

Causa C-327/24 [Lolach]ⁱ

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

3 maggio 2024

Giudice del rinvio:

Verwaltungsgericht Köln (Germania)

Data della decisione di rinvio:

2 maggio 2024

Ricorrente:

Telekom Deutschland GmbH

Resistente:

Repubblica federale di Germania

Verwaltungsgericht Köln (Tribunale amministrativo di Colonia, Germania)

Ordinanza

[OMISSIS]

Nel procedimento amministrativo
della Telekom Deutschland GmbH, [OMISSIS] Bonn (Germania),

ricorrente,

[OMISSIS]

c o n t r o

la Repubblica federale di Germania [OMISSIS],

resistente,

ⁱ Il nome della presente causa è un nome fittizio. Non corrisponde al nome reale di nessuna delle parti del procedimento.

avente ad oggetto la normativa sulle telecomunicazioni

la XXI Sezione del Verwaltungsgericht Köln (Tribunale amministrativo di Colonia)

in data 2 maggio 2024

[OMISSIS]

ha così deciso:

Il procedimento è sospeso.

Nel procedimento pregiudiziale ex articolo 267 TFUE viene sottoposta alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale:

Se gli articoli 72 e 73 della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, debbano essere interpretati nel senso che le autorità nazionali di regolamentazione, nel verificare l'«opportunità» di imporre un obbligo di accesso alle infrastrutture di ingegneria civile che non fanno parte del mercato rilevante conformemente all'analisi di mercato,

siano tenute a valutare *esclusivamente* se la mancata imposizione del suddetto obbligo ostacolerebbe l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato o sarebbe contrario agli interessi dell'utente finale,

oppure

nel senso che, nell'esame dell'imposizione di un obbligo di accesso alle suddette infrastrutture, oltre ai requisiti menzionati, possano essere presi in considerazione *allo stesso livello*, in un «insieme di obiettivi», anche gli altri obiettivi di cui all'articolo 3 della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 nonché, eventualmente, ulteriori finalità.

Motivazione

I.

La controversia verte, in sostanza, sulla questione della legittimità dell'imposizione di obblighi in materia di accesso nei confronti della ricorrente.

La direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, [che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche] (in prosieguo: il «Codice») disciplina, agli articoli 72 e 73, l'imposizione degli obblighi in materia di accesso, conformemente alla versione in lingua tedesca – rispetto all'articolo 73 si segnala la presenza di divergenze nelle versioni linguistiche – nel modo seguente:

Articolo 72

Accesso alle infrastrutture di ingegneria civile

1. Un'autorità nazionale di regolamentazione può imporre alle imprese, conformemente all'articolo 68, l'obbligo di soddisfare le richieste ragionevoli di accesso e di uso di infrastrutture di ingegneria civile, compresi, ma non limitatamente a questi, edifici o accessi a edifici, cablaggio degli edifici, inclusi cavi, antenne, torri e altre strutture di supporto, pali, piloni, cavidotti, tubature, camere di ispezione, pozzetti e armadi di distribuzione, nei casi in cui, dopo aver esaminato l'analisi di mercato, l'autorità nazionale di regolamentazione concluda che il rifiuto di concedere l'accesso o l'imposizione di termini e condizioni non ragionevoli d'accesso o di condizioni di effetto equivalente ostacolerebbe l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato e non sarebbe nell'interesse dell'utente finale.

2. Le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre a un'impresa l'obbligo di fornire accesso conformemente al presente articolo, indipendentemente dal fatto che le attività interessate dall'obbligo facciano parte del mercato rilevante conformemente all'analisi di mercato, a condizione che l'obbligo sia necessario e proporzionato a realizzare gli obiettivi di cui all'articolo 3.

Articolo 73

Obblighi in materia di accesso e di uso di determinati elementi di rete e risorse correlate

1. In conformità dell'articolo 68, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre alle imprese l'obbligo di soddisfare richieste ragionevoli di accesso e l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate, in particolare qualora le autorità nazionali di regolamentazione reputino che il rifiuto di concedere l'accesso o termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente ostacolerebbero l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio e sarebbero contrarie agli interessi dell'utente finale.

Le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre alle imprese, tra l'altro:

- a) di concedere a terzi l'accesso a specifici elementi fisici di rete e risorse correlate, nonché il relativo uso, secondo i casi, ivi compreso l'accesso disaggregato alla rete e alla sottorete locale;
- b) di concedere a terzi l'accesso a specifici elementi e servizi di rete attivi o virtuali;

- c) di negoziare in buona fede con le imprese che chiedono un accesso;
- d) di non revocare l'accesso alle risorse concesso in precedenza;
- e) di fornire specifici servizi all'ingrosso per la rivendita da parte di terzi;
- f) di concedere un accesso aperto alle interfacce tecniche, ai protocolli o ad altre tecnologie d'importanza decisiva, indispensabili per l'interoperabilità dei servizi o dei servizi di reti virtuali;
- g) di consentire la coubicazione o altre forme di condivisione associata degli impianti;
- h) di fornire determinati servizi necessari per garantire agli utenti l'interoperabilità punto a punto dei servizi o servizi di roaming per le reti mobili,
- i) di garantire l'accesso ai sistemi di supporto operativo o a sistemi software analoghi necessari per garantire eque condizioni di concorrenza nella fornitura dei servizi;
- j) di interconnettere reti o risorse di rete;
- k) di fornire l'accesso a servizi correlati come quelli relativi all'identità, alla posizione e alla presenza.

Le autorità nazionali di regolamentazione possono assoggettare tali obblighi a condizioni di equità, ragionevolezza e tempestività.

2. Nel valutare l'opportunità di imporre qualsiasi fra i possibili obblighi specifici di cui al paragrafo 1 del presente articolo, e soprattutto le relative idoneità e modalità di imposizione conformemente al principio di proporzionalità, le autorità nazionali di regolamentazione valutano se altre forme di accesso a input all'ingrosso, nello stesso mercato all'ingrosso o in un mercato all'ingrosso connesso, sarebbero sufficienti a dare soluzione al problema individuato nell'interesse dell'utente finale. Detta valutazione comprende offerte di accesso commerciale, l'accesso regolamentato a norma dell'articolo 61 o l'accesso regolamentato esistente o previsto ad altri input all'ingrosso a norma del presente articolo. Le autorità nazionali di regolamentazione tengono conto, in particolare, dei seguenti fattori:

- a) fattibilità tecnica ed economica dell'uso o dell'installazione di risorse concorrenti, alla luce del ritmo di evoluzione del mercato, tenuto conto della natura e del tipo di interconnessione o di accesso in questione, fra cui la fattibilità di altri prodotti di accesso upstream quale l'accesso ai condotti;

- b) evoluzione tecnologica prevista che incida sulla progettazione e sulla gestione della rete;
- c) necessità di garantire la neutralità tecnologica che consenta alle parti di progettare e gestire le proprie reti;
- d) fattibilità della fornitura dell'accesso offerto, in relazione alla capacità disponibile;
- e) investimenti iniziali del proprietario delle risorse, tenendo conto di qualsiasi investimento pubblico effettuato e dei rischi connessi a tali investimenti, con particolare riguardo agli investimenti nelle reti ad altissima capacità e ai livelli di rischio connessi;
- f) necessità di tutelare la concorrenza a lungo termine, con particolare attenzione a una concorrenza infrastrutturale economicamente efficace e a modelli di business innovativi che favoriscono la concorrenza sostenibile, come quelli basati sul coinvestimento nelle reti;
- g) se del caso, eventuali diritti di proprietà intellettuale applicabili;
- h) fornitura di servizi paneuropei.

