

Sprawa C-327/24 [Lolach]ⁱ

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Data wpływu:

3 maja 2024 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Verwaltungsgericht Köln (Niemcy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

2 maja 2024 r.

Strona skarżąca:

Telekom Deutschland GmbH

Druga strona postępowania:

Republika Federalna Niemiec

Verwaltungsgericht Köln (sąd administracyjny w Kolonii, Niemcy)

Postanowienie

[...]

W postępowaniu sądowoadministracyjnym

Telekom Deutschland GmbH, [...] Bonn,

strona skarżąca,

[...]

p r z e c i w k o

Republice Federalnej Niemiec [...],

ⁱ Niniejszej sprawie została nadana fikcyjna nazwa. Nie odpowiada ona rzeczywistej nazwie ani rzeczywistemu nazwisku żadnej ze stron postępowania.

druga strona postępowania,

w przedmiocie prawa telekomunikacyjnego

21. izba Verwaltungsgericht Köln (sądu administracyjnego w Kolonii)

w dniu 2 maja 2024 r.

[...]

wydała następujące postanowienie:

Postępowanie zostaje zawieszono.

Do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej kieruje się następujące pytanie w ramach postępowania prejudycjalnego na podstawie art. 267 TFUE:

Czy wykładni art. 72 i 73 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. należy dokonywać w ten sposób, że krajowe organy regulacyjne, badając, czy należy nałożyć obowiązek udzielenia dostępu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej, które według analizy rynku nie stanowią elementu rynku właściwego,

badają *wyłącznie*, czy nienałożenie tego obowiązku uniemożliwiłoby powstanie trwale konkurencyjnego rynku lub nie leżałoby w interesie użytkowników końcowych,

czy też

przy badaniu nałożenia obowiązku udzielenia dostępu do takich obiektów poza wskazanymi przesłankami *równorzędnie* w ramach „zespołu celów” można uwzględnić także dalsze cele, o których mowa w art. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r., oraz ew. inne cele?

Uzasadnienie

I.

Spór dotyczy w istocie kwestii zgodności z prawem nałożenia na stronę skarżącą obowiązków udzielenia dostępu.

W dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. (zwanej dalej „dyrektywą 2018/1972”) nakładanie obowiązków udzielenia dostępu uregulowano w art. 72 i 73 w następujący sposób według niemieckiej wersji językowej (w odniesieniu do art. 73 istnieją w każdym razie wersje językowe zawierające rozbieżności):

Artykuł 72

Dostęp do obiektów inżynierii lądowej i wodnej

1. Krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć na przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 68, obowiązek uwzględnienia uzasadnionych wniosków o dostęp i użytkowanie obiektów inżynierii lądowej i wodnej, w tym, ale nie tylko, budynków, wejść do budynków, okablowania budynków, anten, wież i innych konstrukcji nośnych, słupów, masztów, kanałów kablowych, przewodów, studzienek rewizyjnych, studzienek włączonych i szafek ulicznych, jeżeli po rozważeniu analizy rynku krajowy organ regulacyjny uzna, że odmowa przyznania dostępu lub ustanowienie nieracjonalnych warunków mających podobny skutek uniemożliwiłyby powstanie trwale konkurencyjnego rynku i nie leżałyby w interesie użytkowników końcowych.

2. Krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć na przedsiębiorstwa obowiązek zapewnienia dostępu zgodnie z niniejszym artykułem, niezależnie od tego, czy według analizy rynku składniki aktywów, których dotyczy ten obowiązek, stanowią element rynku właściwego, jednak pod warunkiem że obowiązek ten jest proporcjonalny i konieczny, aby osiągnąć cele określone w art. 3.

Artykuł 73

Obowiązki związane z dostępem i użytkowaniem specyficznych elementów sieci i urządzeń towarzyszących

1. Krajowy organ regulacyjny może nałożyć na przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 68, obowiązek uwzględnienia uzasadnionych wniosków o dostęp i użytkowanie specyficznych elementów sieci oraz do urządzeń towarzyszących, w szczególności jeżeli krajowe organy regulacyjne uznają, że odmowa przyznania dostępu lub ustanowienie nierozsądnych zasad i warunków mających podobny skutek uniemożliwiłyby powstanie trwale konkurencyjnego rynku detalicznego i nie leżałyby w interesie użytkowników końcowych.

Krajowe organy regulacyjne mogą wymagać od przedsiębiorstw między innymi:

- a) przyznawania osobom trzecim dostępu do i użytkowania konkretnych fizycznych elementów sieci i urządzeń towarzyszących, w stosownych przypadkach, w tym uwolnionego dostępu do pętli i podpętli lokalnej;
- b) przyznawania osobom trzecim dostępu do określonych aktywnych lub wirtualnych elementów lub usług sieciowych;

- c) negocjowania w dobrej wierze z przedsiębiorstwami ubiegającymi się o dostęp;
- d) niewycofywania dostępu do urządzeń, jeżeli taki dostęp został już przyznany;
- e) oferowania określonych usług hurtowo celem ich odsprzedaży osobom trzecim;
- f) przyznania otwartego dostępu do technicznych interfejsów, protokołów albo innych kluczowych technologii niezbędnych do zapewnienia interoperacyjności usług albo wirtualnych usług sieciowych;
- g) zapewnienia kolokacji lub innych form współużytkowania urządzeń towarzyszących;
- h) świadczenia szczególnych usług niezbędnych dla zapewnienia użytkownikom interoperacyjności usług typu koniec–koniec lub usług roamingu w sieciach ruchomych;
- i) zapewnienia dostępu do systemów wsparcia operacyjnego albo podobnych systemów programowych niezbędnych dla zapewnienia uczciwej konkurencji przy świadczeniu usług;
- j) zapewnienia wzajemnych połączeń pomiędzy sieciami albo urządzeniami sieciowymi;
- k) zapewnienia dostępu do usług towarzyszących, takich jak usługi identyfikacji, lokalizacji i sygnalizowania obecności.

Krajowe organy regulacyjne mogą obwarować powyższe obowiązki warunkami dotyczącymi uczciwości, zasadności i terminowości.

(2) Rozważając stosowność nałożenia dowolnego z ewentualnych szczegółowych obowiązków, o których mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, a zwłaszcza oceniając – zgodnie z zasadą proporcjonalności – czy i w jaki sposób należy nałożyć te obowiązki, krajowe organy regulacyjne analizują, czy inne formy dostępu do produktów hurtowych na tym samym lub powiązanim rynku hurtowym nie wystarczyłyby, aby w interesie użytkowników końcowych zaradzić stwierdzonemu problemowi. Ocena ta obejmuje komercyjne oferty dostępu, dostęp regulowany na podstawie art. 61 lub istniejący lub planowany dostęp regulowany do innych produktów hurtowych na podstawie niniejszego artykułu. Krajowe organy regulacyjne biorą pod uwagę w szczególności następujące elementy:

- a) techniczną i ekonomiczną opłacalność użytkowania lub instalacji konkurencyjnych urządzeń, mając na uwadze tempo rozwoju rynku

oraz rodzaj danych wzajemnych połączeń lub dostępu, w tym możliwość zastosowania innych rozwiązań dotyczących dostępu do sieci, takich jak dostęp do kanałów;

b) oczekiwany rozwój technologiczny mający wpływ na projektowanie sieci i zarządzanie nimi;

c) potrzebę zapewnienia neutralności technologicznej umożliwiającej zainteresowanym stronom projektowanie ich własnych sieci i zarządzanie nimi;

d) możliwość zapewnienia oferowanego dostępu, mając na uwadze dostępną przepustowość;

e) wstępną inwestycję właściciela urządzenia, przy uwzględnieniu wszelkich poczynionych inwestycji publicznych i ryzyka związanego z inwestycją, ze szczególnym uwzględnieniem inwestycji w sieci o bardzo dużej przepustowości oraz poziomów ryzyka związanego z tymi sieciami;

f) potrzebę ochrony konkurencji w długoterminowej perspektywie, ze szczególnym uwzględnieniem efektywnej ekonomicznie konkurencji opartej na infrastrukturze oraz innowacyjnych modeli biznesowych wspierających zrównoważoną konkurencję, takich jak modele oparte na wspólnych inwestycjach w sieci;

g) w zależności od okoliczności ewentualne odpowiednie prawa własności intelektualnej;

h) świadczenie usług ogólnoeuropejskich.

