

Mål C-494/21

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

11 augusti 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

High Court (Irland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

30 juli 2021

Klagande:

Eircom Limited

Motpart:

Commission for Communications Regulation

HIGH COURT

COMMERCIAL COURT

[utelämnas]

[utelämnas]

[Förfaranderättsliga frågor] [utelämnas] [Orig. s. 2] [utelämnas]

Rätten har beslutat att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen, i enlighet med artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, i den fråga som rätten prövade i sitt skriftliga avgörande av den 5 maj 2021, för att kunna avgöra nämnda fråga, som lyder på följande sätt:

I fall där

- i) telekommunikationsmarknaden har avreglerats och det finns flera verksamma leverantörer av telekommunikationstjänster på marknaden,
- ii) en tjänsteleverantör ("leverantören av samhällsomfattande tjänster" eller "leverantören") har valts ut av den nationella regleringsmyndigheten

för att fullgöra skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster ("skyldigheten"), [Orig. 3]

iii) den nationella regleringsmyndigheten har fastställt att det finns en positiv nettokostnad i samband med fullgörandet av skyldigheten ("nettokostnaden för skyldigheten"), och

iv) den nationella regleringsmyndigheten har fastställt att nettokostnaden för skyldigheten är betydande i förhållande till den administrativa kostnaden för att inrätta ett system för att fördela nettokostnaden för skyldigheten mellan marknadsaktörerna, samt

om den nationella regleringsmyndigheten, enligt dess skyldigheter i direktiv 2002/22 om samhällsomfattande tjänster, ska bedöma huruvida nettokostnaden för skyldigheten överskrider leverantörens förmåga att bära densamma, med hänsyn tagen till alla leverantörens egenskaper, bland annat nivån på dess utrustning, dess ekonomiska och finansiella situation och dess marknadsandel (såsom anges i punkt 42 i domen i målet Base), får då den nationella regleringsmyndigheten enligt direktiven göra en sådan bedömning enbart med hänsyn tagen till leverantörens egenskaper/situation eller måste den bedöma leverantörens egenskaper/situation i förhållande till konkurrenterna på den aktuella marknaden?

[utelämnas] [Orig. s. 4] [utelämnas]

1 [utelämnas] [Förkortningar]

[utelämnas] [Orig. s. 5] [utelämnas]

I. DOMSTOL SOM BEGÄR FÖRHANDSAVGÖRANDE

2 [utelämnas]

II. PARTERNA I DET NATIONELLA MÅLET OCH DERAS OMBUD

3 [utelämnas]

4 [utelämnas]

5 [utelämnas]

6 [utelämnas] [Orig. s. 6] [utelämnas]

III. SAKEN I DET NATIONELLA MÅLET

- 7 Europeiska unionens domstol ombeds klargöra hur domen i mål C-389/08, Base, ska tillämpas. Målet rör tolkningen av direktivet om samhällsomfattande tjänster och närmare bestämt bedömningen av huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande, i fall där det bara finns en leverantör av samhällsomfattande tjänster (nedan kallad leverantören av samhällsomfattande tjänster eller leverantören) på den irländska marknaden men flera leverantörer av telekommunikationstjänster.
- 8 Målet vid den nationella domstolen rör ett överklagande av ett myndighetsbeslut till High Court i Irland vilket har ingetts av Eircom i enlighet med regulation 4 i European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 (2011 års förordning (ramförordning) om Europeiska gemenskaperna (Elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster)) (nedan kallad ramförordningen).
- 9 Eircom har yrkat uppskov med verkställigheten av fem beslut som har fattats av Commission for Communications Regulation (ComReg) (den irländska nationella regleringsmyndigheten). ComReg ansåg att Eircoms nettokostnad för att fullgöra skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster (nedan kallad skyldigheten) i samband med tillhandahållandet av tillträde i fasta anslutningspunkter under åren mellan 2010–2011 och 2014–2015 inte var oskäligt betungande för Eircom och att detta motiverade avslag på Eircoms ansökningar om finansiering i enlighet med regulation 11 i European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 (2011 års förordning om Europeiska gemenskaperna (Elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster) (Samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter) (nedan kallad förordningen om samhällsomfattande tjänster).

IV. KRONOLOGISK ÖVERSIKT

- 10 Den 30 juni 2011, till följd av ett offentligt samråd, utsågs Eircom på nytt av ComReg till leverantör av samhällsomfattande tjänster för att tillhandahålla tillträde i fasta anslutningspunkter under en tvåårsperiod och för att fullgöra alla andra delar av skyldigheten, från den 1 juli 2010 till den 30 juni 2012. Senare beslutades det att Eircom skulle utses på nytt för vissa delar av den samhällsomfattande tjänsten, och villkoren och skyldigheterna förändrades mot bakgrund av marknadsvillkoren. Eircom är fortfarande i dag den enda leverantör av samhällsomfattande tjänster som tillhandahåller tillträde i en fast anslutningspunkt samt en taltelefonitjänst och offentliga telefonautomater i Irland.
- 11 Den 31 maj 2011, till följd av en rad offentliga samråd, offentliggjorde ComReg beslut 04/11, som bestod av ett antal numrerade beslut om de principer och metoder som ska tillämpas för att beräkna nettokostnaderna och nettointäkterna för skyldigheten, principer **[Orig. s. 7]** och metoder för att beräkna de övriga fördelar som skyldigheten innebar och tillvägagångssättet för att fastställa

huruvida nettokostnaden var oskäligt betungande för leverantören av samhällsomfattande tjänster. Villkoren i de berörda besluten om detta tillvägagångssätt anges i bilaga A.