Qualora un'autorità nazionale di regolamentazione prenda in considerazione, conformemente all'articolo 68, di imporre obblighi sulla base dell'articolo 72 o del presente articolo, valutano se l'imposizione di obblighi a norma del solo articolo 72 sarebbe uno strumento proporzionato con cui promuovere la concorrenza e gli interessi degli utenti finali.

3. Le autorità nazionali di regolamentazione, nell'imporre a un'impresa l'obbligo di concedere l'accesso ai sensi del presente articolo, possono stabilire condizioni tecniche o operative che devono essere soddisfatte dal fornitore di servizi o dai beneficiari di tale accesso, ove necessario per garantire il funzionamento normale della rete. L'obbligo di rispettare determinate norme o specifiche tecniche è conforme alle norme e alle specifiche stabilite conformemente all'articolo 39.

Il legislatore tedesco ha trasposto entrambe le disposizioni con una norma, l'articolo 26 del Telekommunikationsgesetz (legge tedesca in materia di telecomunicazioni) del 23 giugno 2021 nella versione del 10 settembre 2021, da ultimo modificata, alla data pertinente nel presente caso, con legge del 20 luglio 2022 (BGBl. I, pag. 1166) (in prosieguo: il «TKG») nel modo seguente:

Articolo 26 Obblighi in materia di accesso

1. La Bundesnetzagentur (Agenzia federale tedesca per le reti) può imporre ad un'impresa che dispone di un significativo potere di mercato di

concedere l'accesso ad altre imprese, qualora il rifiuto di farlo ostacoli l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato e non sia nell'interesse dell'utente finale.

2. Nell'esaminare se e quali obblighi di accesso ai sensi del paragrafo 1 siano giustificati e se siano proporzionati agli obiettivi definiti dall'articolo 2, la Bundesnetzagentur verifica se

- 1) gli obblighi già imposti oppure suscettibili di esserlo ai sensi della presente parte oppure gli accordi commerciali di accesso conclusi o proposti nel pertinente mercato all'ingrosso o in un mercato all'ingrosso connesso e
- 2) la mera imposizione di obblighi ai sensi del paragrafo 3, punto 10

siano sufficienti ad assicurare gli obiettivi di cui all'articolo 2. A tal proposito, la Bundesnetzagentur prende in considerazione, in particolare:

1. la fattibilità tecnica ed economica dell'uso o dell'installazione di risorse concorrenti, a fronte del ritmo di evoluzione del mercato, tenuto conto della natura e del tipo di interconnessione o di accesso in questione, fra cui la fattibilità di altri prodotti di accesso upstream;
2. la possibilità di concedere l'accesso proposto, in relazione alla capacità disponibile;
3. gli investimenti iniziali del proprietario delle risorse, tenendo conto di qualsiasi investimento pubblico effettuato e dei rischi connessi a tali investimenti, con particolare riguardo agli investimenti nelle reti ad altissima capacità;
4. la necessità di tutelare la concorrenza a lungo termine, con particolare attenzione ad una concorrenza nelle infrastrutture economicamente efficace e a modelli di business innovativi;
5. se del caso, eventuali diritti di proprietà intellettuale applicabili;
6. la fornitura di servizi in tutta l'Unione e
7. l'evoluzione tecnologica prevista che incida sulla progettazione e sulla gestione della rete.

3. Nel rispetto del paragrafo 1, la Bundesnetzagentur può imporre alle imprese che dispongono di un significativo potere di mercato, in particolare:

- 1) di concedere l'accesso a specifici elementi fisici di rete e risorse correlate, ivi compreso l'accesso fisico disaggregato alla rete;
- 2) di non revocare l'accesso alle risorse concesso in precedenza;

3) di concedere l'accesso a specifici elementi e servizi di rete attivi o virtuali, ivi compreso l'accesso virtuale disaggregato alla banda larga;

4) di fornire determinati servizi necessari per garantire agli utenti l'interoperabilità punto a punto dei servizi o servizi di roaming per le reti mobili;

5) di garantire l'accesso ai sistemi di supporto operativo o a sistemi software analoghi necessari per garantire eque condizioni di concorrenza nella fornitura dei servizi, assicurando l'efficienza delle strutture esistenti;

6) di fornire l'accesso a servizi correlati come quelli relativi all'identità, alla posizione e alla presenza;

7) di consentire l'interconnessione di reti pubbliche di telecomunicazione;

8) di concedere un accesso aperto alle interfacce tecniche, ai protocolli o ad altre tecnologie d'importanza decisiva, indispensabili per l'interoperabilità dei servizi o dei servizi di reti virtuali di telecomunicazione;

9) di consentire la coubicazione o altre forme di condivisione associata degli impianti, nonché di garantire ai richiedenti o ai loro incaricati l'accesso in qualsiasi momento a tali impianti, e

10) di concedere l'accesso alle infrastrutture di ingegneria civile, compresi, ma non limitatamente a questi, edifici o accessi a edifici, cablaggio degli edifici, inclusi cavi, antenne, torri e altre strutture di supporto, pali, piloni, cavidotti, tubature, camere di ispezione, pozzetti e armadi di distribuzione, anche nel caso in cui esse non facciano parte del mercato sostanzialmente rilevante in virtù dell'articolo 10, purché l'obbligo di accesso sia necessario e appropriato con riguardo al problema rilevato nell'analisi di mercato ai sensi dell'articolo 11.

4. Se un'impresa dimostra che l'utilizzazione del servizio espone a rischi la preservazione dell'integrità della rete o la sicurezza del suo funzionamento, la Bundesnetzagentur non impone il relativo obbligo di accesso o lo impone in forma diversa. La preservazione dell'integrità della rete e la sicurezza del suo funzionamento devono essere valutate secondo criteri oggettivi.

5. Nell'imporre a un'impresa un obbligo di accesso, la Bundesnetzagentur può stabilire condizioni tecniche o operative che devono essere soddisfatte dal fornitore di servizi o dai beneficiari di tale accesso, ove necessario per garantire il funzionamento normale della rete di

telecomunicazioni. L'obbligo di rispettare determinate norme o specifiche tecniche è conforme alle norme e alle specifiche stabilite conformemente all'articolo 39 della direttiva (UE) 2018/1972.

6. Nell'ambito dell'attuazione degli obblighi di accesso possono essere consentite utilizzazioni delle prestazioni di accesso e cooperazioni tra le imprese aventi diritto all'accesso, salvo che un'impresa dimostri, nel caso specifico, che un'utilizzazione o una cooperazione non sono possibili o oppure lo sono soltanto in misura limitata per ragioni tecniche.

II.

La ricorrente è una società che fornisce servizi di telecomunicazione e, in tal senso, è stata designata come impresa che dispone di un potere sul mercato unico del prodotto con riguardo all'accesso al circuito locale in base alla definizione del mercato del 10 ottobre 2019. Tuttavia, il mercato dell'accesso alle infrastrutture di ingegneria civile *non* era oggetto della definizione del mercato.