W przypadku gdy krajowy organ regulacyjny rozważa, zgodnie z art. 68, nałożenie obowiązków na podstawie art. 72 lub niniejszego artykułu, analizuje on, czy samo nałożenie obowiązków zgodnie z art. 72 byłoby proporcjonalnym środkiem służącym promowaniu konkurencji i interesów użytkownika końcowego.

(3) Nakładając na przedsiębiorstwa obowiązek zapewnienia dostępu zgodnie z niniejszym artykułem, krajowe organy regulacyjne mogą określić warunki techniczne lub operacyjne, które podmiot zapewniający ten dostęp lub podmioty z niego korzystające będą musiały spełnić, w przypadku gdy jest to niezbędne do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania sieci. Obowiązki przestrzegania szczególnych norm lub specyfikacji technicznych muszą być zgodne z normami i specyfikacjami określonymi zgodnie z art. 39.

Niemiecki ustawodawca dokonał transpozycji obu tych przepisów w jednym przepisie, zawartym w § 26 Telekommunikationsgesetz (ustawy

telekomunikacyjnej, Niemcy; zwanej dalej „TKG”) z dnia 23 czerwca 2021 r., w brzmieniu z dnia 10 września 2021 r., w chwili istotnej dla niniejszego postępowania ostatnio zmienionym ustawą z dnia 20 lipca 2022 r. (BGBl. I s. 1166), w następujący sposób:

§ 26 Obowiązki udzielenia dostępu

(1) Bundesnetzagentur (agencja ds. sieci, Niemcy; zwana dalej „Bundesnetzagentur”) może nałożyć na przedsiębiorstwo posiadające znaczącą pozycję na rynku obowiązek udzielenia innym przedsiębiorstwom dostępu, jeżeli w przeciwnym razie uniemożliwiono by powstanie trwale konkurencyjnego rynku detalicznego i nie leżałoby to w interesie użytkowników końcowych.

(2) Badając, czy i jakie obowiązki udzielenia dostępu w rozumieniu ustępu 1 są uzasadnione oraz czy są one proporcjonalne do celów, o których mowa w § 2, Bundesnetzagentur sprawdza, czy

1. już nałożone obowiązki w rozumieniu niniejszej części lub obowiązki w rozumieniu niniejszej części, które mają zostać nałożone w najbliższym czasie, lub już zawarte lub oferowane komercyjne umowy w sprawie dostępu na odnośnym lub powiązanim rynku hurtowym oraz

2. samo nałożenie obowiązków, o których mowa w ust. 3 pkt 10,

będą wystarczające do zapewnienia celów wymienionych w § 2. Bundesnetzagentur uwzględnia przy tym w szczególności:

1. techniczną i ekonomiczną opłacalność użytkowania lub instalacji konkurencyjnych urządzeń, mając na uwadze tempo rozwoju rynku oraz rodzaj danych wzajemnych połączeń lub dostępu, w tym możliwość zastosowania innych rozwiązań dotyczących dostępu do sieci;

2. możliwość zapewnienia proponowanego dostępu, mając na uwadze dostępną przepustowość;

3. wstępną inwestycję właściciela urządzenia, przy uwzględnieniu wszelkich poczynionych inwestycji publicznych i ryzyka związanego z inwestycją, ze szczególnym uwzględnieniem ryzyka związanego z inwestycjami w sieci o bardzo dużej przepustowości;

4. konieczność ochrony konkurencji w długoterminowej perspektywie, ze szczególnym uwzględnieniem efektywnej ekonomicznie konkurencji opartej na infrastrukturze oraz innowacyjnych modeli biznesowych;

5. odpowiednie prawa własności intelektualnej;
6. świadczenie usług w całej Unii oraz
7. oczekiwany rozwój technologiczny mający wpływ na projektowanie sieci i zarządzanie nimi.

(3) Z zastrzeżeniem ustępu 1 Bundesnetzagentur może wymagać od przedsiębiorstw posiadających znaczącą pozycję na rynku między innymi:

1. przyznawania dostępu do konkretnych fizycznych elementów sieci i urządzeń towarzyszących, w tym fizycznie uwolnionego dostępu do pętli;
2. niewycofywania dostępu do urządzeń, jeżeli taki dostęp został już przyznany;
3. przyznawania dostępu do określonych aktywnych lub wirtualnych elementów lub usług sieciowych, w tym wirtualnie uwolnionego dostępu szerokopasmowego;
4. świadczenia szczególnych usług niezbędnych dla zapewnienia użytkownikom interoperacyjności usług typu koniec–koniec lub usług roamingu w sieciach ruchomych;
5. zapewnienia dostępu do systemów wsparcia operacyjnego albo podobnych systemów programowych niezbędnych dla zapewnienia konkurencji opartej na równych szansach przy świadczeniu usług, przy zapewnieniu efektywności istniejących urządzeń;
6. zapewnienia dostępu do usług towarzyszących, takich jak usługi identyfikacji, lokalizacji i sygnalizowania obecności;
7. umożliwienia wzajemnych połączeń pomiędzy publicznymi sieciami telekomunikacyjnymi;
8. przyznania otwartego dostępu do technicznych interfejsów, protokołów albo innych kluczowych technologii niezbędnych do zapewnienia interoperacyjności usług albo usług w zakresie wirtualnych sieci telekomunikacyjnych;
9. umożliwienia kolokacji lub innych form współużytkowania urządzeń towarzyszących, a także zapewnienia podmiotom ubiegającym się o dostęp lub ich zleceniobiorcom w dowolnym momencie dostępu do tych urządzeń oraz
10. zapewnienia dostępu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej, w tym, ale nie tylko, budynków, wejść do budynków, okablowania budynków, anten, wież i innych konstrukcji nośnych, słupów,

masztów, kanałów kablowych, przewodów, studzienek rewizyjnych, studzienek włazowych i szafek ulicznych, również wtedy, kiedy nie są one częścią właściwego merytorycznie rynku w rozumieniu § 10, jeżeli nałożenie obowiązku udzielenia dostępu jest potrzebne i odpowiednie w odniesieniu do problemu stwierdzonego w analizie rynku zgodnie z § 11.

(4) Jeżeli dane przedsiębiorstwo wykaże, że skorzystanie z usługi zagrażałoby utrzymaniu integralności sieci lub bezpieczeństwu działania sieci, Bundesnetzagentur nie nakłada odnośnego obowiązku udzielenia dostępu lub nakłada go w innej postaci. Utrzymanie integralności sieci i bezpieczeństwo działania sieci należy oceniać w świetle obiektywnych kryteriów.

(5) Nakładając na przedsiębiorstwo obowiązek zapewnienia dostępu, Bundesnetzagentur może określić warunki techniczne lub operacyjne, które podmiot zapewniający ten dostęp lub podmioty z niego korzystające będą musiały spełnić, w przypadku gdy jest to niezbędne do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania sieci telekomunikacyjnej. Obowiązki przestrzegania szczególnych norm lub specyfikacji technicznych muszą być zgodne z normami i specyfikacjami określonymi zgodnie z art. 39 dyrektywy 2018/1972.