- 12 Mellan september 2014 och mars 2016 ansökte Eircom om finansiering av nettokostnaden för skyldigheten för vart och ett av de fem åren från och med 2010–2011 till och med 2014–2015, i enlighet med regulation 11 i förordningen om samhällsomfattande tjänster.
- 13 Ett offentligt samråd hölls med avseende på var och en av de fem ansökningarna, varpå ComReg den 18 april 2019 offentliggjorde sina fem beslut (nedan kallade besluten) om att den positiva nettokostnad som Eircom hade ådragit sig vid fullgörandet av skyldigheten under vart och ett av åren 2010–2011 och 2014–2015 inte under några omständigheter var oskäligt betungande.
- 14 Eircom överklagade besluten den 15 maj 2019 och hävdade att ComReg felaktigt hade konstaterat att den ekonomiska bördan inte var oskäligt betungande för Eircom.

V. DE OMTVISTADE BESLUTEN

- 15 ComReg utfärdade ett separat beslut för vart och ett av de år som Eircom ansökte om finansiering för. Besluten offentliggjordes tillsammans, och i vart och ett av dem slogs det fast att nettokostnaden inte var oskäligt betungande för Eircom.
- 16 Enligt ComRegs beräkningar låg Eircoms totala nettokostnad för skyldigheten under de fem åren på strax under 43 miljoner euro. Den positiva nettokostnad som ComReg konstaterade för respektive år anges i bilaga B.
- 17 Eircoms rörelseresultat för dess verksamhet avseende det fasta nätet under den aktuella femårsperioden låg på 1,397 miljarder euro, och siffran för vart och ett av de aktuella åren anges i bilaga C.
- 18 ComReg grundade vart och ett av besluten på en rapport om oskäligt betungande ekonomisk börda ("Unfair Burden Report") som hade tillhandahållits av Oxera, en ekonomikonsultbyrå, med avseende på respektive år. Oxeras rapport för året 2014–2015 bifogas i bilaga D som ett exempel, tillsammans med motsvarande beslut från ComReg i bilaga E.
- 19 I varje beslut konstaterades det att det förelåg en verifierbar och verifierad direkt nettokostnad, att fördelarna med skyldigheten inte översteg nettokostnaden (det vill säga att det förelåg en positiv nettokostnad [**Orig. s. 8**] och att den positiva nettokostnaden var betydande i förhållande till den administrativa kostnaden för ett fördelningssystem (och därmed uppfyllde villkoren i punkterna i), ii) och iii) a) i beslut 38, såsom anges i bilaga A).

- 20 Oxera konstaterade i var och en av rapporterna att lönsamheten för leverantören av samhällsomfattande tjänster och dennes möjlighet att erhålla en rimlig avkastning på sitt sysselsatta kapital inte i väsentlig mån hade påverkats av nettokostnaden för skyldigheten under den aktuella perioden (för vilken en bedömning skulle göras enligt beslut 40, såsom anges i bilaga A).
- 21 Det riktmerke som Oxera tillämpade (och som ComReg införde) för att avgöra huruvida Eircom erhöll en rimlig avkastning var en jämförelse mellan ett mått på avkastning på sysselsatt kapital ("ROCE"¹) avseende Eircoms ekonomiska avkastning och en reglerad vägd genomsnittlig kapitalkostnad ("WACC"), en kostnad som ComReg hade fastställt på förhand. I rapporten för 2014–2015 konstaterades det exempelvis att avkastningen på sysselsatt kapital inbegripet nettokostnaden för Eircoms verksamhet avseende det fasta nätet (i detaljhandels- och grossistledet) låg på 11,4 procent, medan den reglerade vägda genomsnittliga kapitalkostnaden för Eircom låg på 8,18 procent (och avkastningen på sysselsatt kapital inom verksamheten avseende det fasta nätet inbegripet nettokostnaden översteg den vägda genomsnittliga kapitalkostnaden under vart och ett av de år som bedömdes). I bilaga F finns en tabell över dessa siffror för vart och ett av de år som bedömdes. Oxera tog även hänsyn till andra indikatorer (om än Eircom anser att Oxera inte fäste någon vikt vid dessa) på Eircoms finansiella ställning och ekonomiska situation, inbegripet Eircoms egen marknadsandel på fastnätsmarknaden sett till intäkter, förändringar i Eircoms genomsnittliga intäkter per användare över tid och förändringar i Eircoms kundantal över tid för att få fram en "bredare kontext" för den genomförda lönsamhetsanalysen. Oxera konstaterade för vart och ett av de år som bedömdes att Eircoms lönsamhet och möjlighet att erhålla en rimlig avkastning på sitt sysselsatta kapital inte i väsentlig mån hade påverkats av nettokostnaden för skyldigheten och att nettokostnaden under ansökningsperioden därför inte överskred Eircoms förmåga att bära densamma.
- 22 Oxera uppgav att det, på grundval av den utförda analysen, således inte hade bedömts huruvida nettokostnaden väsentligt påverkade Eircoms förmåga att konkurrera på lika villkor med växande konkurrenter i enlighet med beslut 41 (såsom anges i bilaga A).
- 23 ComReg konstaterade att slutsatsen, för vart och ett av ansökningsåren, att det inte förelåg någon betydande påverkan på Eircoms lönsamhet och möjlighet att erhålla en rimlig avkastning på sitt sysselsatta kapital visade att nettokostnaden inte hade medfört någon betydande konkurrensnackdel för Eircom. ComReg ansåg således att det saknades anledning att göra en sådan bedömning av snedvridning av konkurrensen som anges i beslut 41 i beslut 04/11. **[Orig. s. 9]**