Successivamente, con decisione del 21 luglio 2022, la Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Agenzia federale per le reti elettriche, il gas, le telecomunicazioni, le poste e le ferrovie; in prosieguo: la «Bundesnetzagentur») della resistente imponeva alla ricorrente, in particolare, di ottemperare a quanto segue:

«1.1.: Concedere ad altre imprese l'accesso a impianti di cavidotti, nonché a piloni e sistemi portanti di linee di superficie esistenti al momento della richiesta ai fini dell'installazione e del funzionamento di reti ad altissima capacità in postazioni fisse o per l'accesso al circuito locale della sottorete o al punto di accesso multiservizio (punti 1.2 o 1.3) nell'ambito delle capacità disponibili, in modo che la (ricorrente) possa mantenere un'adeguata riserva operativa e dare priorità al soddisfacimento del proprio fabbisogno. Nella misura in cui l'accesso non sia finalizzato al circuito locale, l'obbligo di prestazione e gli ulteriori obblighi che ne derivano sorgono, ai sensi dei punti 2, 4 e 5, del dispositivo, in data 1° gennaio 2024.

1.2. Concedere ad altre imprese l'accesso fisicamente disaggregato al circuito locale in rame presso la centralina o nel punto più vicino all'unità di rete locale rispetto a detta centralina (in particolare la sottorete o il ripartitore finale – punto di demarcazione), a meno che non possa o non debba rifiutare l'accesso conformemente alle disposizioni dell'allegato 1 – Diniego di accesso alla rete locale al di fuori dell'area di prossimità alla centralina – e dell'allegato 2 – Diniego di accesso alla rete locale all'interno dell'area di prossimità alla centralina – del presente punto (...).

A sostegno della sua decisione, la Bundesnetzagentur espone, *inter alia*, quanto segue:

«Obblighi in materia di accesso

La Camera di consiglio [OMISSIS] ha mantenuto o, rispettivamente, modificato gli obblighi di accesso imposti alla (ricorrente) nel mercato oggetto del procedimento con la decisione di regolamentazione BK3g-09/085 del 21 marzo 2011 (come modificata dalla decisione di regolamentazione BK3g-15/004 del 1° settembre 2016) nei termini seguenti:

«1. Programma di verifica di cui all'articolo 26 del TKG

L'imposizione di obblighi di accesso deriva dall'articolo 26 del TKG.

Ai sensi dell'articolo 26, paragrafo 1, prima frase, del TKG, la Bundesnetzagentur può imporre ai gestori di reti pubbliche di telecomunicazioni detentori di un potere di mercato di concedere ad altre imprese l'accesso, ivi compreso un accesso disaggregato corrispondente alla domanda, in particolare qualora il rifiuto di farlo ostacoli l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio a valle e non sia nell'interesse dell'utente finale. Nell'esaminare se e quali obblighi di accesso siano giustificati e se siano proporzionati agli obiettivi della regolamentazione di cui all'articolo 2 del TKG, la Bundesnetzagentur deve tenere conto, in particolare, dei criteri stabiliti dall'articolo 26, paragrafo 2, seconda frase, punti da 1 a 7, del TKG. Dalla disposizione citata e dal suo riferimento agli obiettivi (e ai principi) della regolamentazione di cui all'articolo 2 del TKG si evince che le misure imposte devono soddisfare un vasto insieme di obiettivi e, allo stesso tempo, rispettare determinate condizioni limite (v. sull'articolo 21 del TKG 2004, sentenze del Bundesverwaltungsgericht [Corte amministrativa federale, Germania] del 21 settembre 2018 – 6 C 50/16 – punto 48, del 21 settembre 2018 – 6 C 8/17 – in BVerwGE 163, 181-232, considerando 51). Nell'insieme di obiettivi rilevanti a tal riguardo figurano quattro obiettivi fondamentali, i quali presentano ulteriori sfumature parzialmente diverse.

Il primo obiettivo fondamentale consiste nel garantire la connettività e promuovere l'accesso e l'utilizzo di reti ad altissima capacità da parte di tutti i cittadini e le imprese (articolo 26, paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, punto 1, del TKG). Il secondo obiettivo fondamentale è la promozione della concorrenza. Particolare rilievo assume, al riguardo, la concorrenza sul mercato al dettaglio (articolo 26, paragrafo 1 del TKG). Lo scopo è quello di promuovere una concorrenza sostenibile sul mercato delle telecomunicazioni, nonché i connessi investimenti e innovazioni in infrastrutture [articolo 26, paragrafi 1 e 2, seconda frase, punto 4, e prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, punti 2 e 3, lettera e), e paragrafo 3, punto 4 del TKG]. Anche la concorrenza deve essere equa (articolo 26, paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, punto 2, e paragrafo 3, punto 2). Nel promuovere la concorrenza, occorre tenere in debita considerazione sia gli interessi locali (articolo 26, paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, punto 2, in fine del

TKG) sia la varietà delle condizioni di concorrenza prevalenti nelle diverse aree geografiche all'interno della Repubblica federale di Germania (articolo 26, paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 3, punto 5, seconda alternativa, del TKG). Il terzo obiettivo fondamentale stabilisce che, nel settore delle telecomunicazioni, devono essere tutelati gli interessi degli utenti, in particolare dei consumatori (articolo 26, paragrafo 1, in fine, e paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, punto 3, del TKG). L'obiettivo consiste nel garantire i massimi vantaggi per gli utenti in termini di scelta, prezzo e qualità [articolo 26, paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, punto 3, lettera b), del TKG]. Gli interessi degli utenti e dei consumatori devono essere promossi, in particolare, assicurando la connettività, l'ampia disponibilità e il rapido sviluppo delle reti ad altissima capacità e favorendone l'utilizzo [articolo 26, paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, punto 3, lettera a)]. Occorre inoltre garantire condizioni di vita equivalenti nelle zone urbane e rurali [articolo 26, paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, punto 3, lettera b) del TKG]. Anche la varietà della situazione dei consumatori nelle diverse aree geografiche all'interno della Repubblica federale di Germania deve essere tenuta in debito conto (articolo 26, paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 3, punto 5, terza alternativa). In quarto luogo, deve essere promossa l'evoluzione del mercato interno dell'Unione europea (articolo 26, paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 3, punto 4, del TKG). Ciò include anche la fornitura di servizi in tutta l'Europa (articolo 26, paragrafo 2, seconda frase, punto 6, del TKG).

Nella realizzazione del suddetto insieme di obiettivi, è necessario rispettare diverse condizioni limite. In generale, l'articolo 2, paragrafo 3, del TKG stabilisce che la Bundesnetzagentur applica principi di regolamentazione oggettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati nel perseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 2. Tali principi sono ulteriormente precisati nell'articolo 2, paragrafo 3, e nell'articolo 26, paragrafo 2, seconda frase. Nell'ambito del criterio della necessità, occorre valutare, in particolare, la fattibilità tecnica ed economica dell'uso o dell'installazione di risorse concorrenti alla luce del ritmo di evoluzione del mercato (articolo 26, paragrafo 2, seconda frase, punto 1, del TKG), nonché la questione volta a stabilire se gli obblighi imposti in conformità alla parte 2 del TKG o di accordi commerciali di accesso già conclusi o proposti nel mercato all'ingrosso di cui trattasi o in un mercato connesso (articolo 26, paragrafo 2, prima frase, punto 1, del TKG) e la mera imposizione di obblighi di accesso relativi a impianti di cavidotti, nonché a piloni e sistemi portanti di linee di superficie (articolo 26, paragrafo 2, prima frase, punto 2, del TKG) siano sufficienti ad assicurare gli obiettivi della regolamentazione di cui all'articolo 2 (articolo 26, paragrafo 2, prima frase, del TKG).

