

**Sag C-494/21**

**Anmodning om præjudiciel afgørelse**

**Dato for indlevering:**

11. august 2021

**Forelæggende ret:**

High Court (Irland)

**Afgørelse af:**

30. juli 2021

**Appellant:**

Eircom Limited

**Indstævnt:**

Commission for Communications Regulation

---

**HIGH COURT (ret i første instans, Irland)**

**COMMERCIAL (handelsretsafdelingen)**

[Udelades]

[Udelades]

[Procedurespørgsmål] [udelades] **[org. s. 2]** [udelades]

**DET BESLUTTES** i henhold til artikel 267 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, at spørgsmålet som omhandlet i denne domstols skriftlige dom, der er afsagt den 5. maj 2021, er et og det samme, som hermed forelægges for Den Europæiske Unions Domstol til afgørelse, og det nævnte spørgsmål har følgende ordlyd:

Under omstændigheder, hvor:

- i) telekommunikationsmarkedet er blevet liberaliseret, og der er flere udbydere af telekommunikationstjenester på markedet,

ii) den nationale tilsynsmyndighed har valgt én udbyder (herefter »den befordringspligtige virksomhed«) til at udføre forsyningspligten, [**org. s. 3**]

iii) den nationale tilsynsmyndighed har afgjort, at der er positive nettoomkostninger forbundet med udførelsen af forsyningspligten (herefter »nettoomkostningerne ved forsyningspligten«), og

iv) den nationale tilsynsmyndighed har afgjort, at nettoomkostningerne ved forsyningspligten er væsentlige sammenlignet med de administrative omkostninger forbundet med oprettelsen af en deleordning blandt markedsdeltagerne med hensyn til nettoomkostningerne ved forsyningspligten:

Hvis den nationale tilsynsmyndighed i henhold til sine forpligtelser i [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet)] er forpligtet til at overveje, om nettoomkostningerne ved forsyningspligten er urimeligt høje i betragtning af den befordringspligtige virksomheds evne til at afholde dem under hensyntagen til den befordringspligtige virksomheds kendetegn, navnlig kvaliteten af dens udstyr, dens økonomiske og finansielle situation og dens markedsandel (som henvist til i Base-dommens præmis 42), er det da ifølge direktiverne tilladt, at den nationale tilsynsmyndighed foretager denne vurdering ved udelukkende at tage hensyn til den befordringspligtige virksomheds kendetegn/situation, eller er den forpligtet til at vurdere den befordringspligtige virksomheds kendetegn/situation i forhold til dens konkurrenter på det relevante marked?

[Udelades] [**org. s. 4**] [udelades]

1 [Udelades] [Forkortelser]

[Udelades] [**org. s. 5**] [udelades]

## **I. DEN FORELÆGGENDE RET**

2 [Udelades]

## **II. PARTERNE I HOVEDSAGEN OG DERES REPRÆSENTANTER**

3 [Udelades]

4 [Udelades]

5 [Udelades]

6 [Udelades] [**org. s. 6**] [udelades]

### III. GENSTANDEN FOR TVISTEN I HOVEDSAGEN OG DE RELEVANTE FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

- 7 Der ønskes vejledning fra Den Europæiske Unions Domstol om den korrekte anvendelse af Base-dommen (C-389/08), der omhandler fortolkningen af forsyningspligt-direktivet og navnlig vurderingen af en urimelig byrde under omstændigheder, hvor der kun er én befordringspligtig virksomhed på det irske marked, men flere udbydere af telekommunikationstjenester.
- 8 Tvisten i hovedsagen vedrører en lovbestemt appel til den irske High Court (ret i første instans), der er iværksat af Eircom i medfør af regulation 4 i European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 (De Europæiske Fællesskabers lovgivning af 2011 om elektroniske kommunikationsnet og tjenester (rammerne), herefter »rammeforskrifterne«).
- 9 Eircom har nedlagt påstand om tilsidesættelse af fem afgørelser, som ComReg har truffet, hvorved det blev fastslået, at Eircoms nettoomkostninger for levering af forsyningspligten med hensyn til leveringen af adgang fra faste steder i årene 2010-2011 til 2014-2015 ikke var en urimelig byrde for Eircom, og at der følgelig skal meddeles afslag på Eircoms ansøgninger om støtte i medfør af regulation 11 i European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 (De Europæiske Fællesskabers lovgivning af 2011 om elektroniske kommunikationsnet og tjenester (forsyningspligt og brugerrettigheder), herefter »forsyningspligtforskrifterne«).

