο επάρκειας» συνηγορεί το ίδιο το γράμμα του άρθρου 73, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ, ενώ υπέρ του αντίθετου συμπεράσματος συνηγορούν τα κριτήρια που παρατίθενται στο άρθρο 73, παράγραφος 2, τρίτη περίοδος, στοιχεία δ', ε', στ' και η', του ΕΚΗΕ, όπου η συσχέτιση με ένα «κριτήριο επάρκειας» δεν είναι απολύτως προφανής. Οι αιτιολογικές σκέψεις 188 επ. της οδηγίας φαίνονται επίσης να συνηγορούν υπέρ του συμπεράσματος ότι η διάταξη δεν περιλαμβάνει μόνον το «κριτήριο επάρκειας» (ομοίως, εκ του αποτελέσματος, επίσης, Broemel, σε: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5η έκδοση 2023, Εισαγωγή Β, σημείο 30). Αν γίνει δεκτό ότι οι κανόνες του άρθρου 73, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη μόνο στο πλαίσιο του κριτηρίου επάρκειας, η διάταξη αυτή εγείρει επίσης το ζήτημα αν, πέραν των κριτηρίων που απαριθμούνται εκεί στο άρθρο 73, παράγραφος 2, τρίτη περίοδος, στοιχεία α' έως η', του ΕΚΗΕ, πρέπει επίσης να λαμβάνονται υπόψη οι στόχοι του άρθρου 3 του ΕΚΗΕ.

γ) Τέλος, προβληματική είναι η σχέση με το άρθρο 68, παράγραφος 4, στοιχείο γ', του ΕΚΗΕ. Κατά την εν λόγω διάταξη, οι υποχρεώσεις που επιβάλλονται σύμφωνα με το άρθρο 68 πρέπει είναι δικαιολογημένες, υπό το πρίσμα των στόχων που ορίζει το άρθρο 3 του ΕΚΗΕ· η διάταξη αυτή πρέπει να τηρείται και κατά την επιβολή των υποχρεώσεων που απορρέουν από το άρθρο 73 του ΕΚΗΕ (άρθρο 68, παράγραφος 2 και παράγραφος 3, πρώτο εδάφιο, καθώς και άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο). Βεβαίως, το άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, όπως και το άρθρο 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ, και αντιθέτως προς το άρθρο 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ, δεν περιέχει καμία αναφορά στους στόχους του άρθρου 3 του ΕΚΗΕ. Πρέπει, παρά την εν λόγω οικονομία, να λαμβάνονται υπόψη οι στόχοι του άρθρου 3 του ΕΚΗΕ ήδη κατά την εξέταση του αναγκαίου χαρακτήρα της επιβολής υποχρέωσης πρόσβασης; Ή έχει η οικονομία του άρθρου 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, και/ή του άρθρου 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ, σε σχέση με το άρθρο 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ, την έννοια ότι, στο πλαίσιο των δύο πρώτων ως άνω διατάξεων, οι στόχοι του άρθρου 3 του ΕΚΗΕ δεν πρέπει να περιλαμβάνονται στην εξέταση του αναγκαίου χαρακτήρα της επιβολής υποχρέωσης πρόσβασης. Μόνον αν, στο πρώτο αυτό στάδιο, γίνει δεκτός ο αναγκαίος χαρακτήρας της επιβολής υποχρέωσης πρόσβασης, θα πρέπει, σε δεύτερο στάδιο, να ληφθεί υπόψη το άρθρο 68, παράγραφος 4, στοιχείο γ', του ΕΚΗΕ κατά την εξέταση των συγκεκριμένων μέτρων.