Nell'esame dell'adeguatezza dell'obbligo imposto, occorre tener conto dei diritti fondamentali alla libertà professionale [articolo 12, paragrafo 1, del Grundgesetz (Costituzione tedesca; in prosieguo: il "GG")] e alla tutela della proprietà (articolo 14, paragrafo 1, del GG) degli interessati. Ciò vale, in particolare, in ordine alla fattibilità della fornitura dell'accesso, in relazione alla capacità disponibile (articolo 26, paragrafo 2, seconda frase, punto 2, del TKG), nonché con riguardo agli investimenti iniziali del proprietario delle risorse, tenendo conto di qualsiasi investimento pubblico effettuato e dei rischi connessi a tali investimenti (articolo 26, paragrafo 2, seconda frase, punto 3, del TKG) e, in generale, in relazione a rischi del genere sostenuti dall'impresa che investe e nel contesto della cooperazione tra gli investitori e le parti che richiedono accesso (articolo 26, paragrafo 1, prima frase, in fine, e paragrafo 2, seconda frase, punto 4, e prima frase, in combinato disposto con il paragrafo 2, punto 2, prima frase, e il paragrafo 3, punto 4, del TKG). Inoltre, possono essere rilevanti i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto. Ad esempio, la Bundesnetzagentur dovrebbe promuovere la prevedibilità regolamentare garantendo un approccio regolatore coerente nell'arco di opportuni periodi (articolo 26, paragrafo 2, prima frase, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 3, punto 1, del TKG). Lo stesso impatto su altri diritti previsti *ex lege*, quali i diritti di proprietà intellettuale e la fornitura di servizi in tutta l'Europa (articolo 26, paragrafo 2, seconda frase, punti 5 e 6, del TKG), nonché l'interesse a preservare l'integrità della rete e la sicurezza del funzionamento della rete (articolo 26, paragrafi 4 e 5, del TKG) possono essere rilevanti caso per caso».

Sulla base di tale criterio, la Bundesnetzagentur esaminava successivamente l'imposizione dei suddetti obblighi di accesso, tra cui quello alle infrastrutture di ingegneria civile.

In data 19 agosto 2022, la ricorrente presentava un ricorso dinanzi al Giudice remittente avverso la suddetta decisione della Bundesnetzagentur del 21 luglio 2022, chiedendo, in particolare, quanto segue:

«1. annullare la decisione della resistente del 21 luglio 2022 (BK3i-19/020) nella parte in cui vengono imposti alla ricorrente i seguenti obblighi:

- a) obbligo, ai sensi del punto 1.1 del dispositivo, di concedere ad altre società l'accesso agli impianti di cavidotti, nonché a piloni e sistemi portanti delle linee di superficie ai fini dell'installazione e del funzionamento di reti ad altissima capacità in postazioni fisse;

in subordine,

- b) obbligo, ai sensi del punto 1.1 del dispositivo, di concedere ad altre società l'accesso anche a tali impianti di cavidotti, nonché a piloni e sistemi portanti delle linee di superficie ai fini dell'installazione e del

funzionamento di reti ad altissima capacità in postazioni fisse, realizzati recentemente dalla ricorrente per lo sviluppo della propria rete FTTB/H [Fiber To The Building/Fiber To The Home],

in ulteriore subordine,

c) obbligo, ai sensi del punto 1.1 del dispositivo, di concedere ad altre società l'accesso anche a tali impianti di cavidotti, nonché a piloni e sistemi portanti delle linee di superficie ai fini dell'installazione e del funzionamento di reti ad altissima capacità in postazioni fisse completate da meno di sette anni;

d) obbligo, ai sensi del punto 4 del dispositivo, di pubblicare un'offerta di riferimento per i servizi di accesso agli impianti di cavidotti, nonché a piloni e sistemi portanti delle linee di superficie ai fini dell'installazione e del funzionamento di reti ad altissima capacità in postazioni fisse;

e) obbligo, ai sensi del punto 5.1 del dispositivo, di far approvare, ai sensi dell'articolo 39 del TKG, i contributi per la fornitura dell'accesso agli impianti di cavidotti, nonché a piloni e sistemi portanti delle linee di superficie ai fini dell'installazione e del funzionamento di reti ad altissima capacità in postazioni fisse;

f) obbligo, ai sensi del punto 4 del dispositivo, di pubblicare un'offerta di riferimento per i servizi di accesso con riguardo all'accesso virtuale disaggregato sotto forma di un prodotto di accesso Layer 2 allo switch/Broadband Network Gateway per le infrastrutture FTTB/H destinate al mercato di massa;

2. in subordine alle domande di cui al punto 1., annullare *in toto* la decisione della resistente del 21 luglio 2022 (BK3i-19/020), qualora il giudice ritenga che detta decisione sia indivisibile».

Quanto alla questione rilevante ai fini del rinvio pregiudiziale, veniva sostenuto che la Bundesnetzagentur avrebbe fondato l'imposizione di obblighi di accesso ai sensi dell'articolo 26, paragrafo 1, del TKG su un'interpretazione errata della disposizione. La motivazione della decisione di regolamentazione, nell'esposizione del programma di verifica, riprodurrebbe la precedente formulazione dell'articolo 21, paragrafo 1, prima frase, del TKG 2004, nonostante le differenze esistenti nel tenore letterale dell'articolo 26, paragrafo 1, del TKG, attualmente vigente. Infatti, dal testo sarebbe stato eliminato il termine «insbesondere» (specificamente) e, inoltre, i requisiti dell'«ostacolo alla concorrenza sul mercato al dettaglio» e della «contrarietà all'interesse dell'utente finale» sarebbero ora messi in relazione mediante una «e» anziché con una «o». La Bundesnetzagentur sarebbe pertanto incorsa in un errore di valutazione di entrambi i requisiti, fondando la propria decisione su un erroneo programma di verifica. Le suddette modifiche non avrebbero, secondo la ricorrente, un carattere

puramente redazionale, bensì, secondo la relazione illustrativa della legge, sarebbero il risultato di una decisione consapevole del legislatore. Un'interpretazione conforme alla direttiva sarebbe esclusa, sia a causa della volontà del legislatore tedesco esplicitata nei lavori preparatori, sia, in ultima analisi, per l'omogeneità tra le disposizioni della direttiva e il diritto nazionale. Di conseguenza, dovrebbe essere anzitutto accertato, nell'ambito dell'articolo 26, paragrafo 1, del TKG che i requisiti ivi previsti in via cumulativa siano stati soddisfatti, prima di procedere all'esame del successivo paragrafo 2 e dell'esercizio del potere discrezionale. Il diverso approccio della Bundesnetzagentur avrebbe indebitamente relativizzato gli obiettivi primari della regolamentazione dell'accesso espressamente rimarcati dal legislatore, determinando uno squilibrio nella valutazione effettuata. Infine, la decisione di regolamentazione non procede ad un esame cumulativo dei requisiti di cui all'articolo 26, paragrafo 1, del TKG.