(6) W ramach wywiązywania się z obowiązków udzielenia dostępu należy dopuścić możliwości skorzystania z usług dostępu oraz możliwości współpracy między przedsiębiorstwami uprawnionymi do dostępu, chyba że dane przedsiębiorstwo w konkretnym przypadku wykaże, że możliwość skorzystania z usług lub współpraca z przyczyn technicznych nie jest możliwa lub jest możliwa jedynie w ograniczonym zakresie.

II.

Strona skarżąca to przedsiębiorstwo, które oferuje usługi telekomunikacyjne i w tym kontekście w ramach określenia rynku z dnia 10 października 2019 r. zostało wymienione jako przedsiębiorstwo posiadające znaczącą pozycję rynkową na jednolitym rynku właściwym rzeczowo w odniesieniu do dostępu do przewodu pętli lokalnej w sieci stacjonarnej. Rynek w odniesieniu do dostępu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej *nie* był jednak przedmiotem określenia rynku.

W konsekwencji decyzją z dnia 21 lipca 2022 r. Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (federalna agencja ds. sieci energii elektrycznej, gazu, telekomunikacji, poczty i kolei, Niemcy; zwana dalej „Bundesnetzagentur”), będąca przedstawicielem drugiej strony postępowania, zobowiązała stronę skarżącą między innymi do:

„1.1.: Zapewnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do istniejących w chwili złożenia wniosku o udzielenie dostępu kanałów kablowych oraz masztów i systemów nośnych linii naziemnych w celu budowy i eksploatacji

sieci stacjonarnych o bardzo dużej przepustowości lub dostępu do przewodu pętli lokalnej przy rozgałęźniku lub wielousługowym węźle dostępowym MSAN (pkt 1.2 lub 1.3) w ramach istniejącej przepustowości, przy czym (strona skarżąca) może utrzymywać odpowiednią rezerwę eksploatacyjną i w pierwszej kolejności zaspokajać własne potrzeby. W zakresie, w jakim dostęp nie służy dostępowi do przewodu pętli lokalnej, obowiązek świadczenia oraz związane z nim dalsze obowiązki, o których mowa w pkt 2, 4 i 5, zaczynają znajdować zastosowanie w dniu 1 stycznia 2024 r.

1.2. Zapewnienia innym przedsiębiorstwom fizycznie uwolnionego dostępu do miedzianego przewodu pętli lokalnej przy przełącznicy głównej lub w punkcie położonym bliżej jednostki pętli lokalnej niż przełącznicy głównej (w szczególności rozgałęźniku kablowym lub końcowym – APL), chyba że może lub musi odmówić dostępu w świetle postanowień załącznika 1 – Odmowa dostępu do pętli lokalnej poza obszarem znajdującym się blisko przełącznicy głównej – oraz załącznika 2 – Odmowa dostępu do pętli lokalnej w obszarze znajdującym się blisko przełącznicy głównej – do niniejszego punktu [...]”.

Tytułem uzasadnienia Bundesnetzagentur (federalna agencja ds. sieci) podnosi między innymi, co następuje:

„Obowiązki udzielenia dostępu

Izba wydająca decyzję [...] utrzymała lub zmieniła nałożone na (stronę skarżącą) obowiązki udzielenia dostępu na rynku będącym przedmiotem niniejszego postępowania na mocy decyzji regulacyjnej BK3g-09/085 z dnia 21 marca 2011 r. (w brzmieniu nadanym decyzją regulacyjną BK3g-15/004 z dnia 1 września 2016 r.) w następującym zakresie:

1. Zakres badania przesłanek w świetle § 26 TKG

Nałożenie obowiązków udzielenia dostępu wynika z § 26 TKG.

W myśl § 26 ust. 1 zdanie pierwsze TKG Bundesnetzagentur może nakładać na operatorów publicznych sieci komunikacyjnych, posiadających znaczącą pozycję na rynku obowiązek udzielenia dostępu innym przedsiębiorstwom wraz z uwolnieniem odpowiadającym wnioskowi o udzielenie dostępu, w szczególności jeżeli w przeciwnym razie uniemożliwiono by na niższym szczeblu powstanie trwale konkurencyjnego rynku detalicznego lub nie leżałoby to w interesie użytkowników końcowych. Badając, czy i jakie obowiązki udzielenia dostępu są uzasadnione oraz czy są one proporcjonalne do celów regulacyjnych, o których mowa w § 2 TKG, Bundesnetzagentur uwzględniła w szczególności kryteria wymienione w § 26 ust. 2 zdanie drugie pkt 1–7 TKG. Z przytoczonej normy i zawartego w niej odesłania do celów (i zasad) regulacyjnych w rozumieniu § 2 TKG wynika, że nakładane środki mają realizować szeroki zespół celów i jednocześnie spełniać określone warunki brzegowe [zob. w przedmiocie § 21 TKG

z 2004 r. wyrok Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego, Niemcy) z dnia 21 września 2018 r., 6 C 50/16, pkt 48; wyrok Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego) z dnia 21 września 2018 r., 6 C 8/17, BVerwGE 163, 181–232, pkt 51]. Zespół celów istotny w niniejszym kontekście składa się z czterech celów podstawowych, które w części wykazują różne dalsze zniuansowania.

Pierwszy cel podstawowy to zapewnienie łączności oraz promowanie dostępu do sieci o bardzo dużej przepustowości i korzystania z tych sieci przez wszystkich obywateli i wszystkie przedsiębiorstwa (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 2 pkt 1 TKG). Drugi cel podstawowy to promowanie konkurencji. Przedmiotem zainteresowania jest tu w szczególności konkurencja na rynku detalicznym (§ 26 ust. 1 TKG). Promowane powinny być trwale konkurencyjne rynki telekomunikacyjne oraz związane z nimi inwestycje infrastrukturalne i innowacje (§ 26 ust. 1; § 26 ust. 2 zdanie drugie pkt 4; § 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 2 pkt 2, § 2 ust. 2 pkt 3 lit. e) i § 2 ust. 3 pkt 4 TKG). Konkurencja ma być poza tym oparta na równych szansach (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 i § 2 ust. 3 pkt 2 TKG). W ramach promowania konkurencji należy odpowiednio uwzględnić zarówno interesy obszarów wiejskich (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 in fine TKG), jak i różnorodne warunki związane z konkurencją, które występują w różnych obszarach geograficznych Republiki Federalnej Niemiec (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 3 pkt 5 wariant drugi TKG). W świetle trzeciego celu podstawowego należy dbać o interesy użytkowników, a w szczególności o interesy konsumentów w obszarze telekomunikacji (§ 26 ust. 1 in fine; § 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 2 pkt 3 TKG). Należy dążyć do maksymalnych korzyści dla użytkowników pod względem możliwości wyboru, cen i jakości (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 2 pkt 3 lit. b) TKG). Interesy użytkowników i konsumentów należy wspierać w szczególności poprzez zapewnienie ponownie łączności, szerokiej dostępności oraz przyśpieszonej rozbudowy sieci o bardzo dużej przepustowości oraz promowanie ich wykorzystywania (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 2 pkt 1 i § 2 ust. 2 pkt 3a TKG). Należy ponadto zapewnić równe warunki życia na obszarach miejskich i wiejskich (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 2 pkt 3b TKG). Również tutaj należy odpowiednio uwzględnić różnorodne warunki związane z konsumentami, które występują na różnych obszarach geograficznych Republiki Federalnej Niemiec (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 3 pkt 5 wariant trzeci TKG). Po czwarte, należy wspierać rozwój rynku wewnętrznego Unii Europejskiej (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 2 pkt 4 TKG). Zalicza się do tego również świadczenie usług ogólnoeuropejskich (§ 26 ust. 2 zdanie drugie pkt 6 TKG).