2. Το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι η επίλυση του τιθέμενου ζητήματος δεν προκύπτει άμεσα ούτε από το άρθρο 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ. Τούτο δε διότι η εν λόγω διάταξη μπορεί να θεωρηθεί ότι προϋποθέτει το να αποτελούν τα τεχνικά έργα, με βάση την ανάλυση της αγοράς, μέρος της σχετικής αγοράς. Υπέρ της άποψης αυτής συνηγορούν η περιλαμβανόμενη στην εν λόγω διάταξη αναφορά στο άρθρο 68 του ΕΚΗΕ (ομοίως, Neumann, N&R 2019, 152 <158>) και η διάταξη του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ (*argumentum e contrario*). Τέτοια περίπτωση δεν συντρέχει εν προκειμένω. Επομένως, δεν ασκεί κατ' αρχήν επιρροή το ότι η διάταξη του άρθρου 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ, λαμβανομένου υπόψη του γράμματός της –σε όλες τις προαναφερθείσες γλωσσικές αποδόσεις τις οποίες κατανοούν τα μέλη του δικάζοντος τμήματος– περιέχει κλειστή και/ή εξαντλητική απαρίθμηση ρυθμιστικών περιπτώσεων, η οποία συνηγορεί υπέρ της μη νομιμότητας μιας «εξέτασης δέσμης στόχων». Ούτε είναι, επίσης, κρίσιμο ότι ακόμη και η σχέση του άρθρου 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ με το άρθρο 68, παράγραφος 4, στοιχείο γ', του ΕΚΗΕ –όπως και στην περίπτωση του άρθρου 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ– είναι ασαφής (IV 1 γ).

3. Κατά την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου, «*sedes materiae*» για την επίλυση του προβλήματος πρέπει να θεωρηθεί ότι είναι το άρθρο 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ. Με βάση το γράμμα της εν λόγω διάταξης (αναφορά στους σκοπούς του άρθρου 3 του ΕΚΗΕ), φαίνεται να δίδεται σαφής απάντηση στο τιθέμενο ζήτημα υπό την έννοια ότι, κατά την εξέταση του αναγκαίου χαρακτήρα της επιβολής υποχρέωσης παροχής πρόσβασης σε τεχνικά έργα τα οποία, βάσει της ανάλυσης της αγοράς, δεν αποτελούν μέρος της σχετικής αγοράς, οι εθνικές ρυθμιστικές αρχές δύνανται να εξετάζουν –εν πάση περιπτώσει επίσης– το αν η υποχρέωση είναι αναγκαία και αναλογική για την επίτευξη των στόχων του άρθρου 3· συναφώς, υφίσταται επίσης συγχρονισμός με το άρθρο 68, παράγραφος 4, στοιχείο γ', του ΕΚΗΕ. Ωστόσο, η εν λόγω διάταξη είναι και ως προς αυτό το σημείο μόνο φαινομενικά σαφής, διότι τόσο η σχέση με το άρθρο 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ (α) όσο και η σχέση με το άρθρο 73 του ΕΚΗΕ (β) είναι ασαφείς:

α) Κατ' αρχάς, ασαφής είναι ο τρόπος με τον οποίο πρέπει να νοηθεί η σχέση μεταξύ των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 72 του ΕΚΗΕ: αφενός, το άρθρο 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ, με βάση το γράμμα του, μπορεί να ερμηνευθεί, σε σχέση με το άρθρο 68 του ΕΚΗΕ, υπό την έννοια ότι αφορά μόνο επιχειρήσεις με σημαντική ισχύ στην αγορά σε μια ενδεχόμενη αγορά τεχνικών έργων (βλ. ανωτέρω). Τούτο θα συνεπάγεται ότι το άρθρο 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ θα μπορεί να νοηθεί ως διακριτή ρυθμιστική πράξη, με αυτοτελείς προϋποθέσεις, για τις περιπτώσεις ακριβώς κατά τις οποίες, όπως εν προκειμένω, δεν έχει ληφθεί ως βάση μια τέτοια αγορά. Ωστόσο, τούτο θα σημαίνει ότι υποχρεώσεις πρόσβασης όσον αφορά τεχνικά έργα θα μπορούν να επιβάλλονται στις επιχειρήσεις με σημαντική ισχύ σε αγορά τεχνικών έργων μόνον υπό αυστηρότερες προϋποθέσεις από ό,τι στις περιπτώσεις του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ· το νόημα μιας τέτοιας διαφοροποίησης δεν είναι, τουλάχιστον άμεσα, ευδιάκριτο. Αφετέρου, το άρθρο 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ μπορεί ενδεχομένως να