La resistente replica, con riguardo alle questioni rilevanti per il rinvio pregiudiziale, che la Bundesnetzagentur non avrebbe fondato la propria decisione di regolamentazione su un'interpretazione errata della normativa; nello specifico, non avrebbe applicato i requisiti di cui all'articolo 21, paragrafo 1, prima frase, del TKG 2004, precedentemente in vigore. L'articolo 26, paragrafo 1, del TKG dovrebbe essere interpretato in conformità alla direttiva, nel senso che con la congiunzione «e» interposta tra i requisiti si intenderebbe non un nesso ad effetto cumulativo, bensì un elenco. Inoltre, ad essere rilevante ai fini della legittimità della decisione di valutazione non sarebbe l'esposizione del programma di verifica, considerata isolatamente, bensì soltanto l'effettiva decisione in sé: in essa i due requisiti di cui all'articolo 26, paragrafo 1, del TKG sarebbero stati presi in considerazione. La formulazione di tale ultima disposizione non consentirebbe di inferire che la valutazione effettuata dalla Bundesnetzagentur avesse ad oggetto esclusivamente i suddetti requisiti, potendo invece estendersi, alla luce dell'articolo 26, paragrafo 2, del TKG, ad ulteriori aspetti; la giurisprudenza del Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) sull'«esame dell'insieme di obiettivi» relativa all'articolo 21, paragrafo 1, prima frase, del TKG 2004 potrebbe essere applicata anche all'articolo 26 del TKG.

[OMISSIS] [domanda supplementare di provvedimenti cautelari]

III.

La questione pregiudiziale di diritto dell'Unione è decisiva ai fini della soluzione della controversia. Nel caso in esame è applicabile il principio dell'interpretazione conforme alla direttiva (v. sub 1.). L'esito della controversia varia a seconda dell'interpretazione degli articoli 72 e 73 del Codice (2).

1. Nella fattispecie in esame è applicabile il principio dell'interpretazione conforme alla direttiva; sebbene essa venga meno qualora esistano disposizioni nazionali *chiare*, tale non è però il caso di cui trattasi. Nel diritto nazionale può essere sostenuta tanto un'interpretazione dell'articolo 26 del TKG nel senso che la

resistente avrebbe dovuto effettuare un esame «preliminare» basato unicamente sugli elementi costitutivi dell'articolo 26, paragrafo 1 (a), quanto la necessità che la resistente – come in precedenza – decida in merito all'imposizione di obblighi di accesso nell'ambito di un «insieme di obiettivi» (b).

a) In primo luogo, è proprio il testo dell'articolo 26 del TKG che sembra *suffragare* l'interpretazione della disposizione nel senso che la resistente avrebbe dovuto effettuare un esame «preliminare» basato unicamente sugli elementi costitutivi dell'articolo 21, paragrafo 1, del TKG («... qualora il rifiuto di farlo ostacoli l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio e non sia in linea con l'interesse dell'utente finale»). Ciò è dovuto al fatto che il termine «insbesondere» (specificamente) è stato eliminato dall'articolo 26, paragrafo 1, del TKG – differenziandosi così rispetto all'articolo 21, paragrafo 1, prima frase, del TKG del 22 giugno 2004, successivamente abrogato dall'articolo 61 della legge del 23 giugno 2021 (BGBl. I, pag. 1858). A favore di detta interpretazione dell'articolo 26, paragrafo 1, del TKG, può anche ipotizzarsi che il legislatore abbia scientemente eliminato il termine «insbesondere» (specificamente) dal testo della disposizione per chiarire che «la regolamentazione dell'accesso al mercato all'ingrosso mira all'eliminazione del problema della concorrenza sul mercato al dettaglio» (v. Bundestags-Drucksache 19/26108, pag. 263). Da ciò può desumersi l'intenzione del legislatore di limitare, in termini di «opportunità», a specifici motivi regolamentari la possibilità di imporre obblighi di accesso, discostandosi dal precedente approccio. Tale tesi sarebbe comprovata dal fatto che il legislatore abbia operato una suddivisione sistematica del precedente articolo 21, paragrafo 1, del TKG 2004 in due paragrafi all'interno dell'articolo 26. Inoltre, a confermare l'ipotizzata autonomia dell'articolo 26, paragrafo 1, del TKG concorre, da un punto di vista sistematico, il fatto che detta disposizione, in cui sono enunciati tassativamente i singoli motivi regolamentari, sarebbe superflua, qualora, in ultima analisi, fosse necessario o possibile procedere a un'ampia valutazione congiunta in virtù del paragrafo 2. L'ambito autonomo di applicazione del paragrafo 1 può essere individuato soltanto a mezzo di un esame articolato per fasi.

b) Tuttavia, esistono *anche* buoni argomenti *a favore* del fatto che la resistente debba decidere sull'imposizione di obblighi di accesso nell'ambito di un «insieme di obiettivi». In base ai lavori preparatori, la soppressione del termine «insbesondere» (specificamente) veniva motivata con l'esigenza di chiarire che «la regolamentazione dell'accesso al mercato all'ingrosso mira all'eliminazione del problema della concorrenza sul mercato al dettaglio». *Allo stesso tempo*, però, la suddetta soppressione veniva altresì spiegata alla luce della corrispondente assenza del termine nell'articolo 73, paragrafo 1, primo comma, del Codice, un riferimento invero incomprensibile. Sebbene tale ultima disposizione non contenga il termine «insbesondere» (specificamente), l'elenco dei motivi regolamentari, anche nella versione vigente, si apre con l'espressione «unter anderem wenn» (in particolare qualora). Tale espressione è contemplata anche in altre versioni linguistiche: olandese («onder andere wanneer»), francese («notamment lorsqu'elles»), italiano («in particolare qualora»). Nella versione

inglese, invece, essa non ha carattere di apertura di un'elencazione («in situations when»). È solo congetturabile che la versione inglese sia stata considerata come «versione di riferimento» per la relazione illustrativa tedesca sul TKG. Pertanto, può solo constatarsi che dai lavori preparatori dell'articolo 26, paragrafo 1, del TKG discendono più quesiti che risposte. Innanzitutto, però, a favore di detta seconda tesi può affermarsi che la giurisprudenza del Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) relativa alla possibilità di configurare un «insieme di obiettivi», nell'esaminare l'articolo 21, paragrafo 1, del TKG 2004, non veniva ricondotta alla sua prima frase e al termine «insbesondere» (specificamente) ivi ancora presente con valore introduttivo, bensì veniva desunta immediatamente dall'articolo 21, paragrafo 1, seconda frase, del TKG 2004, che stabiliva un nesso con la prima frase mediante le parole «nell'esame» (sentenze del Bundesverwaltungsgericht [Corte amministrativa federale] del 21 settembre 2018 – 6 C 8.17 –, juris, punto 43, e 6 C 50.16, punti 41 e 47). Su tale base, l'articolo 26, paragrafo 2, del TKG, introdotto con le stesse parole dell'articolo 21, paragrafo 1, frase 2, del TKG 2004, può forse essere ancora interpretato come la disposizione che precisa il programma di verifica (unico e comune). A fronte di ciò, tuttavia, è altresì ipotizzabile che l'articolo 26, paragrafo 2, prima frase, del TKG contenga ora (in base al tenore letterale), avendo sostituito il precedente articolo 21, paragrafo 1, prima frase, del TKG 2004, il cosiddetto «test di sufficienza» e che la verifica avviata con riferimento agli obiettivi di cui all'articolo 2 TKG sembra riguardare soltanto detto test. Tuttavia, l'articolo 26, paragrafo 2, seconda frase, del TKG annovera altri aspetti da valutare, il cui nesso con il «test di sufficienza» non è del tutto chiaro, da un lato, e il cui significato autonomo (prescindendo, cioè, dalla seconda parte della prima frase) non è comprensibile, dall'altro lato.