W ramach realizacji wymienionego zespołu celów należy przestrzegać różnych warunków brzegowych. Paragraf 2 ust. 3 TKG stanowi ogólnie, że

Bundesnetzagentur, realizując cele określone w ust. 2, stosuje obiektywne, przejrzyste, niedyskryminujące i proporcjonalne zasady regulacyjne. Zasady te doprecyzowano dodatkowo w § 2 ust. 3 oraz w § 26 ust. 2 zdanie drugie TKG. W ramach badania niezbędności należy uwzględnić w szczególności techniczną i ekonomiczną opłacalność użytkowania lub instalacji konkurencyjnych urządzeń, mając na uwadze tempo rozwoju rynku (§ 26 ust. 2 zdanie drugie pkt 1 TKG), a także kwestię tego, czy już nałożone obowiązki w rozumieniu części drugiej TKG lub już zawarte lub oferowane komercyjne umowy w sprawie dostępu na odnośnym lub powiązanim rynku hurtowym (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze pkt 1 TKG) i samo nałożenie obowiązków udzielenia dostępu w odniesieniu do kanałów kablowych oraz masztów i systemów nośnych przewodów naziemnych (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze pkt 2 TKG) będą wystarczające do zapewnienia realizacji celów regulacyjnych wymienionych w § 2 TKG (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze TKG).

Badając odpowiedniość należy wziąć pod uwagę prawa podstawowe do wolności wyboru zawodu [art. 12 ust. 1 Grundgesetz (ustawy zasadniczej, Niemcy; zwanej dalej „GG”)] oraz do ochrony własności (art. 14 ust. 1 GG) zainteresowanej strony. Dotyczy to w szczególności możliwości zapewnienia dostępu przy uwzględnieniu dostępnej przepustowości (§ 26 ust. 2 zdanie drugie pkt 2 TKG) oraz w odniesieniu do wstępnych inwestycji właściciela urządzenia przy uwzględnieniu wszelkich poczynionych inwestycji publicznych i ryzyka związanego z inwestycją (§ 26 ust. 2 zdanie drugie pkt 3 TKG), a także ogólnie przy uwzględnieniu związanego z inwestycją ryzyka inwestującego przedsiębiorstwa i w ramach współpracy inwestorów i podmiotów ubiegających się u nich o dostęp (§ 26 ust. 1 zdanie pierwsze in fine; § 26 ust. 2 zdanie drugie pkt 4; § 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 zdanie pierwsze i § 2 ust. 3 pkt 4 TKG). Ponadto znaczenie mogą mieć zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa. Itak na przykład Bundesnetzagentur ma promować przewidywalność regulacyjną, utrzymując spójne podejście regulacyjne przez odpowiednio długie okresy (§ 26 ust. 2 zdanie pierwsze w związku z § 2 ust. 3 pkt 1 TKG). W poszczególnych przypadkach istotne mogą być również wpływ na inne dobra prawne takie jak prawa własności intelektualnej i świadczenie usług ogólnoeuropejskich (§ 26 ust. 2 zdanie drugie pkt 5 i 6 TKG), a także zainteresowanie utrzymaniem integralności sieci i bezpieczeństwem eksploatacji sieci (§ 26 ust. 4 i 5 TKG)”.

W świetle tego kryterium Bundesnetzagentur zbadała poniżej nałożenie wymienionych wyżej obowiązków udzielenia dostępu, w tym również obowiązek udzielenia dostępu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej.

W dniu 19 sierpnia 2022 r. strona skarżąca wniosła do sądu odsyłającego skargę na tę decyzję Bundesnetzagentur z dnia 21 lipca 2022 r., żądając między innymi:

„1. uchylenia decyzji drugiej strony postępowania z dnia 21 lipca 2022 r. (BK3i-19/020) w części w zakresie, w jakim na stronę skarżącą nakłada się następujące obowiązki:

a) obowiązek zapewnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do kanałów kablowych oraz masztów i systemów nośnych przewodów naziemnych w celu rozbudowy i eksploatacji sieci stacjonarnych o bardzo dużej przepustowości, o którym to obowiązku mowa w pkt 1.1 sentencji;

tytułem ewentualnym w odniesieniu do lit. a),

b) obowiązek zapewnienia innym przedsiębiorstwom dostępu również do takich kanałów kablowych oraz masztów i systemów nośnych przewodów naziemnych w celu rozbudowy i eksploatacji sieci stacjonarnych o bardzo dużej przepustowości, które strona skarżąca zbudowało ostatnio w celu budowy swojej sieci FTTB/H, o którym to obowiązku mowa w pkt 1.1 sentencji,

ponadto tytułem ewentualnym w odniesieniu do lit. a) i b),

c) obowiązek zapewnienia innym przedsiębiorstwom dostępu również do takich kanałów kablowych oraz masztów i systemów nośnych przewodów naziemnych w celu rozbudowy i eksploatacji sieci stacjonarnych o bardzo dużej przepustowości, które zostały ukończone mniej niż siedem lat temu, o którym to obowiązku mowa w pkt 1.1 sentencji;

d) obowiązek publikacji oferty standardowej w zakresie usług dostępu do kanałów kablowych oraz masztów i systemów nośnych przewodów naziemnych w celu rozbudowy i eksploatacji sieci stacjonarnych o bardzo dużej przepustowości, o którym to obowiązku mowa w pkt 4 sentencji;

e) obowiązek uzyskania zatwierdzenia opłat za zapewnienie dostępu do kanałów kablowych oraz masztów i systemów nośnych przewodów naziemnych w celu rozbudowy i eksploatacji sieci stacjonarnych o bardzo dużej przepustowości zgodnie z § 39 TKG, o którym to obowiązku mowa w pkt 5.1 sentencji;

f) obowiązek publikacji oferty standardowej w zakresie usług zapewnienia wirtualnie uwolnionego dostępu w postaci produktu dostępowego layer 2 przy Switch/BNG w wypadku zdolnych do obsługi rynku masowego elementów infrastruktury FTTB/H, o którym to obowiązku mowa w pkt 4 sentencji;

2. tytułem ewentualnym w odniesieniu do żądań z pkt 1 – uchylecia decyzji drugiej strony postępowania z dnia 21 lipca 2022 r. (BK3i-19/020) w całości, jeżeli sąd uzna, że decyzja ta jest niepodzielna w tym zakresie”.

W odniesieniu do kwestii istotnej dla odesłania prejudycjalnego wyjaśniono, że Bundesnetzagentur opiera nałożenie obowiązków udzielenia dostępu zgodnie z § 26 ust. 1 TKG na błędnym rozumieniu normy prawnej. W uzasadnieniu decyzji regulacyjnej przedstawiono przy prezentacji zakresu badania przesłanek nieaktualne brzmienie § 21 ust. 1 zdanie pierwsze TKG z 2004 r., podczas gdy w rzeczywistości w obowiązującym obecnie § 26 ust. 1 TKG pojawiły się jednak różnice, a mianowicie z brzmienia tego przepisu wykreślono słowo „insbesondere” [„w szczególności”], a przesłanki „uniemożliwienia konkurencji na rynku detalicznym” oraz „nieleżenia w interesie użytkowników końcowych” połączono teraz spójnikiem „i” zamiast „lub”. Bundesnetzagentur nie dostrzegła w konsekwencji żadnej z tych zmian, opierając swoją decyzję na niewłaściwym zakresie badania przesłanek. Zmiany te mają charakter nie tylko redakcyjny, lecz, jak wynika z uzasadnienia ustawy, stanowiły świadome decyzje ustawodawcze. Wykładnia zgodna z dyrektywą nie wchodzi w grę. Taka argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie zarówno ze względu na wyraźnie określoną w pracach legislacyjnych wolę niemieckiego ustawodawcy, jak i na fakt, że ostatecznie nie ma różnicy między przepisami dyrektywy a przepisami prawa krajowego. W konsekwencji najpierw w ramach § 26 ust. 1 TKG należało stwierdzić, że wskazane tam przesłanki są spełnione łącznie, zanim można było przejść do badania przesłanek, o którym mowa w § 26 ust. 2 TKG, i skorzystania ze swobodnego uznania w zakresie wyboru. Wskutek odmiennego sposobu postępowania przyjętego przez Bundesnetzagentur w niedopuszczalny sposób zrelatywizowano wyraźnie podkreślone przez ustawodawcę podstawowe cele przepisów regulujących udzielenie dostępu, a dokonane wyważenie interesów zostało wypaczone. Wreszcie w decyzji regulacyjnej odstąpiono od łącznego zbadania przesłanek przewidzianych w § 26 ust. 1 TKG.