¹ ROCE är ett redovisningsbaserat mått på ekonomisk avkastning som mäter förhållandet mellan rörelsevinsten och det sysselsatta kapitalet i ett företag.

- 24 Varken ComReg eller Oxera gjorde någon bedömning av Eircoms konkurrenter på marknaden. Såväl Oxeras rapporter som ComRegs beslut är inriktade på Eircoms egenskaper.

VI. MARKNADEN FÖR FASTA TELEKOMMUNIKATIONER I IRLAND

- 25 De nationella marknadsandelarna för marknadsaktörerna på fastnätsmarknaden i Irland under den aktuella perioden, såsom de framgår av ComRegs marknadsöversyn 2015, anges i bilaga G. Av denna framgår att Eircoms (den tidigare monopolinnehavarens) nationella marknadsandel i fråga om fasta telefonabonnemang minskade från 74,5 procent (första kvartalet 2010) till 47,2 procent (fjärde kvartalet 2014), medan Virgin till exempel ökade sin nationella andel från 5 procent till 21,7 procent under samma period. Enligt ComRegs marknadsöversyn 2014 hade Virgin en marknadsandel i Dublin på 42 procent, vilket ska jämföras med Eircom som hade 44 procent enligt en hushållsundersökning 2013.
- 26 Eircom har varit det enda utsedda företaget som har haft ett betydande marknadsinflytande på ett antal fastnätsmarknader (i grossist- och detaljhandelsledet), vilket innebär att dess grossist- och detaljhandelspriser är reglerade. Av denna anledning är Eircom den enda marknadsaktör som ComReg har tillämpat en vägd genomsnittlig kapitalkostnad för. Det är inte omfattningen av den reglerade vägda genomsnittliga kapitalkostnaden som bestrids utan lämpligheten av att använda den vid bedömningen av huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande.
- 27 Leverantören av samhällsomfattande tjänster är bland annat skyldig att tillgodose varje skälig begäran från allmänheten om anslutning i en fast anslutningspunkt till det allmänna kommunikationsnätet till ett enhetligt nationellt pris som fastställs av leverantören av samhällsomfattande tjänster (geografiskt genomsnittspris).
- 28 Den största delen av nettokostnaden för skyldigheten (mer än 85 procent under perioden 2014–2015) uppkommer till följd av tjänster i samband med skyldigheten som tillhandahålls till förlustkunder i icke-förlustområden eller icke-förlustkunder i förlustområden.
- 29 Det råder oenighet kring om huruvida dessa omständigheter är relevanta för överklagandet, men det är ostridigt att det i princip är ett av särdragen för en konkurrensutsatt telekommunikationsmarknad att även tjänsteleverantörer som inte är leverantörer av samhällsomfattande tjänster vinner på att ha kunder anslutna till nätet, vilka i annat fall inte hade kunnat ta del av tjänsterna ("positiva externa effekter"), eller att det också är ett erkänt särdrag hos sådana konkurrensutsatta marknader att alla tjänsteleverantörer teoretiskt sett kan "plocka ut godbitarna" i mer lönsamma geografiska områden.