2. Alla luce di una possibile interpretazione conforme alla direttiva, la soluzione della controversia dipende dalla risposta fornita alle questioni poste. Ove gli articoli 72 o 73 del Codice ostino a una normativa nazionale o a una sua interpretazione secondo la quale, nella verifica d'ufficio dell'«opportunità» dell'imposizione di un obbligo di accesso alle infrastrutture di ingegneria civile da parte dell'autorità di regolamentazione, oltre ai requisiti di cui all'articolo 72, paragrafo 1 (ostacolo all'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato e contrarietà all'interesse dell'utente finale), possono essere inclusi in un esame congiunto anche gli obiettivi di cui all'articolo 3 del Codice e, se del caso, ulteriori obiettivi, il ricorso verrebbe accolto (a). Qualora, invece, gli articoli 72 o 73 del Codice non ostino a una normativa nazionale o a una sua interpretazione, secondo la quale, nella verifica d'ufficio dell'«opportunità» dell'imposizione di un obbligo di accesso alle infrastrutture di ingegneria civile da parte dell'autorità di regolamentazione, oltre ai requisiti di cui all'articolo 72, paragrafo 1 (ostacolo all'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato e contrarietà all'interesse dell'utente finale), possono essere inclusi in un esame congiunto anche gli obiettivi di cui all'articolo 3 del Codice e, se del caso, ulteriori obiettivi, il ricorso non verrebbe accolto (b).

a) Ove l'articolo 72, paragrafi 1 o 2, del Codice, rispettivamente in combinato disposto con l'articolo 68, paragrafo 1, ostino a una normativa nazionale o a una sua interpretazione, secondo la quale, nella verifica d'ufficio dell'«opportunità» dell'imposizione di un obbligo di accesso alle infrastrutture di ingegneria civile da parte dell'autorità di regolamentazione, oltre ai requisiti di cui all'articolo 72, paragrafo 1 (ostacolo all'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato e contrarietà all'interesse dell'utente finale), possono essere inclusi in un esame congiunto anche gli obiettivi di cui all'articolo 3 del Codice e, se del caso, ulteriori obiettivi, il ricorso verrebbe accolto. Sarebbe allora necessario interpretare l'articolo 26, paragrafi 1 e 2, del TKG nel senso che la resistente avrebbe dovuto effettuare un esame «preliminare» basato unicamente sugli elementi costitutivi dell'articolo 21, paragrafo 1, del TKG («qualora il rifiuto di farlo ostacoli l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio e non sia in linea con l'interesse dell'utente finale»). Ne conseguirebbe la prevedibile illegittimità della decisione impugnata; ciò vale indipendentemente dal fatto che la verifica dell'«opportunità» dell'imposizione di un obbligo di accesso si ponga, in un primo momento, soltanto «in maniera onnicomprensiva» nel senso di «qualsiasi» obbligo di accesso ai sensi dell'articolo 3, punto 74, del TKG oppure «in concreto» con riferimento a un'alternativa alla fornitura di accesso di cui all'articolo 26, paragrafo 3, del TKG. Quanto premesso risulta già evidente per il fatto che la resistente non ha menzionato al riguardo la disposizione dell'articolo 26, paragrafo 1, del TKG nella sua nuova versione, bensì quella dell'articolo 21 del TKG nella sua precedente versione, sebbene siano state apportate rilevanti modifiche; ciò è sufficiente a segnalare l'esistenza di un errore. Nemmeno nel merito la resistente sottoponeva ad autonoma valutazione la questione se la mancata concessione dell'accesso ostacolerebbe, in linea di principio, l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio e non sarebbe nell'interesse dell'utente finale. L'analisi «isolata» di tali elementi da parte della resistente non può rimediare a detta lacuna: nella misura in cui la promozione della concorrenza e la tutela degli interessi dei consumatori vengono menzionati a pagg. 106 e segg. della decisione impugnata (versione pubblica) nell'ambito di un «insieme di obiettivi», ciò non è chiaramente sufficiente a soddisfare i requisiti dell'articolo 26, paragrafo 1, del TKG come esposti *supra*. In primo luogo, viene omesso l'esame della questione se il rifiuto dell'accesso ostacolerebbe l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio e sarebbe contrario all'interesse dell'utente finale; «promuovere» o «salvaguardare» determinati interessi e «ostacolare» o «essere contrario» sono diversi parametri di valutazione. In secondo luogo, oltre ai due interessi summenzionati, sono stati presi in considerazione anche altri interessi. Lo stesso vale per le osservazioni di cui alle pagg. 117, 119, 129 e 134 e seguente della decisione impugnata (versione pubblica). Tutto quanto premesso non cambierebbe nemmeno nel caso in cui la particella «e» contenuta nell'articolo 26, paragrafo 1, del TKG fosse sostituita dalla particella «o» (come nella precedente versione dell'articolo 21, paragrafo 1, del TKG) sulla base di un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione. La resistente, infatti, non ha debitamente esaminato se la mancata concessione

dell'accesso ostacolerebbe l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio e non sarebbe nell'interesse dell'utente finale (v. *supra*).

b) Qualora, al contrario, gli articoli 72, paragrafo 1, o 73, del Codice non ostino a una normativa nazionale o a una sua interpretazione, secondo la quale, nella verifica d'ufficio dell'«opportunità» dell'imposizione di un obbligo di accesso alle infrastrutture di ingegneria civile da parte dell'autorità di regolamentazione, oltre ai requisiti di cui all'articolo 72, paragrafo 1 (ostacolo all'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato e contrarietà all'interesse dell'utente finale), possono essere inclusi in un esame congiunto anche gli obiettivi di cui all'articolo 3 del Codice e, se del caso, ulteriori obiettivi, il ricorso non verrebbe accolto. Sarebbe allora necessario interpretare l'articolo 26, paragrafi 1 e 2, del TKG nel senso che la resistente avrebbe dovuto effettuare un esame «preliminare» basato unicamente sugli elementi costitutivi dell'articolo 21, paragrafo 1, del TKG («qualora il rifiuto di farlo ostacoli l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio o non sia nell'interesse dell'utente finale»). Ne conseguirebbe la prevedibile legittimità della decisione impugnata, in quanto la resistente avrebbe dovuto effettuare – come peraltro ha fatto – un «esame dell'insieme di obiettivi».