W odniesieniu do kwestii mających znaczenie dla odesłania prejudycjalnego druga strona postępowania podnosi w odpowiedzi na powyższe, że Bundesnetzagentur nie oparła decyzji regulacyjnej na błędnym rozumieniu normy prawnej; w szczególności nie oparła się na przesłankach przewidzianych w dawnym § 21 ust. 1 zdanie pierwsze TKG z 2004 r. Paragraf 26 ust. 1 TKG należy interpretować zgodnie z dyrektywą w ten sposób, że słowo „i” między przesłankami nie oznacza, że mają one charakter łączny, lecz że jest to wyliczenie. Ponadto znaczenia dla oceny zgodności z prawem decyzji, w której wyważa się interesy, nie ma wyłączone przed nawias przedstawienie zakresu badania przesłanek, lecz sama faktyczna decyzja obejmująca takie wyważenie: W decyzji tej uwzględniono obie przesłanki przewidziane w § 26 ust. 1 TKG. Z brzmienia § 26 ust. 1 TKG nie można wyciągnąć wniosku, że Bundesnetzagentur podlega ograniczeniom w ramach badania obu przesłanek. W świetle § 26 ust. 2 TKG może uwzględnić w ramach wyważania interesów inne aspekty; do § 26 TKG należy odnieść orzecznictwo Bundesverwaltungsgericht

(federalnego sądu administracyjnego) dotyczące „badania zespołu celów” w odniesieniu do § 21 ust. 1 zdanie pierwsze TKG z 2004 r.

[...] [dodatkowy wniosek o zastosowanie środka tymczasowego]

III.

Przedłożone pytanie dotyczące prawa Unii ma decydujące znaczenie dla wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Zasada wykładni zgodnej z dyrektywą znajduje tutaj zastosowanie (1.). W zależności od wykładni art. 72 i art. 73 dyrektywy 2018/1972 rozstrzygnięcie wydane w sprawie będzie odmienne (2).

1. Zasada wykładni zgodnej z dyrektywą znajduje tutaj zastosowanie. Wykładnia zgodna z dyrektywą nie obowiązuje wprawdzie, jeżeli istnieją *jednoznaczne* uregulowania w prawie krajowym. W tym wypadku tak jednak nie jest. W prawie krajowym występują zarówno aspekty, które przemawiają za tym, że wykładni § 26 TKG należy dokonywać w ten sposób, iż druga strona postępowania powinna była „uprzednio” zbadać wyłącznie przesłanki przewidziane w § 26 ust. 1 TKG (a), jak i aspekty, które przemawiają za tym, że druga strona postępowania – nadal – powinna decydować o nałożeniu obowiązków udzielenia dostępu w ramach „zespołu celów” (b).

a) *Za tym*, że wykładni § 26 TKG należy dokonywać w ten sposób, iż druga strona postępowania powinna była „uprzednio” zbadać wyłącznie przesłanki określone w § 21 ust. 1 TKG („...jeżeli w przeciwnym razie uniemożliwiono by powstanie trwale konkurencyjnego rynku detalicznego i nie leżałoby to w interesie użytkowników końcowych”), wydaje się najpierw przemawiać brzmienie samego przepisu. W § 26 ust. 1 TKG wykreślono bowiem – w przeciwieństwie do § 21 ust. 1 zdanie pierwsze Telekommunikationsgesetz (ustawy telekomunikacyjnej, Niemcy) z dnia 22 czerwca 2004 r., uchylonej przez art. 61 ustawy z dnia 23 czerwca 2021 r. (BGBl. I, s. 1858) – słowo „insbesondere” [„w szczególności”]. Kolejny argument, jaki można podnieść za takim rozumieniem § 26 ust. 1 TKG, to to, że ustawodawca celowo wykreślił słowo „insbesondere” [„w szczególności”] z brzmienia przepisu, by podkreślić „nakierowanie regulacji w zakresie zapewnienia dostępu na rynku hurtowym na usunięcie problemu dotyczącego konkurencji na rynku detalicznym” (zob. druk Bundestagu 19/26108, s. 263). Można na tej podstawie ewentualnie wnioskować, że ustawodawca miał zamiar ograniczyć możliwość nakładania obowiązków udzielenia dostępu na poziomie decydowania o tym, czy nałożyć takie obowiązki, do konkretnych powodów przyjęcia uregulowania – w przeciwieństwie do dotychczasowej procedury. Kolejnym argumentem przemawiającym za powyższym podejściem, jaki można przywołać, jest to, że ustawodawca pod względem systematyki w § 26 TKG podzielił dotychczasowy § 21 ust. 1 TKG z 2004 r. na dwa ustępy. Za sugerowaną w ten sposób samodzielnością § 26 ust. 1 TKG przemawia również to, że pod względem systematyki § 26 ust. 1 TKG, w którym w sposób wyczerpujący podkreśla się poszczególne powody przyjęcia uregulowania, nie byłby potrzebny, jeżeli na podstawie § 26 ust. 2 TKG

ostatecznie miano by lub można by jednak przeprowadzać szerokie, wspólne badanie przesłanek. Samodzielny zakres zastosowania § 26 ust. 1 TKG można dostrzec wyłącznie w wypadku założenia etapowego badania przesłanek.

b) Mocne argumenty przemawiają jednak *również za tym*, że druga strona postępowania powinna była decydować o nałożeniu obowiązków udzielenia dostępu w ramach „zespołu celów”. Z prac legislacyjnych wynika wprawdzie, że wykreślenie słowa „insbesondere” [„w szczególności”] uzasadniono podkreśleniem „nakierowania regulacji w zakresie zapewnienia dostępu na rynku hurtowym na usunięcie problemu dotyczącego konkurencji na rynku detalicznym”. *Jednocześnie* wykreślenie słowa „insbesondere” [„w szczególności”] uzasadniono jednak również tym, że uwzględniono w tym zakresie odpowiednie wykreślenie dokonane w art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972. To odniesienie jest niezrozumiałe. W art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972 nie ma wprawdzie słowa „insbesondere” [„w szczególności”], ale wyliczenie powodów przyjęcia uregulowania ma charakter otwarty również w aktualnie obowiązującym brzmieniu ze względu na użycie słów „unter anderem wenn” [dosłownie: „między innymi jeżeli”; w wersji polskiej dyrektywy: „w szczególności jeżeli”]. Takie otwarcie występuje również w innych wersjach językowych – niderlandzkiej („onder andere wanneer”), francuskiej („notamment lorsqu’elles”), włoskiej („in particolare qualora”). W angielskiej wersji językowej najwyraźniej nie ma natomiast otwarcia katalogu przesłanek („in situations when”). To, czy angielska wersja językowa została uwzględniona w niemieckim uzasadnieniu ustawy TKG jako „wersja właściwa”, może być jedynie przedmiotem przypuszczeń. Podsumowując przebieg prac legislacyjnych nad § 26 ust. 1 TKG, można zatem stwierdzić jedynie, że nasuwa on więcej pytań, niż oferuje odpowiedzi. Jednak przede wszystkim należy wziąć pod uwagę, że za poparciem tego drugiego poglądu można podnieść argument, zgodnie z którym orzecznictwo Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego) w przedmiocie możliwości tworzenia „zespołu celów” w ramach badania przesłanek z § 21 ust. 1 TKG z 2004 r. nie odnosi się do § 21 ust. 1 zdanie pierwsze TKG z 2004 r. i zawartego tam wówczas jeszcze słowa „insbesondere” [„w szczególności”], nadającego wyliczeniu charakter otwarty, lecz opiera się bezpośrednio na § 21 ust. 1 zdanie drugie TKG z 2004 r., w którym poprzez użycie słów „bei der Prüfung” („badając”) wprowadzono odniesienie do zdania pierwszego [wyroki Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego) z dnia 21 września 2018 r., 6 C 8.17, juris, pkt 43; 6 C 50.16 pkt 41, 47]. Opierając się na powyższym, § 26 ust. 2 TKG, który zawiera wprowadzenie o tym samym brzmieniu, co § 21 ust. 1 zdanie drugie TKG z 2004 r., można być może nadal interpretować jako przepis wyznaczający (jednolity i wspólny) zakres badania przesłanek. Przeciwno powyższemu można jednak podnieść z kolei, że obecnie § 26 ust. 2 zdanie pierwsze TKG – wykraczając poza brzmienie starego § 21 ust. 1 zdanie pierwsze TKG z 2004 r. – (w świetle dosłownego brzmienia) w pierwszej kolejności przewiduje tzw. „test wystarczalności” w § 26 ust. 2 zdanie pierwsze TKG, a otwarte badanie przesłanek przy uwzględnieniu celów, o których mowa w § 2 TKG, wydaje się odnosić wyłącznie do niego. W § 26 ust. 2 zdanie drugie TKG wymieniono