VII. ANFÖRDA BESTÄMMELSER [Orig. s. 10]

- 30 Vid den aktuella tidpunkten utgjordes EU:s regelverk för elektronisk kommunikation av ramdirektivet och fyra särdirektiv, varav direktivet om samhällsomfattande tjänster är relevant inom ramen för detta överklagande.
- 31 I ramdirektivet föreskrivs att varje medlemsstat utser ett eller flera behöriga organ som ska fungera som nationella regleringsmyndigheter och att detta eller dessa organ ska ansvara för de regleringsskyldigheter som fastställs i ramdirektivet och i vart och ett av särdirektiven. I artikel 3.3 föreskrivs att "[m]edlemsstaterna skall säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna utövar sina befogenheter på ett sätt som är opartiskt och öppet redovisat".
- 32 ComReg är, i egenskap av tillsynsmyndighet för sektorn för elektronisk kommunikation i Irland, nationell regleringsmyndighet i den mening som avses i ramdirektivet och särdirektiven.
- 33 I artiklarna 7 och 8 i ramdirektivet fastställs de principer som de nationella regleringsmyndigheterna ska tillämpa, bland annat principerna om icke-diskriminering, upprätthållande av konkurrens, proportionalitet och öppenhet.²
- 34 Följande bestämmelser i direktivet om samhällsomfattande tjänster är relevanta för de frågor i detta förfarande som ligger till grund för parternas begäran om ett förhandsavgörande enligt artikel 267:
- Artikel 1 om samhällsomfattande tjänsters syfte och grundläggande art.
 - Artikel 3 om skyldigheter för medlemsstaterna att säkerställa att samhällsomfattande tjänster finns tillgängliga med beaktande av vissa angivna principer.
 - Artikel 12 om de åtgärder som ska vidtas när en nationell regleringsmyndighet anser att en leverantör av samhällsomfattande tjänster kan vara föremål för en oskäligt betungande ekonomisk börda.
 - Artikel 13 där det föreskrivs att om en nationell regleringsmyndighet har konstaterat att den ekonomiska bördan blir oskäligt betungande för en leverantör av samhällsomfattande tjänster ska den, på leverantörens begäran, antingen införa ett system för att på öppet redovisade villkor via offentliga medel ersätta leverantören för de fastställda nettokostnaderna och/eller fördela nettokostnaden för samhällsomfattande tjänster mellan olika leverantörer av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster på marknaden.
 - Del A i bilaga IV, om hur nettokostnaderna för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster ska beräknas.³ [Orig. s. 11]

² Artiklarna 2 g och 3.1 samt skälen 1 och 36 i ramdirektivet är också av relevans.

- 35 På nationell nivå föreskrivs det i regulation 11 i förordningen om samhällsomfattande tjänster (S.I. nr 337/2011)⁴ att leverantören av samhällsomfattande tjänster kan vända sig till ComReg för fastställande av att nettokostnaderna för skyldigheten är oskäligt betungande för leverantören.
- 36 I regulation 12 föreskrivs det att om ComReg konstaterar att den ekonomiska bördan blir oskäligt betungande för en leverantör av samhällsomfattande tjänster ska myndigheten fördela nettokostnaden för skyldigheten mellan leverantörer av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

VIII. Mål C-389/08, Base

- 37 Parterna är oense om innebörden av EU-domstolens slutsatser i domen i mål C-389/08, Base, och huruvida dessa är tillämpliga vid bedömningen av huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande i fall där det endast finns en leverantör av samhällsomfattande tjänster på marknaden samt om vilket kriterium som ska tillämpas vid fastställande av huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande mer generellt. Målet behöver därför hänskjutas till EU-domstolen, framför allt vad gäller frågan huruvida domen i mål C-389/08, Base, är tillämplig på detta mål.
- 38 Bakgrunden till hänskjutandet till EU-domstolen i det målet var ett regelverk enligt vilket alla marknadsaktörer var potentiella leverantörer av samhällsomfattande tjänster om deras kunder hade rätt till sociala taxor. I belgisk rätt föreskrevs att operatören ska kompenseras om operatören beviljar en större andel av de totala sociala taxor som beviljas på marknaden än vad som motsvarar operatörens marknadsandel.
- 39 Nettokostnaderna beräknades emellertid inte i förhållande till varje enskild operatörs egenskaper utan baserades på kostnaderna för Belgacom, den tidigare monopolinnehavaren.
- 40 EU-domstolen konstaterade följande i punkterna 42 och 43 vad beträffar innebörden av ”oskäligt betungande”:⁵

”Det framgår därvid av skäl 21 i direktiv 2002/22 att gemenskapslagstiftaren avsett att koppla de system för effektiv täckning av de nettokostnader som tillhandahållandet av den samhällsomfattande tjänsten kan medföra för ett företag till att detta är oskäligt betungande för företaget. Då gemenskapslagstiftarens inställning är att nettokostnaden för en samhällsomfattande tjänst inte nödvändigtvis är oskäligt betungande för alla

³ Följande skäl är också relevanta för frågorna i förevarande förfarande: skälen 2, 3, 4, 18, 21 och 23.

⁴ Förordningen om samhällsomfattande tjänster.

⁵ Samma principer fastställs i domen i mål C-222/08, kommissionen/Belgien, angående ett överträdelseförfarande som hade inletts av kommissionen.

de berörda företagen, har avsikten varit att utesluta att varje nettokostnad för att tillhandahålla en sådan tjänst automatiskt ger rätt till ersättning. Den [Orig. s. 12] oskäligt betungande börda vars existens den nationella regleringsmyndigheten ska fastställa innan den beviljar någon ersättning är därför den börda som för vart och ett av de berörda företagen överskrider dess förmåga att bära densamma, med hänsyn tagen till alla företagets egenskaper, bland annat nivån på dess utrustning, dess ekonomiska och finansiella situation och dess marknadsandel.

Det ankommer på den nationella regleringsmyndigheten att bestämma de generella kriterierna för att fastställa de gränser över vilka en kostnad, med hänsyn till ovannämnda egenskaper, ska anses orimlig, då detta inte har preciserats i direktiv 2002/22. Myndigheten måste dock bedöma den specifika situationen för varje berört företag utifrån dessa kriterier för att kunna slå fast att kostnaden för att tillhandahålla en samhällsomfattande tjänst är oskäligt avseende tillämpningen av artikel 13 i direktivet.”