### IV. KRONOLOGISK OVERSIGT

- 10 Den 30. juni 2010 genudpegede ComReg efter en offentlig høring Eircom som befordringspligtig virksomhed med hensyn til leveringen af adgang fra faste steder for en toårig periode og alle andre områder af forsyningspligten fra den 1. juli 2010 til den 30. juni 2012. Eircom blev i efterfølgende afgørelser genudpeget til visse områder af forsyningspligten, og betingelserne og forpligtelserne er blevet ændret i lyset af markedsforholdene. Til dato er Eircom fortsat den eneste befordringspligtige virksomhed, der leverer adgang fra et fast sted, en taletjeneste og offentlige betalingstelefoner.
- 11 Den 31. maj 2011 offentliggjorde ComReg efter en række offentlige høringer afgørelse 04/11, som består af en række nummererede afgørelser, der fastsætter principperne og metoderne til at beregne forsyningspligtens nettoomkostninger og indtægter, principperne [org. s. 7] og metoden til at beregne andre fordele ved forsyningspligten samt fremgangsmåden ved afgørelsen af, om der påhviler den befordringspligtige virksomhed en urimelig byrde som følge af nettoomkostningerne. Indholdet af de relevante afgørelser, hvorved denne fremgangsmåde er fastsat, er indeholdt i bilag A.

- 12 Mellem september 2014 og marts 2016 indgav Eircom ansøgninger om støtte til nettoomkostningerne ved forsyningspligten for hvert af de fem år fra 2010-2011 til 2014-2015 i medfør af regulation 11 i forsyningspligtforskrifterne.
- 13 Den 18. april 2019 offentliggjorde ComReg efter en offentlig høring med hensyn til hver de af fem ansøgninger sine fem afgørelser (herefter »afgørelserne«), hvorved den fastslog, at de positive nettoomkostninger, som Eircom havde haft ved leveringen af forsyningspligten i årene 2010-2011 til 2014-2015, ikke var en urimelig byrde i det enkelte tilfælde.
- 14 Den 15. maj 2019 iværksatte Eircom en lovbestemt appel af afgørelserne med den begrundelse, at ComReg fejlagtigt fastslog, at der ikke påhvilede Eircom en urimelig byrde.

## V. DE ANFÆGTEDE AFGØRELSER

- 15 ComReg traf en særskilt afgørelse for hvert år, som Eircom søgte støtte til. Disse afgørelser blev offentliggjort samlet, og det blev i hvert tilfælde bestemt, at nettoomkostningerne ikke var en urimelig byrde for Eircom.
- 16 ComReg beregnede, at nettoomkostningerne for Eircom for forsyningspligten over de fem år var lige under 43 mio. EUR i alt. De positive nettoomkostninger, som ComReg har fastlagt for hvert år, er indeholdt i bilag B.
- 17 Eircoms overskud før renter og skat med hensyn til dens fastnetvirksomhed i den omhandlede femårsperiode var 1,397 mia. EUR, og tallet for hvert relevant år er fastsat i bilag C.
- 18 For hver af afgørelserne støttede ComReg sig på en »Rapport om urimelig byrde«, som Oxera, et økonomisk konsulentfirma, udarbejdede vedrørende det relevante år. Oxeras rapport for året 2014-2015 er vedlagt i bilag D som eksempel sammen med ComRegs tilhørende afgørelse i bilag E.
- 19 I hver afgørelse blev det fastslået, at der var verificerbare og verificerede direkte nettoomkostninger, at forsyningspligtens fordele ikke opvejer nettoomkostningerne (dvs. der var positive [org. s. 8] nettoomkostninger), og at de positive nettoomkostninger var væsentlige sammenlignet med en deleordnings administrative omkostninger (hvilket derfor opfylder betingelserne i i)-iii), litra a), i afgørelse 38, som er indeholdt i bilag A).
- 20 I hver af sine rapporter konkluderede Oxera, at den befordringspligtige virksomheds rentabilitet og evne til at opnå et rimeligt afkast af virksomhedens anvendte kapital ikke var blevet påvirket væsentligt af nettoomkostningerne ved forsyningspligten i den relevante periode (hvilket var en vurdering, der krævedes foretaget i henhold til afgørelse 40, jf. bilag A).