jednak następnie dalsze aspekty podlegające uwzględnieniu w ramach wyważania interesów, których odniesienie do „testu wystarczalności” – z jednej strony – nie jest zbyt wyraźne i których samodzielne znaczenie (bez doczytywania drugiej części zdania pierwszego) – z drugiej strony – nie jest zrozumiałe.

2. W kontekście możliwości dokonania wykładni zgodnej z dyrektywą wydanie rozstrzygnięcia w sprawie zależy od odpowiedzi udzielonych na postawione pytania. Jeżeli art. 72 lub art. 73 dyrektywy 2018/1972 stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu lub jego wykładni, zgodnie z którymi, badając z urzędu, czy należy nałożyć obowiązek udzielenia dostępu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej, organ regulacyjny poza przesłankami wymienionymi w art. 72 ust. 1 (uniemożliwienie powstania trwale konkurencyjnego rynku lub nieleżenie w interesie użytkowników końcowych) może uwzględnić także cele określone w art. 3 dyrektywy 2018/1972 i ew. dalsze cele w ramach powiązanego badania przesłanek, skarga strony skarżącej zasługiwałaby na uwzględnienie (a). Jeżeli natomiast art. 72 lub art. 73 dyrektywy 2018/1972 nie stoją na przeszkodzie krajowemu uregulowaniu lub jego wykładni, zgodnie z którymi, badając z urzędu, czy należy nałożyć obowiązek udzielenia dostępu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej, organ regulacyjny poza przesłankami wymienionymi w art. 72 ust. 1 (uniemożliwienie powstania trwale konkurencyjnego rynku lub nieleżenie w interesie użytkowników końcowych) może uwzględnić także cele określone w art. 3 dyrektywy 2018/1972 i ew. dalsze cele w ramach powiązanego badania przesłanek, skarga strony skarżącej nie zasługiwałaby na uwzględnienie (b).

a) Jeżeli art. 72 ust. 1 lub art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 – każdy w związku z art. 68 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 – stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu lub jego wykładni, zgodnie z którymi, badając z urzędu, czy należy nałożyć obowiązek udzielenia dostępu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej, organ regulacyjny poza przesłankami wymienionymi w art. 72 ust. 1 (uniemożliwienie powstania trwale konkurencyjnego rynku lub nieleżenie w interesie użytkowników końcowych) może uwzględnić także cele określone w art. 3 dyrektywy 2018/1972 i ew. dalsze cele w ramach powiązanego badania przesłanek, skarga zasługiwałaby na uwzględnienie. Wykładni § 26 ust. 1 i 2 TKG należałoby bowiem dokonywać wówczas w ten sposób, że druga strona postępowania „uprzednio” powinna była zbadać wyłącznie przesłanki, o których mowa w § 21 ust. 1 TKG („jeżeli w przeciwnym razie uniemożliwiono by powstanie trwale konkurencyjnego rynku detalicznego i nie leżałoby to w interesie użytkowników końcowych”). Skutkowałoby to tym, że zaskarżona decyzja byłaby przypuszczalnie niezgodna z prawem; jest tak niezależnie od tego, czy badanie konieczności nałożenia obowiązku udzielenia dostępu ma najpierw jedynie charakter „globalny” w sensie „jakiegokolwiek” obowiązku udzielenia dostępu w rozumieniu § 3 pkt 74 TKG, czy też „konkretny” w odniesieniu do jednego z wariantów udzielenia dostępu wskazanych w § 26 ust. 3 TKG. Widać to już po tym, że druga strona postępowania przytoczyła w sprawie nie przepis zawarty w § 26 ust. 1 TKG w jego nowym brzmieniu, lecz przepis zawarty w § 21 TKG w jego starym brzmieniu, mimo że dokonano istotnych zmian; już samo to wskazuje na naruszenie prawa. Również w aspekcie merytorycznym druga strona

postępowania w żadnym miejscu nie zbadała jako samodzielnej przesłanki tego, czy w wypadku nieprzyznania dostępu co do zasady uniemożliwiono by powstanie trwale konkurencyjnego rynku detalicznego i nie leżałoby to w interesie użytkowników końcowych. „Osobne” zbadanie tych przesłanek przez drugą stronę postępowania nie może usunąć tego braku: W zakresie, w jakim na stronie 106 i nast. zaskarżonej decyzji (wersja oficjalna) w ramach „zespołu celów” wymienia się także promowanie konkurencji i dbanie o interesy konsumentów, najwyraźniej nie jest to wystarczające, by spełnić tak rozumiane wymogi przewidziane w § 26 ust. 1 TKG. Z jednej strony nie bada się, czy w wypadku nieprzyznania dostępu uniemożliwiono by powstanie trwale konkurencyjnego rynku detalicznego i nie leżałoby to w interesie użytkowników końcowych; „wspieranie” określonych interesów czy „dbanie” o nie i „uniemożliwienie” lub „nieleżenie” w tych interesach to różne kryteria. Z drugiej strony oprócz obu wskazanych interesów wzięto pod uwagę dalsze interesy. Odpowiednio znajduje to zastosowanie do wywodów na stronach 117, 119, 129 i 134 i nast. zaskarżonej decyzji (wersja oficjalna). Nic by się w tym wszystkim nie zmieniło również wtedy, gdyby w § 26 ust. 1 TKG ze względu na wykładnię zgodną z prawem Unii słowo „i” zastąpiono słowem „lub” (jak w § 21 ust. 1 TKG w starym brzmieniu). Druga strona postępowania nie zbadała bowiem w wystarczającym stopniu ani tego, czy w wypadku nieprzyznania dostępu uniemożliwiono by powstanie trwale konkurencyjnego rynku detalicznego, ani tego, czy nie leżałoby to w interesie użytkowników końcowych (zob. wyżej).

b) Jeżeli natomiast art. 72 ust. 1 lub art. 73 dyrektywy 2018/1972 nie stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu lub jego wykładni, zgodnie z którymi, badając z urzędu, czy należy nałożyć obowiązek udzielenia dostępu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej, organ regulacyjny poza przesłankami wymienionymi w art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 (uniemożliwienie powstania trwale konkurencyjnego rynku lub nieleżenie w interesie użytkowników końcowych) może uwzględnić także cele określone w art. 3 dyrektywy 2018/1972 i ew. dalsze cele w ramach powiązanego badania przesłanek, skarga strony skarżącej nie zasługiwałaby na uwzględnienie. Wykładni § 26 ust. 1 i 2 TKG nie trzeba by bowiem dokonywać wówczas w ten sposób, że druga strona postępowania „uprzednio” powinna była zbadać wyłącznie przesłanki, o których mowa w § 21 ust. 1 TKG („jeżeli w przeciwnym razie uniemożliwiono by powstanie trwale konkurencyjnego rynku detalicznego i nie leżałoby to w interesie użytkowników końcowych”). Zaskarżona decyzja byłaby wówczas przypuszczalnie zgodna z prawem, ponieważ druga strona postępowania mogłaby przeprowadzić „badanie zespołu celów”, jak miało to miejsce.