- 41 Det är ostridigt att såväl ComReg som High Court i Irland är bundna av principen om lojalt samarbete när det gäller att tillämpa EU-domstolens slutsatser. Parterna är oense om hur domen i mål C-389/08, Base, ska tolkas och om hur den ska tillämpas på de faktiska omständigheterna i förevarande fall.

IX. PARTERNAS STÅNDPUNKTER I DE RÄTTSLIGA FRÅGORNA

- 42 Parterna är överens om att ComReg har en lagstadgad skyldighet att fastställa huruvida kostnaden (netto utan fördelar) för att fullgöra skyldigheten är oskäligt betungande för leverantören av samhällsomfattande tjänster. Parterna är emellertid oense om innebörden av EU-domstolens slutsatser i domen i mål C-389/08, Base, och om hur de ska tillämpas på bedömningen av huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande i fall där det endast finns en leverantör av samhällsomfattande tjänster på marknaden och om vilket kriterium som ska tillämpas för att fastställa huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande mer generellt.

Eircoms ståndpunkt

- 43 Eircoms anser följande, i den mån det är relevant för de frågor som ligger till grund för denna begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267:
- i) För att fastställa huruvida skyldigheten är oskäligt betungande på en konkurrensutsatt marknad måste en konkurrensanalys göras för att bedöma huruvida den nettokostnad för skyldigheten som ensidigt har påtvingats leverantören av samhällsomfattande tjänster snedvrider konkurrensen genom att nämnda leverantör får en konkurrensnackdel gentemot sina konkurrenter på marknaden.

- ii) Leverantörens relativa förmåga att bära nettokostnaden för skyldigheten bör bedömas, med hänsyn tagen till Eircoms egenskaper men även till konkurrenternas egenskaper. Den oberoende ekonomiexpert som Eircom har anlitat anser att **[Orig. s. 13]** det utan en sådan bedömning finns en betydande risk för att det uppkommer en situation där alla leverantörer av kommunikationstjänster drar nytta av skyldighetens positiva externa effekter men där endast leverantören av samhällsomfattande tjänster bär kostnaderna för denna, trots att denne inte har avsevärt bättre förutsättningar för att göra detta, vilket per definition bör anses vara orättvist eftersom det inte finns någon anledning till en sådan skillnad i behandling.
- iii) Den omständigheten att det i domen i mål C-389/08, Base, hänvisas till behovet av att beakta egenskaperna hos en leverantör av samhällsomfattande tjänster måste ses mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i det målet, där det fanns flera leverantörer av samhällsomfattande tjänster och där den nationella regleringsmyndigheten genom sitt rättsstridiga beteende behandlade den eventuellt oskäligt betungande ekonomiska bördan för var och en av dessa leverantörer på ett generiskt sätt. EU-domstolens argumentation måste ses mot denna bakgrund och inte som en fullmakt att beakta egenskaperna hos endast ett företag på en konkurrensutsatt marknad.
- iv) De egenskaper som ska beaktas inom ramen för det kriterium som anges i domen i mål C-389/08, Base, däribland nivån på utrustningen och marknadsandelen, är i allt väsentligt jämförande förutsättningar som endast kan vara relevanta för den fördel eller nackdel som leverantören av samhällsomfattande tjänster har gentemot sina konkurrenter.
- v) Slutsatserna i domen i mål C-389/08, Base, måste också ses mot bakgrund av de bindande skyldigheter som de nationella regleringsmyndigheterna har enligt ramdirektivet och direktivet om samhällsomfattande tjänster samt mot bakgrund av de allmänna unionsrättsliga principerna. Det framgår tydligt av ordalydelsen i ramdirektivet och direktivet om samhällsomfattande tjänster samt de allmänna unionsrättsliga principerna att ComReg har en bindande skyldighet i egenskap av nationell regleringsmyndighet att minimera snedvridningen av konkurrensen.
- vi) Det faktum att ComReg fastställde en mycket hög tröskel som behövde nå innan det ansågs föreligga en ”betydande påverkan” på lönsamheten och/eller möjligheten att erhålla en rimlig avkastning på sysselsatt kapital innan någon bedömning görs av huruvida en ekonomisk börda medför en konkurrensnackdel för leverantören av samhällsomfattande tjänster innebär att ComReg åsidosätter sina skyldigheter som nationell regleringsmyndighet enligt ramdirektivet och direktivet om samhällsomfattande tjänster.
- vii) Det finns brister i metoden för att bedöma huruvida nettokostnaden för skyldigheten har medfört en konkurrensnackdel för leverantören av samhällsomfattande tjänster genom att pröva huruvida leverantörens