- 21 Den referenceværdi, som Oxera anvendte (og som er vedtaget af ComReg) til at afgøre, om Eircom opnåede et rimeligt afkast, fandtes ved at sammenligne satsen for afkastet af anvendt kapital<sup>1</sup> af Eircoms finansielle udbytte med de regulerede vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger, som ComReg allerede tidligere havde fastsat. F.eks. var det i rapporten vedrørende 2014-2015 fastsat, at afkastet af anvendt kapital for Eircoms fastnetvirksomhed (detail- og engrosniveau) var 11,4%, mens Eircoms regulerede tilladte vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger var 8,18% (og afkastet af anvendt kapital i fastnetvirksomheden, herunder nettoomkostningerne, var højere end de vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger for hvert år, der vurderes). En tabel med tallene for hvert af de vurderede år er indeholdt i bilag F. Oxera tog endvidere yderligere indikatorer for Eircoms finansielle stilling og økonomiske situation i betragtning (selv om Eircom er af den opfattelse, at Oxera ikke tillagde disse indikatorer betydning), herunder Eircoms egen markedsandel af fastnetmarkedet på grundlag af indtægt, ændringer i Eircoms gennemsnitlige indtægt pr. bruger over tid og ændringer i antallet af Eircoms kunder over tid som en »bredere sammenhæng« i forbindelse med den rentabilitetsanalyse, som den havde foretaget. Oxera fastslog for hvert år, der blev undersøgt, at Eircoms rentabilitet og evne til at opnå en rimelig sats for afkastet af anvendt kapital ikke var blevet påvirket væsentligt af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, og at nettoomkostningernes byrde i ansøgningsperioden derfor ikke var uforholdsmæssig stor i betragtning af Eircoms evne til at bære dem.
- 22 Oxera anførte, at firmaet derfor på grundlag af den foretagne analyse ikke havde vurderet, om nettoomkostningerne i væsentlig grad havde påvirket Eircoms evne til fremover at konkurrere på lige vilkår med konkurrenter i henhold til afgørelse 41 (som er indeholdt i bilag A).
- 23 ComReg konkluderede med hensyn til hvert ansøgningsår, at konstateringen af, at der ikke var nogen væsentlig indvirkning på Eircoms rentabilitet og evne til at opnå en rimelig sats for afkastet af anvendt kapital, viste, at nettoomkostningerne ikke havde stillet Eircom ringere i konkurrencen. ComReg fastslog derfor, at der ikke var noget behov for at foretage den vurdering af konkurrenceforvridning, som er fastsat i afgørelse 41 i afgørelse 04/11. **[Org. s. 9]**
- 24 Hverken ComReg eller Oxera foretog nogen vurdering af Eircoms konkurrenter på markedet. Både Oxeras rapporter og ComRegs afgørelser fokuserer på Eircoms kendetegn.

## VI. DET IRSKE FASTNETKOMMUNIKATIONSMARKEDET

- 25 De nationale markedsandele, som deltagerne på det irske fastnetmarkedet har i størstedelen af den relevante periode, således som disse fremgår af ComRegs

<sup>1</sup> Afkastet af anvendt kapital er en regnskabsmæssig målemetode for finansielt udbytte, der måler forholdet mellem en virksomheds driftsoverskud og anvendt kapital.

markedsgennemgang fra 2015, er fastsat i bilag G: Som det fremgår deraf, faldt den nationale markedsandel, som Eircom (den tidligere etablerede monopolvirksomhed) ejede, med hensyn til tallene for fastnettelefonabonnement fra 74,5% (første kvartal af 2010) til 47,2% (fjerde kvartal af 2014), mens f.eks. Virgin øgede sin nationale andel fra 5% til 21,7% i den samme periode. Af ComRegs markedsgennemgang fra 2014 fremgår det, at Virgins markedsandel i Dublin var 42% i forhold til Eircom's 44% i en hustandsundersøgelse fra 2013.