W tym, że wydanie rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie zależy od odpowiedzi udzielonej na wskazane pytanie, nic nie zmienia również to, że zaskarżona decyzja podlegałaby uchyleniu z innych powodów. W zakresie, w jakim strona skarżąca zaskarżyła decyzję Bundesnetzagentur w oparciu o argumenty inne niż te, które właśnie przytoczono, argumenty te przypuszczalnie nie zasługują na uwzględnienie (zob. postanowienie wydane w postępowaniu przyspieszonym).

IV.

Sąd odsyłający nie jest w stanie odpowiedzieć na postawione pytanie jako „*acte claire*”. Zdaniem sądu odsyłającego odpowiedź na nie nie wynika wprawdzie bezpośrednio ani z art. 73 ust. 1. akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972 (1.), ani też z art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 (2.). Nie jest jednak jasne, w jaki sposób należy zastosować przepis zawarty w art. 73 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 (3).

1. Zdaniem sądu odsyłającego odpowiedź na postawione pytanie nie wynika bezpośrednio z art. 73 ust. 1. akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972. Choćby dlatego, że zdaniem sądu odsyłającego do nakładania obowiązków udzielenia dostępu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej w pierwszej kolejności zastosowanie znajduje wyłącznie przepis zawarty w art. 72 dyrektywy 2018/1972 (*lex specialis*). Jeżeli przyjąć tu jednak odmienny pogląd, art. 73 dyrektywy 2018/1972 stwarza w odniesieniu do postawionego pytania trzy problemy. Z jednej strony poszczególne wersje językowe przepisu różnią się od siebie (a), z drugiej zaś – treść art. 73 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 jest niejasna (b). Wreszcie problematyczny jest stosunek do art. 68 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2018/1972 (c).

a) Z jednej strony poszczególne wersje językowe art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972 różnią się od siebie w odniesieniu do postawionego pytania: Niemiecka wersja językowa art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972 nie zawiera wprawdzie słowa „*insbesondere*” [„w szczególności”], ale również w aktualnie obowiązującym brzmieniu wyliczenie powodów przyjęcia uregulowania ma charakter otwarty ze względu na użycie słów „*unter anderem wenn*” [dosłownie: „między innymi jeżeli”; w wersji polskiej dyrektywy: „w szczególności jeżeli”]. Takie otwarcie występuje również w innych wersjach językowych: niderlandzkiej („*onder andere wanneer*”), francuskiej („*notamment lorsqu’elles*”), włoskiej („*in particolare qualora*”). W angielskiej wersji językowej najwyraźniej nie ma natomiast otwarcia katalogu przesłanek („*in situations when*”). Inaczej sytuacja wygląda natomiast w wypadku art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972. We wszystkich wersjach językowych rozumianych przez skład orzekający przepis ten ma tę samą treść.

b) Z drugiej strony przepis zawarty w art. 73 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 nasuwa pytanie o to, czy wynika z niego, że oprócz kwestii wymienionych w art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972 w ramach wyważania interesów należy brać pod uwagę dalsze aspekty. Przepis ten rodzi przy tym najpierw pytanie o to, czy zawiera coś więcej niż tylko tzw. „test wystarczalności”. Za ograniczeniem do „testu wystarczalności” przemawia bezpośrednio brzmienie art. 73 ust. 2 dyrektywy 2018/1972, przeciwko niemu przemawiają natomiast kryteria wymienione w art. 73 ust. 2 zdanie trzecie lit. d), e), f) i h) dyrektywy 2018/1972, w wypadku których odniesienie do „testu wystarczalności” nie jest zbyt jasne. Również motywy 188 i nast. dyrektywy przemawiają prawdopodobnie raczej za tym, że treść tego przepisu nie ogranicza się do „testu wystarczalności” (tak ostatecznie najwyraźniej również Broemel, w: Geppert/Schütz, Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Auflage 2023, Einleitung B,

pkt 30). Jeżeli założyć, że środki wymienione w art. 73 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 należy uwzględnić nie tylko w ramach testu wystarczalności, przepis ten nasuwa ponadto pytanie o to, czy oprócz kryteriów wymienionych tam w art. 73 ust. 2 zdanie trzecie lit. a)–h) dyrektywy 2018/1972 należy uwzględnić również cele, o których mowa w art. 3 dyrektywy 2018/1972.

c) Wreszcie problematyczny jest stosunek do art. 68 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2018/1972. W myśl tego przepisu obowiązki nałożone zgodnie z art. 68 muszą być uzasadnione w świetle celów określonych w art. 3 dyrektywy 2018/1972; przepis ten należy uwzględnić również przy nakładaniu obowiązków zgodnie z art. 73 dyrektywy 2018/1972 (art. 68 ust. 2, art. 68 ust. 3 akapit pierwszy, art. 73 ust. 1 akapit pierwszy). W art. 73 ust. 1 akapit pierwszy – podobnie jak w art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 i w przeciwieństwie do art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 – nie ma jednak odesłania do celów, o których mowa w art. 3 dyrektywy 2018/1972. Czy niezależnie od tej systematyki cele, o których mowa w art. 3 dyrektywy 2018/1972, należy brać pod uwagę już przy badaniu tego, czy należy nałożyć obowiązek udzielenia dostępu? Czy też systematykę art. 73 ust. 1 akapit pierwszy lub art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 wobec art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 należy rozumieć w ten sposób, że w ramach obu wymienionych najpierw przepisów, badając, czy należy nałożyć obowiązek udzielenia dostępu, nie należy najpierw uwzględnić w ramach tego badania celów, o których mowa w art. 3 dyrektywy 2018/1972. Dopiero kiedy na tym pierwszym etapie na pytanie o to, czy należy nałożyć obowiązek udzielenia dostępu, zostanie udzielona odpowiedź twierdząca, na drugim etapie przy badaniu konkretnego środka należy odnieść się do art. 68 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2018/1972.

2. Zdaniem sądu odsyłającego odpowiedź na postawione pytanie nie wynika również bezpośrednio z art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972. Wskazany przepis wymaga bowiem prawdopodobnie, by obiekty inżynierii lądowej i wodnej w świetle analizy rynku stanowiły element rynku właściwego. Przemawiają za tym odniesienie się w tym przepisie do art. 68 dyrektywy 2018/1972 (tak też Neumann, N&R 2019, 152 <158>) i przepis zawarty w art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 (argumentum a contrario). W tym wypadku przesłanka ta nie jest spełniona. W związku z powyższym bez znaczenia jest na razie to, że przepis zawarty w art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 w świetle swojego brzmienia – we wszystkich wymienionych wcześniej wersjach językowych, rozumianych przez skład orzekający – normuje zamknięty czy też wyczerpujący katalog powodów przyjęcia uregulowania, który przemawia przeciwko dopuszczalności „badania zespołu celów”. Można nie brać pod uwagę również tego, że także stosunek art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 do art. 68 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2018/1972 – podobnie jak w wypadku art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972 – jest niejasny (IV 1 c).