Il fatto che la decisione impugnata potrebbe essere annullata per altri motivi nulla cambierebbe rispetto alla necessità di fornire una risposta alla suddetta questione ai fini della soluzione della controversia. Laddove la ricorrente abbia impugnato la decisione della Bundesnetzagentur con argomenti diversi da quelli riprodotti *supra*, è improbabile che detti argomenti prevalgano (v. la decisione nel procedimento d'urgenza).

IV.

Il Giudice remittente non può fornire una risposta alla questione pregiudiziale, non configurandosi un «acte claire». A suo avviso, la questione non trova una risposta immediata nell'articolo 73, paragrafo 1, punto 1, del Codice (1), né nel precedente articolo 72, paragrafo 1 (2). In ogni caso, non è chiaro come debba essere applicata la disposizione dell'articolo 73, paragrafo 2 (3).

1. A parere del Giudice remittente, la questione pregiudiziale non trova una risposta immediata nell'articolo 73, paragrafo 1, primo comma, del Codice. Ciò dipende dal fatto che soltanto la disposizione dell'articolo 72 sarebbe pertinente ai fini dell'imposizione dell'obbligo di accesso alle infrastrutture di ingegneria civile (*lex specialis*). Tuttavia, da una diversa prospettiva, l'articolo 73 solleva tre problemi rispetto alla questione pregiudiziale: in primo luogo, la divergenza delle versioni linguistiche della disposizione (a), in secondo luogo, il contenuto poco chiaro dell'articolo 73, paragrafo 2 (b). Infine, la criticità del rapporto con l'articolo 68, paragrafo 4, lettera c) (c).

a) In primo luogo, in merito alla questione pregiudiziale si riscontra una divergenza tra le versioni linguistiche dell'articolo 73, paragrafo 1, del Codice:

sebbene la versione tedesca non contenga il termine «insbesondere» (specificamente), l'elenco dei motivi regolamentari ivi contemplato, anche nella versione attualmente vigente, si apre con l'espressione «unter anderem wenn» (in particolare qualora). Tale espressione figura anche in altre versioni linguistiche: olandese («onder andere wanneer»), francese («notamment lorsqu'elles»), italiano («in particolare qualora»). Nella versione inglese, invece, essa non funge da introduzione di un elenco («in situations when»). La situazione è diversa con riguardo all'articolo 72, paragrafo 1. In tutte le versioni linguistiche comprensibili da parte dei membri della Sezione, la disposizione ha lo stesso contenuto.

b) D'altro canto, la disposizione dell'articolo 73, paragrafo 2, del Codice solleva la questione se da essa discenda che, oltre agli interessi menzionati nell'articolo 73, paragrafo 1, primo comma, debba tenersi conto di altri aspetti da valutare. In primo luogo, sorge la questione se essa preveda qualcosa in più del cosiddetto «test di sufficienza». Il testo dell'articolo 73, paragrafo 2, farebbe propendere a favore di una limitazione del contenuto al «test di sufficienza», eppure i criteri enunciati dall'articolo 73, paragrafo 2, terza frase, lettere d), e), f) e h), in cui il nesso con il «test di sufficienza» non è altrettanto evidente, depongono in senso contrario. Gli stessi considerando 188 e seguenti della direttiva confermerebbero che il contenuto della disposizione potrebbe non limitarsi al «test di sufficienza» (in tal senso, in sostanza, anche Broemel, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, V edizione 2023, Introduzione B, paragrafo 30). Alla luce della necessità di tener conto dei requisiti di cui all'articolo 73, paragrafo 2, anche al di fuori nell'ambito del test di sufficienza, la disposizione solleva anche la questione se, oltre ai criteri elencati nell'articolo 73 paragrafo 2, terza frase, lettere da a) a h), debbano essere presi in considerazione anche gli obiettivi stabiliti dall'articolo 3 del Codice.

c) Infine, ulteriori criticità sorgono dal rapporto con l'articolo 68, paragrafo 4, lettera c), del Codice, il quale prevede che gli obblighi imposti ai sensi di detto articolo sono giustificati alla luce degli obiettivi di cui all'articolo 3 dello stesso; la disposizione di cui trattasi dev'essere osservata anche quando si impongono obblighi ai sensi dell'articolo 73 del Codice (articolo 68, paragrafi 2, 3, primo comma, e articolo 73, paragrafo 1, primo comma). Orbene, l'articolo 73, paragrafo 1, primo comma, analogamente all'articolo 72, paragrafo 1, e a differenza dell'articolo 72, paragrafo 2, del Codice non contiene alcun riferimento agli obiettivi di cui all'articolo 3 dello stesso. Ci si chiede se, a prescindere da tale sistematica, i suddetti obiettivi debbano essere presi in considerazione già nella verifica dell'«opportunità» dell'imposizione di un obbligo di accesso. Oppure se la sistematica dell'articolo 73, paragrafo 1, primo comma, e dell'articolo 72, paragrafo 1, in relazione al successivo paragrafo 2, del Codice vada intesa nel senso che, nel contesto delle prime due disposizioni citate, gli obiettivi di cui all'articolo 3 del Codice non devono costituire oggetto della suddetta verifica. Soltanto ove venga fornita, in tale prima fase, una risposta affermativa alla questione di «opportunità» dell'imposizione di un obbligo di accesso, sarà necessario ricorrere, in una seconda fase, all'articolo 68, paragrafo 4, lettera c), del Codice nell'esame delle misure specifiche.

2. Ad avviso del Giudice remittente, la questione pregiudiziale non trova una risposta immediata nemmeno nell'articolo 72, paragrafo 1, del Codice. Ciò è dovuto al fatto che la suddetta disposizione potrebbe richiedere che le infrastrutture di ingegneria civile facciano parte del mercato rilevante conformemente all'analisi di mercato. Tale conclusione è suffragata dal riferimento di detta normativa all'articolo 68 del Codice (v. anche Neumann, N&R 2019, pag. 152, a pag. 158) e alla disposizione dell'articolo 72, paragrafo 2, dello stesso (*argumentum e contrario*). Tale non è il caso di cui trattasi. Pertanto, è irrilevante, in primo luogo, che la disposizione dell'articolo 72, paragrafo 1, in considerazione del suo testo – in tutte le summenzionate versioni linguistiche, comprensibili da parte dei membri della Sezione – preveda un numero chiuso o esaustivo di motivi regolamentari che si oppongono all'ammissibilità di un «esame dell'insieme di obiettivi». Inoltre, può essere esclusa dall'analisi l'ambiguità del rapporto tra l'articolo 72, paragrafo 1, e l'articolo 68, paragrafo 4, lettera c), del Codice – come pure nel caso del suo articolo 73, paragrafo 1, primo comma (IV 1 c).