- 26 Da Eircom har været den eneste virksomhed, der er udpeget med en stærk markedsposition på en række fastnetmarkeder (engros og detail) i et sådant omfang, at dens engros- og detailpriser reguleres, er Eircom den eneste markedsdeltager, i forhold til hvilken ComReg har anvendt vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger. Størrelsen af de regulerede vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger bestrides ikke, men det gør hensigtsmæssigheden af deres anvendelse i vurderingen af urimelig byrde.
- 27 Den befordringspligtige virksomhed er navnlig forpligtet til at efterkomme enhver rimelig anmodning fra et medlem af offentligheden om at blive forbundet til det offentlige kommunikationsnetværk på et fast sted til en national enhedspris, som er fastsat af den befordringspligtige virksomhed (den geografiske gennemsnitspris).
- 28 Størstedelen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten (over 85% i perioden 2014-2015) er forbundet med leveringen af forsyningspligtigtjenester til uøkonomiske kunder i økonomiske områder eller økonomiske kunder i uøkonomiske områder.
- 29 Selv om betydningen af disse spørgsmål for appellen er omtvistet, er det uomtvisteligt, at det i princippet er et kendetegn ved et konkurrencebaseret telekommunikationsmarked, at tjenesteudbydere, som ikke er befordringspligtige virksomheder, også har fordel af at have kunder forbundet til netværket, som ellers ville forblive uden adgang (»positive eksterne virkninger«), eller at det også er et anerkendt kendetegn ved sådanne konkurrencebaserede markeder, at alle tjenesteudbydere i teorien kan »håndplukke« kunder i geografiske områder, som er mere rentable.

## VII. DE RELEVANTE RETSFORSKRIFTER [org. s. 10]

- 30 På tidspunkterne for de faktiske omstændigheder bestod EU's regelsæt for elektronisk kommunikation af rammedirektivet og fire særdirektiver, hvoraf forsyningspligtdirektivet er relevant for denne appel.
- 31 Rammedirektivet fastsætter, at hver medlemsstat skal udpege enten en eller flere kompetente organer, der skal fungere som en national tilsynsmyndighed, og at dette organ eller disse organer er pålagt de regulerede forpligtelser i selve rammedirektivet og hver af særdirektiverne. Artikel 3, stk. 3, fastsætter, at

»[m]edlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder udøver deres beføjelser upartisk og transparent«.

- 32 ComReg er, som tilsynsmyndighed for den elektroniske kommunikationssektor i Irland, den nationale tilsynsmyndighed med henblik på rammedirektivet og særdirektiverne.
- 33 Rammedirektivets artikel 7 og 8 fastsætter de principper, som den nationale tilsynsmyndighed skal anvende, herunder princippet om ikke-diskrimination, at sikre konkurrencen, proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet <sup>2</sup>.
- 34 Følgende bestemmelser i forsyningspligt-direktivet er relevante for problemstillingerne i den foreliggende sag, som giver anledning til parternes anmodning om en forelæggelse i henhold til artikel 267:
- Artikel 1, der fastsætter målet og forsyningspligtens grundlæggende karakter.
  - Artikel 3, der pålægger medlemsstaterne forpligtelser til at sikre adgangen til forsyningspligt-ydelser under iagttagelse af nærmere bestemte principper.
  - Artikel 12, der fastsætter de tiltag, som iværksættes, når en national tilsynsmyndighed finder, at en befordringspligtig virksomhed kan være pålagt en urimelig byrde.
  - Artikel 13, der fastsætter, at såfremt en national tilsynsmyndighed har fundet, at en befordringspligtig virksomhed pålægges en urimelig byrde, kan medlemsstaterne efter anmodning fra den befordringspligtige virksomhed enten indføre en ordning, der på transparente vilkår giver den befordringspligtige virksomhed kompensation fra offentlige midler for de beregnede nettoomkostninger og/eller dele nettoomkostningerne ved forsyningspligten mellem de forskellige udbydere af elektroniske kommunikationsnet- og tjenester på markedet.
  - Bilag IV, del A, som regulerer den korrekte beregning af nettoomkostningerne ved forsyningspligten <sup>3</sup>. [**Org. s. 11**]
- 35 På nationalt niveau fastsætter regulation 11 i forsyningspligt-forskrifterne (S.I. 337/2011) <sup>4</sup>, at den befordringspligtige virksomhed kan ansøge ComReg om, at

<sup>2</sup>– Endvidere er rammedirektivets artikel 2, litra g, og artikel 3, stk. 1, samt 1. og 36. betragtning hertil relevante.