ερμηνευθεί επίσης υπό την έννοια ενός βασικού κανόνα, ο οποίος συγκεκριμενοποιείται με το άρθρο 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ απλώς και μόνο για μια ειδική περίπτωση. Υπέρ της εν λόγω ερμηνείας συνηγορεί το ότι το γράμμα του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΚΕ αναφέρεται σε «πρόσβαση κατά το παρόν άρθρο»: επομένως, φαίνεται να καθιερώνει την παροχή πρόσβασης υπό ενιαίες βασικές προϋποθέσεις, οπότε, με βάση την εν λόγω ερμηνεία, θα μπορούσε να συναχθεί ότι το άρθρο 72, παράγραφοι 1 και 2, του ΕΚΗΕ έχει ενιαίο περιεχόμενο.

β) Επιπλέον, δεν είναι σαφής ο τρόπος με τον οποίο πρέπει να νοηθεί η σχέση μεταξύ του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ και του άρθρου 73 του ΕΚΗΕ. Είναι δύσκολο να αποσαφηνιστεί εάν οι προϋποθέσεις του άρθρου 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ ισχύουν και για τα μέτρα του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ, όταν λαμβάνεται απόφαση στο πλαίσιο «δέσμης μέτρων» (αα). Περαιτέρω προβλήματα ανακύπτουν αν γίνει δεκτή η δυνατότητα «ενιαίας» ερμηνείας του άρθρου 72, παράγραφοι 1 και 2, του ΕΚΗΕ, όπως μόλις εκτέθηκε υπό IV 3 α (ββ).

αα) Δεν είναι σαφές αν οι προϋποθέσεις του άρθρου 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ εφαρμόζονται στα μέτρα του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ ακόμη και όταν λαμβάνεται απόφαση, όπως εν προκειμένω, στο πλαίσιο «δέσμης μέτρων». Βεβαίως, η απουσία των παραμέτρων εξέτασης «δυσχέραση της δημιουργίας βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς σε επίπεδο λιανικού εμπορίου ή αντίθεση στο συμφέρον του τελικού χρήστη», που περιλαμβάνονται στο άρθρο 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ, μπορεί κατ' αρχήν να εξηγηθεί –ακόμη και σε σχέση με το άρθρο 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ– ενδεχομένως από το ότι ο κοινοτικός νομοθέτης στηρίχτηκε στην παραδοχή ότι τα μέτρα που προβλέπονται στο άρθρο 73 και στο άρθρο 72 του ΕΚΗΕ επιβάλλονται στο πλαίσιο μιας «δέσμης μέτρων» και, ως εκ τούτου, οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ περιορισμοί ισχύουν και για την επιβολή υποχρεώσεων βάσει του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ· τούτο θα έχει ως αποτέλεσμα τον «συγχρονισμό» των προϋποθέσεων του άρθρου 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, και του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ. Υπέρ της ερμηνείας αυτής θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι συνηγορεί και το άρθρο 73, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, του ΕΚΗΕ, όπως φαίνεται να ήταν και η αντίληψη του Γερμανού νομοθέτη. Τούτο θα έχει ως αποτέλεσμα οι δυσχέρειες ερμηνείας του άρθρου 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ (IV 1.) να έχουν επίσης «αντίκτυπο» και στην ερμηνεία του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ.