3. Zdaniem sądu odsyłającego „sedes materiae” rozwiązania problemu prawdopodobnie stanowi art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972. W świetle brzmienia przepisu – odesłania do celów, o których mowa w art. 3 dyrektywy

2018/1972 – wydaje się, że na postawione pytanie jednoznacznie należy odpowiedzieć w ten sposób, że krajowe organy regulacyjne, badając, czy należy nałożyć obowiązek udzielenia dostępu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej, które według analizy rynku nie stanowią elementu rynku właściwego, w każdym razie mogą też badać, czy dany obowiązek jest niezbędny i proporcjonalny w odniesieniu do osiągnięcia celów, o których mowa w art. 3; w tym zakresie występuje też zbieżność z art. 68 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2018/1972. Przepis ten jest jednak w tym zakresie jedynie pozornie jednoznaczny, ponieważ niejasny jest stosunek zarówno do art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 (a), jak i do art. 73 dyrektywy 2018/1972 (b):

a) Po pierwsze nie ma jasności co do tego, jak należy rozumieć stosunek między art. 72 ust. 1 i 2 dyrektywy 2018/1972: Z jednej strony art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 można rozumieć w związku z art. 68 dyrektywy 2018/1972 w świetle brzmienia tego przepisu w ten sposób, że odnosi się wyłącznie do przedsiębiorstwa posiadającego znaczącą pozycję na ewentualnym rynku obiektów inżynierii lądowej i wodnej (zob. wyżej). Skutkowałoby to tym, że art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 można by rozumieć jako odrębne narzędzie regulacyjne z własnymi niezależnymi przesłankami dotyczącymi przypadków, w których – jak w niniejszej sprawie – nie oparto się właśnie na takim rynku. To z kolei skutkowałoby jednak tym, że nałożenie obowiązków udzielenia dostępu w odniesieniu do obiektów inżynierii lądowej i wodnej przedsiębiorstwu posiadającemu znaczącą pozycję na rynku obiektów inżynierii lądowej i wodnej byłoby możliwe jedynie przy spełnieniu bardziej rygorystycznych przesłanek, niż miałyby to miejsce w wypadkach, o których mowa w art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972; sens takiego rozróżnienia nie jest jednak od razu jasny. Z drugiej strony art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 można ewentualnie odczytywać także jako normę podstawową, którą art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 jedynie konkretyzuje w odniesieniu do szczególnego przypadku. Za taką wykładnią przemawia to, że w świetle brzmienia art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 jest w nim mowa o „dostępie zgodnie z niniejszym artykułem”, a więc najwyraźniej oparto się w nim na zapewnieniu dostępu przy spełnieniu jednolitych przesłanek podstawowych, a także to, że w wypadku takiej wykładni można by stwierdzić jednolitą treść art. 72 ust. 1 i 2 dyrektywy 2018/1972.

b) Po drugie nie ma jasności co do tego, jak należy rozumieć stosunek między art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 a art. 73 dyrektywy 2018/1972. Trudno wyjaśnić, czy przesłanki określone w art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972 znajdują zastosowanie do środków przewidzianych w art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 również wtedy, kiedy podejmuje się decyzję w ramach „zespołu środków” (aa). Kolejne problemy pojawiają się, jeśli założyć „jednolite” rozumienie art. 72 ust. 1 i 2 dyrektywy 2018/1972, jak przedstawiono to właśnie w pkt IV 3 a) (bb).

aa) Nie ma jasności co do tego, czy przesłanki, o których mowa w art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972, znajdują zastosowanie do środków przewidzianych w art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 również wtedy, kiedy – jak

w niniejszej sprawie – decyzję podejmuje się w ramach „zespołu środków”. Brak kryteriów „uniemożliwienie powstania trwale konkurencyjnego rynku detalicznego i nieleżenie w interesie użytkowników końcowych” w art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 – również w stosunku do art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 – można wprowadzić co do zasady wyjaśnić tym, że prawodawca unijny wyszedł z założenia, iż środki, o których mowa w art. 73 i art. 72 dyrektywy 2018/1972, nakładają się w ramach „zespołu środków”, w związku z czym ograniczenia przewidziane w art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972 znajdują zastosowanie również do nakładania obowiązków zgodnie z art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972; skutkowałyby to „zbieżnością” przesłanek w świetle art. 73 ust. 1 akapit pierwszy i art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972. Może za tym przemawiać również art. 73 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2018/1972 i wydaje się, że takie było też rozumienie niemieckiego ustawodawcy. W konsekwencji trudności związane z wykładnią art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972 (IV 1.) „przenosiłyby się” również na art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972.

Takie rozumienie działania w ramach „zespołu środków”, skutkujące przeniesieniem przesłanek, o których mowa w art. 73 ust. 1 akapit pierwszy, na działania podejmowane na podstawie art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972, nie wynika jednak z brzmienia norm. Przeciwno „zbieżności” przesłanek działań podejmowanych na podstawie art. 72 ust. 2 i działań podejmowanych na podstawie art. 73 dyrektywy 2018/1972 przemawia raczej to, że art. 73 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2018/1972, a w szczególności użyte w jego niemieckiej wersji językowej sformułowanie „bloße Auferlegung” [„samo nałożenie”] wskazują na to, iż prawodawca Unii uważa obowiązek udzielenia dostępu dotyczący obiektów inżynierii lądowej i wodnej za co do zasady mniejszą ingerencję; na ten kierunek wykładni wskazuje także motyw 187 dyrektywy 2018/1972 (zob. Neumann, N&R 2016, 262 <267> i N&R 2018, 204 <206 i nast.>; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Gdyby tak było, przemawiałoby to za tym, by do działań podejmowanych na podstawie art. 72 ust. 2 dyrektywy 2018/1972 zastosować mniej rygorystyczne – a nie zbieżne – przesłanki.

bb) Jeżeli założyć „jednolite” rozumienie art. 72 ust. 1 i 2 dyrektywy 2018/1972 – jak przedstawiono to właśnie w pkt IV 3 a) – pojawiają się kolejne problemy. Jeśli wziąć bowiem pod uwagę stosunek art. 72 ust. 1 do art. 73 dyrektywy 2018/1972, z art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972 będzie wynikał – być może, w zależności od poszczególnych wersji językowych art. 73 dyrektywy 2018/1972 – węższy zakres badania przesłanek w porównaniu z art. 73 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972. Z drugiej strony istnienie art. 73 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2018/1972 wskazuje jednak na to, że prawodawca Unii uważa, iż obowiązek udzielenia dostępu dotyczący obiektów inżynierii lądowej i wodnej co do zasady stanowi mniejszą ingerencję (zob. wyżej). To z kolei rodzi pewne napięcie w stosunku do art. 72 ust. 1 dyrektywy 2018/1972, w którym znajdujące w tym zakresie zastosowanie powody przyjęcia uregulowania – w niemieckiej wersji językowej, zob. wyżej – sformułowano węższej w porównaniu z art. 73

ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2018/1972, a w szczególności być może nie otwarto ich katalogu na inne aspekty podlegające uwzględnieniu w ramach wyważenia interesów. Co znamienne, w ramach art. 73 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2018/1972 nie pojawia się pytanie o to, czy samo nałożenie obowiązków zgodnie z art. 72 dyrektywy 2018/1972 stanowi proporcjonalny środek służący zapobieżeniu „uniemożliwieniu powstania trwale konkurencyjnego rynku”, lecz o to, czy nałożenie obowiązku na podstawie art. 72 dyrektywy 2018/1972 byłoby proporcjonalnym środkiem służącym „promowaniu konkurencji i interesów użytkownika końcowego”. Bycie uniemożliwionym i bycie jedynie promowanym to jednak dwa odmienne kryteria.

[...]

DOKUMENT ROBOCZY