- avkastning på sysselsatt kapital har överstigit dess vägda genomsnittliga kapitalkostnad under det aktuella året. Med ComRegs metod bedöms enbart huruvida leverantören har kunnat absorbera kostnaden utan att avkastningen på sysselsatt kapital har minskat till nivån för den vägda genomsnittliga kapitalkostnaden. Dessutom avser tröskeln avkastningen på sysselsatt kapital inom all den grossist- och detaljhandelsverksamhet vid Eircom som avser det fasta nätet och inte den verksamhet som skyldigheten avser (vilken endast utgörs av detaljhandel).
- viii) Det kan aldrig vara objektivt motiverat att införa en ensidig skyldighet för ett företag på en konkurrensutsatt marknad att finansiera en samhällsomfattande tjänst enbart på grund av att den nationella regleringsmyndigheten anser att företaget skulle kunna bära kostnaden på kort och medellång sikt. Den omständigheten att leverantören av samhällsomfattande tjänster har en avkastning på sysselsatt kapital som överstiger dess vägda genomsnittliga kapitalkostnad visar inte i sig **[Orig. s. 14]** att leverantören kan absorbera kostnaden utan att det skadar leverantörens konkurrenskraft på marknaden. Det säger ingenting om leverantörens eller konkurrenternas marknadsinflytande och är en svag indikator på marknadsvillkoren och skyldighetens konkurrenspåverkan.
- ix) Avkastningen på sysselsatt kapital för var och en av marknadsaktörerna under den aktuella perioden har beräknats av Eircoms ekonomiexpert och anges i bilaga H. Den oberoende ekonomiexpert som Eircom har anlitat anser att siffrorna visar att Eircoms genomsnittliga avkastning på sysselsatt kapital under perioden 2010–2015 är den lägsta bland alla de aktörer som ingick i analysen.
- x) Den vägda genomsnittliga kapitalkostnad som ComReg har fastställt beträffande Eircom är inget lämpligt riktmärke: Den oberoende ekonomiexperten har belägg för att i många näringar har företaget en avkastning som överstiger den vägda genomsnittliga kapitalkostnaden och att varje aktör på denna marknad har en lönsamhet som ligger mycket över den vägda genomsnittliga kapitalkostnad som tillämpats på Eircom. Skyldigheten, som är en lagstadgad skyldighet vars syfte är att säkerställa att användarna får tillgång till en rad grundläggande kommunikationstjänster till överkomliga priser, syftar inte till att minska leverantörens avkastning i en konkurrensutsatt miljö. Att ensidigt påföra leverantören kostnaden för skyldigheten, även om detta medför en konkurrensnackdel för leverantören av samhällsomfattande tjänster och oberoende av det faktum att dennes större konkurrenter inte har blivit föremål för någon åtgärd för att sänka deras vinster till en liknande nivå, strider mot målen i ramdirektivet och direktivet om samhällsomfattande tjänster att säkerställa proportionalitet och undvika diskriminering och snedvridning av konkurrensen.
- xi) Enligt den bevisning som Eircoms ekonomiexpert har lagt fram och som inte har ifrågasatts av ComRegs ekonomiexpert skulle nettokostnaden under

- perioden 2010–2011 ha behövt uppgå till 244 miljoner euro för att uppfylla kriteriet (motsvara 62 procent av rörelseresultatet), och vidare skulle det lägsta belopp, under de år för vilka finansiering har begärts, som skulle ha uppfyllt kriteriet för ett av åren ha utgjort en nettokostnad på 51 miljoner euro (motsvara 23 procent av rörelseresultatet).
- xii) Det kriterium som ComReg har angett i sina beslut innebär att det endast föreligger en oskäligt betungande ekonomisk börda när Eircoms avkastning på sysselsatt kapital för hela verksamheten avseende det fasta nätet har minskat till en nivå där det, enligt ekonomiexperternas belägg, skulle börja bli svårt att anskaffa nytt kapital. Detta strider mot regelverket, som syftar till att främja en effektiv konkurrens.
- xiii) I den mån som slutsatserna i domen i mål C-389/08 är relevanta för marknader med en enda leverantör av samhällsomfattande tjänster måste den nationella regleringsmyndigheten därmed först göra en individuell bedömning av en leverantörs verkliga nettokostnader, utan att göra några som helst allmänna antaganden om förhållandet mellan en positiv nettokostnad och en oskäligt betungande ekonomisk börda, och därefter fullgöra sin bindande skyldighet enligt direktivet om samhällsomfattande tjänster att avgöra huruvida det föreligger en oskäligt betungande ekonomisk börda på den marknad, i hela dess faktiska sammanhang, som leverantören av samhällsomfattande tjänster är verksam på. **[Orig. s. 15]**
- xiv) Eircoms lönsamhet och möjlighet att erhålla en skälig avkastning påverkas i betydande mån av nettokostnaden för leverantören av samhällsomfattande tjänster, eftersom den medför en merkostnad för Eircom som dess konkurrenter inte bär utan att Eircom får någon motprestation (till exempel ett monopolliknande marknadsinflytande på detaljhandelsmarknaden) för att kompensera för nackdelen med den börda som merkostnaden utgör. Huruvida det föreligger en ”betydande påverkan” på lönsamheten och/eller möjligheten att erhålla en rimlig avkastning kan inte fastställas genom en lönsamhetströskel och därmed utan hänsyn tagen till snedvridning av konkurrensen och sakliga skäl.