Ωστόσο, από το γράμμα των ανωτέρω διατάξεων δεν προκύπτει η εν λόγω ερμηνεία υπέρ της εξέτασης στο πλαίσιο μιας «δέσμης μέτρων» –με συνέπεια την υιοθέτηση των προϋποθέσεων του άρθρου 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, κατά την εφαρμογή του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ. Αντιθέτως, υπέρ της μη αποδοχής του «συγχρονισμού» των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 72, παράγραφος 2, και των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 73 του ΕΚΗΕ συνηγορεί το ότι η διατύπωση του άρθρου 73, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο,

του ΕΚΗΕ, και ιδίως οι εκεί χρησιμοποιούμενοι στην απόδοση στη γερμανική γλώσσα όροι «επιβολή υποχρεώσεων [...] από μόνη της» (bloße Auferlegung) υποδηλώνουν ότι ο νομοθέτης της Ένωσης έχει κρίνει ότι η υποχρέωση παροχής πρόσβασης στην περίπτωση των τεχνικών έργων είναι κατ' αρχήν χαμηλότερης έντασης· υπέρ της εν λόγω ερμηνείας συνηγορεί και η αιτιολογική σκέψη 187 του ΕΚΗΕ (βλ. Neumann, N&R 2016, 262 <267> και N&R 2018, 204 <206 επ.>· Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Εάν το συμπέρασμα αυτό ευσταθεί, θα συνηγορεί υπέρ της αποδοχής της ισχύος ηπιότερων –και όχι συγχρονισμένων– προϋποθέσεων κατά την εφαρμογή του άρθρου 72, παράγραφος 2, του ΕΚΗΕ.

ββ) Περαιτέρω προβλήματα ανακύπτουν αν γίνει δεκτή η «ενιαία» ερμηνεία του άρθρου 72, παράγραφοι 1 και 2, του ΕΚΗΕ, όπως μόλις εκτέθηκε υπό IV 3 α. Συγκεκριμένα, από την εξέταση της σχέσης του άρθρου 72, παράγραφος 1, με το άρθρο 73 του ΕΚΗΕ προκύπτει ότι το άρθρο 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ – ενδεχομένως ανάλογα με τις γλωσσικές αποδόσεις του άρθρου 73 του ΕΚΗΕ– διατυπώνει ένα στενότερο πρόγραμμα εξέτασης από ό,τι το άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ. Εντούτοις, η ύπαρξη του άρθρου 73, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, του ΕΚΗΕ υποδηλώνει ότι ο νομοθέτης της Ένωσης έκρινε την υποχρέωση παροχής πρόσβασης όσον αφορά τα τεχνικά έργα ως κατ' αρχήν χαμηλότερης έντασης (βλ. ανωτέρω). Τούτο όμως μπορεί να θεωρηθεί ότι προσκρούει στο άρθρο 72, παράγραφος 1, του ΕΚΗΕ, το οποίο διατυπώνει τις συναφώς εφαρμοστέες ρυθμιστικές περιπτώσεις στενότερα από ό,τι το άρθρο 73, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του ΕΚΗΕ –στην απόδοση στη γερμανική γλώσσα, βλ. ανωτέρω–, μη επιτρέποντας, ειδικότερα, ενδεχομένως τη στάθμιση περαιτέρω συμφερόντων. Ενδεικτικό είναι ότι στο πλαίσιο του άρθρου 73, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, του ΕΚΗΕ δεν εξετάζεται το αν η επιβολή υποχρεώσεων βάσει του άρθρου 72 του ΕΚΗΕ από μόνη της αποτελεί αναλογικό μέσο για να αποφευχθεί «η δυσχέραση της δημιουργίας βιώσιμης ανταγωνιστικής αγοράς», αλλά το αν η προβλεπόμενη στο άρθρο 72 του ΕΚΗΕ υποχρέωση αποτελεί αναλογικό μέσο για «να προωθηθούν ο ανταγωνισμός και τα συμφέροντα του τελικού χρήστη». Το αν κάτι δυσχεραίνεται και το αν κάτι απλώς προωθείται συνιστούν δύο διαφορετικά μεταξύ τους κριτήρια.

[παραλειπόμενα]