3. A parere del Giudice remittente, la «*sedes materiae*» della soluzione dovrebbe rinvenirsi nell'articolo 72, paragrafo 2, del Codice. In base al testo della disposizione – riferimento agli obiettivi di cui all'articolo 3 del Codice – la questione pregiudiziale sembra trovare una chiara risposta nel senso che le autorità nazionali di regolamentazione, nel verificare l'«opportunità» dell'imposizione di un obbligo di accesso a infrastrutture di ingegneria civile che non fanno parte del mercato rilevante conformemente all'analisi di mercato, possono in ogni caso valutare anche se l'obbligo sia necessario e proporzionato rispetto al conseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 3; a tal riguardo, si configura altresì un parallelismo con l'articolo 68, paragrafo 4, lettera c), del Codice. Nondimeno, la disposizione è solo apparentemente inequivoca sotto tale profilo, in quanto resta da chiarire il rapporto tanto con l'articolo 72, paragrafo 1, del Codice (a), quanto con il successivo articolo 73 (b):

a) In primo luogo, non è chiaro il modo in cui debba intendersi il rapporto tra i paragrafi 1 e 2 dell'articolo 72 del Codice: da un lato, l'articolo 72, paragrafo 1, alla luce dell'articolo 68, dello stesso può considerarsi applicabile, in base alla sua formulazione, esclusivamente a un'impresa detentrica di un potere di mercato e operante su un ipotetico mercato delle infrastrutture di ingegneria civile (v. *supra*). Ciò implicherebbe che l'articolo 72, paragrafo 2, del Codice potrebbe essere inteso come uno strumento normativo separato con requisiti autonomi con riguardo ai casi in cui – come nella presente fattispecie – il suddetto mercato non sia stato preso in considerazione. Ne discenderebbe però che gli obblighi di accesso alle infrastrutture di ingegneria civile potrebbero essere imposti a un'impresa detentrica di un potere di mercato e operante su un mercato del genere soltanto in osservanza di requisiti più rigorosi rispetto a quelli previsti dall'articolo 72, paragrafo 2, del Codice; in ogni caso, il significato di una tale differenziazione non è comprensibile *ictu oculi*. Dall'altro lato, l'articolo 72, paragrafo 1, del Codice può anche essere considerato come una norma di base, che viene precisata dal successivo paragrafo 2 unicamente per uno specifico caso.

Tale interpretazione sarebbe confermata dal fatto che la formulazione dell'articolo 72, paragrafo 2, del Codice prevede un «accesso conformemente al presente articolo»; dunque, a quanto pare, si tratta della fornitura di accesso a condizioni di base uniformi e, in virtù detta interpretazione, potrebbe inferirsi un contenuto coerente degli articoli 72, paragrafi 1 e 2, del Codice.

b) In secondo luogo, non è chiaro come debba intendersi il rapporto tra l'articolo 72, paragrafo 2, e l'articolo 73 del Codice. Non è semplice precisare se i requisiti di cui all'articolo 73, paragrafo 1, primo comma, del Codice si applichino anche alle misure previste dall'articolo 72, paragrafo 2, dello stesso qualora una decisione venga adottata nell'ambito di un «pacchetto di misure» (aa). Ulteriori problemi sorgono nel caso in cui dovesse ipotizzarsi un'interpretazione «unitaria» dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 72 - come esposto *supra* al punto IV 3 a) (bb).

aa) È dubbio se i requisiti di cui all'articolo 73, paragrafo 1, primo comma, del Codice si applichino anche alle misure previste dall'articolo 72, paragrafo 2, dello stesso qualora - come nel caso di specie - la decisione venga adottata nell'ambito di un «pacchetto di misure». Vero è che - anche con riguardo all'articolo 72, paragrafo 1 - l'assenza degli elementi di valutazione così formulati: «ostacolo all'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio o contrarietà all'interesse dell'utente finale» nell'articolo 72, paragrafo 2, può essere spiegata, in linea di principio, con il fatto che il legislatore dell'Unione abbia ritenuto che le misure di cui agli articoli 73 e 72 del Codice vengano imposte mediante un «pacchetto di misure», con la conseguenza che le limitazioni previste dall'articolo 73, paragrafo 1, primo comma, trovano applicazione anche nell'imposizione degli obblighi di cui all'articolo 72, paragrafo 2, del Codice, cosicché si configurerebbe un «parallelismo» dei requisiti di cui alle menzionate disposizioni. A favore della suddetta interpretazione potrebbe deporre altresì l'articolo 73, paragrafo 2, secondo comma, e tale sembra essere stata anche l'intenzione del legislatore tedesco. Dunque, le difficoltà di interpretazione dell'articolo 73, paragrafo 1, primo comma (IV 1.) «potrebbero riverberarsi» anche sull'articolo 72, paragrafo 2.

Orbene, un'interpretazione del genere relativa ad un'attività inserita in un «pacchetto di misure» - che comporterebbe l'estensione dei requisiti di cui all'articolo 73, paragrafo 1, primo comma, del Codice ad un'attività ai sensi del suo articolo 72, paragrafo 2 - non risulta dal testo delle disposizioni. Contro un «parallelismo» dei requisiti di attività ai sensi dell'articolo 72, paragrafo 2, e dell'articolo 73 milita invece il fatto che l'articolo 73, paragrafo 2, secondo comma, e, in particolare, l'espressione «bloße Auferlegung» (mera imposizione) ivi utilizzata nella versione tedesca, suggerisce che il legislatore dell'Unione considera l'obbligo di accesso alle infrastrutture di ingegneria civile, in linea di principio, meno lesivo; in tal senso v. pure considerando 187 del Codice (v. Neumann, N&R 2016, pagg. 262, 267 e N&R 2018, pagg. 204, 206 e seg.; Scherer/Heinickel, MMR 2017, pagg. 71, 75). Se tale fosse il caso, ciò deporrebbe a favore dell'applicazione di requisiti meno rigorosi - e non coincidenti - con riguardo alle attività menzionate nell'articolo 72, paragrafo 2, del Codice.

bb) Ulteriori problemi sorgono qualora si ipotizzi un'interpretazione «unitaria» dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 72 del Codice – come esposto *supra* al punto IV 3 a). Prendendo in considerazione, infatti, il rapporto tra l'articolo 72, paragrafo 1, e l'articolo 73, in virtù dell'articolo 72, paragrafo 1 – probabilmente in funzione dalle versioni linguistiche dell'articolo 73 – viene formulato un programma di verifica meno ampio rispetto all'articolo 73, paragrafo 1, primo comma, del Codice. D'altro canto, però, la formulazione dell'articolo 73, paragrafo 2, secondo comma, del Codice suggerisce che il legislatore dell'Unione considera l'obbligo di accesso alle infrastrutture di ingegneria civile, in linea di principio, meno lesivo (v. *supra*). Tale conclusione si trova, a sua volta, in una certa tensione con l'articolo 72, paragrafo 1, che definisce in maniera più restrittiva rispetto all'articolo 73, paragrafo 1, primo comma – nella versione tedesca, v. *supra* – i motivi regolamentari applicabili e, in particolare non ammette ulteriori elementi di valutazione. È significativo che, con riguardo all'articolo 73, paragrafo 2, secondo comma, del Codice non si chieda se la mera imposizione di obblighi conformemente all'articolo 72 costituisca uno strumento proporzionato per evitare di «ostacolare l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato», bensì se l'obbligo di cui all'articolo 72, costituisca uno strumento proporzionato «con cui promuovere la concorrenza e gli interessi degli utenti finali». Per stabilire se qualcosa venga ostacolato oppure semplicemente promosso occorre avvalersi di due distinti parametri di valutazione.

[OMISSIS]