ComRegs ståndpunkt

- 44 ComRegs ståndpunkt är följande, i den mån som den är relevant för de frågor som ligger till grund för denna begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267:
- i) Slutsatserna i domen i mål C-389/08, Base, är att fokus ska sättas på leverantörens förmåga att bära nettokostnaden med hänsyn tagen till leverantörens egenskaper. Detta kriterium medför en ensidig analys av ett företags egen förmåga att bära den ekonomiska bördan, och inte någon analys av alla konkurrenter på marknaden och deras respektive förmåga att bära nettokostnaden.

- ii) Direktivet om samhällsomfattande tjänster innebär inte bara att de nationella regleringsmyndigheterna får fastställa allmänna och objektiva kriterier för att kunna avgöra huruvida en börda kan betraktas som oskäligt betungande utan kräver uttryckligen att de nationella regleringsmyndigheterna gör detta, såsom anges i domen i mål C-389/08, Base. Dessa kriterier har inte fastställts i direktivet eller av EU-domstolen utan ska fastställas av varje nationell regleringsmyndighet. Det är således inte förvånande att varje medlemsstat har antagit egna kriterier och att dessa varierar beroende på medlemsstat.
- iii) Det kriterium som anges i domen i mål C-389/08 avser huruvida nettokostnaden överskrider leverantörens förmåga att bära densamma, mot bakgrund av fastställda kriterier som är inriktade på leverantörens särdrag.
- iv) Med hänsyn till det kriterium som anges i domen i mål C-389/08, Base, är lönsamhet en kritisk variabel för att fastställa Eircoms förmåga att bära nettokostnaden.
- v) ComReg har gjort gällande att Eircoms lönsamhet och möjlighet att erhålla en rimlig avkastning på sitt sysselsatta kapital är mått på företagets ekonomiska ställning och att de ska användas för att bedöma företagets förmåga att bära den ekonomiska börda som nettokostnaden innebär. ComReg har hävdade att den vägda genomsnittliga kapitalkostnad som är tillåten enligt lag är en konkurrensmässig referensnivå avseende avkastning som är lämplig att använda vid bedömningen. Regleringsorgan och myndigheter tillämpar ofta den vägda genomsnittliga kapitalkostnaden i konkurrensärenden som ett riktmärke för den avkastning som investerare (det vill säga aktieägare och långivare) kan förvänta sig från investeringar i ett företag. Den vägda genomsnittliga kapitalkostnaden motsvarar en investerares alternativkostnad för att bära risken med att investera i ett företag eller, med andra ord, det referensvärde som en investerare skulle kräva för att investera. **[Orig. s. 16]**
- vi) Oxeras rapporter och ComRegs beslut är inriktade på Eircoms egenskaper och Eircoms förmåga att bära nettokostnaden. Den slutsats som drogs i dessa var att nettokostnaden inte överskred Eircoms förmåga att bära densamma, i överensstämmelse med kriteriet.
- vii) Ett företags förmåga att korssubventionera från den vinst som har uppkommit är relevant för förmågan att bära nettokostnaden för skyldigheten, och korssubventionering som princip ligger bakom resonemanget i domen i mål C-389/08, Base.
- viii) Eircom har understrukt att det var orättvist att företaget behövde bära en kostnad på 45 miljoner euro under loppet av fem år och har bortsett från att det under samma period hade ett rörelseresultat på 1,397 miljarder euro.

Detta ska noteras, eftersom bedömningen av huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande avser leverantörens förmåga att bära nettokostnaden.

- ix) Viktigt är att Eircom inte har lagt fram några bevis för att dess lönsamhet och möjlighet att erhålla en rimlig avkastning på sysselsatt kapital påverkades i betydande mån av nettokostnaden för skyldigheten. Eircom har inte heller gjort gällande att nettokostnaden för skyldigheten resulterar i bristande lönsamhet (eftersom det inte finns någon bristande lönsamhet) och särskilt inte i en oförmåga att bära kostnaden. Den absoluta vinstnivån och den analys som har gjorts av avkastningen på sysselsatt kapital i förhållande till den vägda genomsnittliga kapitalkostnaden visar att nettokostnaden inte hade någon betydande inverkan på Eircoms lönsamhet. Under året 2010–2011 till exempel hade Eircom ett rörelseresultat på 388 miljoner euro medan företaget bar en positiv nettokostnad för det året på 7,5 miljoner euro, samtidigt som det verkade i en konkurrensutsatt miljö.
- x) Det finns ingenting i domen i mål C-389/08, Base, som säger eller stöder påståendet att ComReg måste bedöma leverantörens konkurrenter, deras vinst, deras marknadsandel och den fördel som de erhåller genom skyldigheten. Inget i domen i mål C-389/08 tyder på att en sådan marknadsanalys måste göras eller att någon som helst jämförelse måste göras mellan Eircom och dess konkurrenter, innan det fastställs huruvida Eircom kan bära den börda som nettokostnaden innebär.
- xi) ComReg har hävdats att konkurrenternas marknadsandelar och utvecklingen av dessa (såsom Eircom har gjort gällande) inte är någon indikation, och inte heller en mindre avgörande sådan, på Eircoms förmåga att bära nettokostnaden. ComReg har gjort gällande, vad gäller övriga marknadsaktörers avkastning på sysselsatt kapital som Eircom har angett i bilaga H, att den analysen av avkastningen på sysselsatt kapital innehåller volatila och motsägelsefulla datapunkter om konkurrenternas lönsamhet och att den under alla omständigheter är irrelevant för bedömningen.
- xii) Om en sådan marknadsanalys måste göras för att bedöma huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande kan det rimligen förväntas att detta skulle ha fastställts i ramdirektivet eller i direktivet om samhällsomfattande tjänster på samma eller liknande sätt eller att EU-domstolen skulle ha angett detta i domen i mål C-389/08, Base, vilket den inte gjorde.
- xiii) I ComRegs metod beaktas konkurrenssituationen på marknaden eftersom ComReg, i fall där det fastställs att en positiv nettokostnad avsevärt påverkar en leverantörs lönsamhet, kommer att bedöma huruvida en sådan nettokostnad väsentligt påverkar en leverantörs förmåga att konkurrera på lika villkor med växande konkurrenter. Dessutom har ComReg och **[Orig. s. 17]** Oxera, inom ramen för analysen i beslut 40, beaktat marknadsaspekter i ett bredare perspektiv för lönsamhetsbedömningen (inbegripet Eircoms prissättning och dess marknadsandel avseende det fasta nätet), vilket

exempelvis framgår av tabell 5.1 och slutsatserna i Oxeras rapporter som bifogats respektive beslut, varav ett exempel för året 2014–2015 ges i bilaga D.

- xiv) Lönsamhet är en stark indikator på en konkurrensutsatt miljö, och utfallet av en lönsamhetsbedömning är inte frikopplat från konkurrenshänsyn.
- xv) Överklagandet rör nettokostnaden för skyldigheten – effekten av ett penningbelopp – och inte andra kvalitativa krav avseende skyldigheten som kan påverka konkurrensen, som geografiskt genomsnittspris.
- xvi) Det råder inga tvivel om att EU-domstolen, vid avgörandet av mål C-389/08, Base, beaktade kraven på icke-diskriminering, proportionalitet och minimering av marknadssnedvridningar och det avvikande från marknadsvillkoren som leverantören kan kräva, när EU-domstolen slog fast vilket kriterium som ska tillämpas för att fastställa huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande.
- xvii) Den ekonomiexpert som ComReg har anlitat är övertygad om att det är lämpligt att jämföra avkastningen på sysselsatt kapital och den vägda genomsnittliga kapitalkostnaden som en del av bedömningen av leverantörens ekonomiska och finansiella ställning.

X. KORTFATTAD REDOGÖRELSE FÖR SKÄLEN TILL ATT FÖRHANDEAVGÖRANDE BEGÄRS

- 45 Parterna är oense om innebörden av EU-domstolens slutsatser i domen i mål C-389/08 Base och huruvida dessa är tillämpliga vid bedömningen av huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande i fall där det endast finns en leverantör av samhällsomfattande tjänster på marknaden samt om det kriterium som ska tillämpas vid fastställande av huruvida en ekonomisk börda är oskäligt betungande mer generellt.
- 46 Domen i mål C-389/08, Base, avser inte en situation där det finns flera leverantörer av telekommunikationstjänster på den aktuella marknaden utan endast en leverantör av samhällsomfattande tjänster. En sådan situation föreligger i Irland. EU-domstolen måste rådfrågas för att målet vid den nationella domstolen ska kunna avgöras. Dessutom är det troligt att EU-domstolens utlåtande kommer att vara av intresse för domstolar i andra medlemsstater. Irland är sannolikt inte den enda medlemsstat som har en avreglerad telekommunikationsmarknad där denna fråga kan uppkomma.

XI. FRÅGA SOM HAR HÄNSKJUTITS FÖR FÖRHANDEAVGÖRANDE

I fall där [Orig. s. 18]

- i) telekommunikationsmarknaden har avreglerats och det finns flera verksamma leverantörer av telekommunikationstjänster på marknaden,
- ii) en tjänsteleverantör ("leverantören av samhällsomfattande tjänster" eller "leverantören") har valts ut av den nationella regleringsmyndigheten för att fullgöra skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster ("skyldigheten"),
- iii) den nationella regleringsmyndigheten har fastställt att det finns en positiv nettokostnad i samband med fullgörandet av skyldigheten ("nettokostnaden för skyldigheten"), och
- iv) den nationella regleringsmyndigheten har fastställt att nettokostnaden för skyldigheten är betydande i förhållande till den administrativa kostnaden för att inrätta ett system för att fördela nettokostnaden för skyldigheten mellan marknadsaktörerna, samt

om den nationella regleringsmyndigheten, enligt dess skyldigheter i direktiv 2002/22 om samhällsomfattande tjänster, ska bedöma huruvida nettokostnaden för skyldigheten överskrider förmågan hos leverantören av samhällsomfattande tjänster att bära densamma, med hänsyn tagen till alla leverantörens egenskaper, bland annat nivån på dess utrustning, dess ekonomiska och finansiella situation och dess marknadsandel (såsom anges i punkt 42 i domen i målet Base), får då den nationella regleringsmyndigheten enligt direktiven göra en sådan bedömning enbart med hänsyn tagen till leverantörens egenskaper/situation eller måste den bedöma leverantörens egenskaper/situation i förhållande till konkurrenterna på den aktuella marknaden?