<sup>3</sup>– Følgende betragtninger er ligeledes relevante for nærværende sags problemstillinger: 2., 3., 4., 18., 21. og 23. betragtning.

<sup>4</sup>– European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011.

det fastsættes, at nettoomkostningerne ved forsyningspligten udgør en urimelig byrde.

- 36 Regulation 12 fastsætter, at såfremt ComReg mener, at der påhviler den befordringspligtige virksomhed en urimelig byrde, skal den fordele nettoomkostningerne ved forsyningspligten blandt udbydere af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.

### VIII. BASE-DOMMEN (C-389/08)

- 37 Parterne er uenige med hensyn til betydningen af Domstolens konklusioner i Base-dommen (C-389/08) og deres anvendelse på vurderingen af en urimelig byrde, når der kun er én befordringspligtig virksomhed på markedet, og med hensyn til de korrekte kriterier, der skal anvendes ved afgørelsen af, om der foreligger en urimelig byrde mere generelt. Det er derfor nødvendigt at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende primært Base-dommens anvendelse på denne appel.
- 38 Den faktiske baggrund for forelæggelsen for Domstolen i Base-sagen var en retlig ordning, hvorefter alle operatørerne på markedet potentielt var befordringspligtige virksomheder, hvis deres kunder var berettiget til sociale takster. Belgisk ret fastsatte, at når en operatør ydede en større andel af de samlede sociale takster ydet på markedet end den andel, som svarede til denne operatørs markedsandel, ville operatøren blive kompenseret.
- 39 Nettoomkostningerne blev imidlertid ikke beregnet med henvisning til hver enkelte operatørs kendetegn, men var baseret på den tidligere leverandørs, Belgacom, omkostninger.
- 40 I præmis 42 og 43 fastslog Domstolen følgende vedrørende betydningen af »urimelig byrde«:<sup>5</sup>

*»Det fremgår i denne forbindelse af 21. betragtning til direktiv 2002/22, at fællesskabslovgiver har villet forbinde de ordninger, der gør det muligt at få dækket de nettoomkostninger, som forsyningspligten kan medføre for en virksomhed, med en for vidtgående byrde hos denne virksomhed. I denne sammenhæng har lovgiver ved at fastslå, at nettoomkostningen ved forsyningspligten ikke nødvendigvis udgør en for vidtgående byrde for alle de berørte virksomheder, villet udelukke, at alle nettoomkostninger ved forsyningspligten automatisk gav ret til godtgørelse. Under disse omstændigheder [org. s. 12] udgør den urimelige byrde, som den nationale tilsynsmyndighed skal fastslå foreligger, før der kan gives godtgørelse, den byrde, som for hver af de berørte virksomheder har en vidtgående karakter i*

<sup>5</sup>– De samme principper er fastsat i sagen Kommissionen mod Belgien (C-222/08) i forbindelse med en traktatbrudsprocedure indledt af Kommissionen.



*forhold til virksomhedens evne til at bære den, henset til alle virksomhedens særlige kendetegn, herunder bl.a. i forhold til dens udstyr, økonomiske og finansielle situation og markedsandele.*

*Selv om det i mangel af præciseringer herom i direktiv 2002/22 tilkommer den nationale tilsynsmyndighed generelt og objektivt at fastsætte kriterierne for afgørelsen af de tærskelværdier, hvorover en byrde, henset til de kendetegn, der er nævnt i forudgående præmis, kan betragtes som vidtgående, gælder det ikke desto mindre, at den pågældende myndighed alene kan fastslå, at byrden ved forsyningspligten er urimelig med henblik på anvendelse af direktivets artikel 13, hvis der foretages en særlig undersøgelse af hver virksomheds situation, henset til disse kriterier.»*

- 41 Det er alment accepteret, at både ComReg og den irske High Court (ret i første instans) er bundet af princippet om loyalt samarbejde til at anvende Domstolens konstateringer. Parterne er uenige om den korrekte fortolkning af Base-dommen (C-389/08) og dens korrekte anvendelse på nærværende sags faktiske omstændigheder.

## **IX. PARTERNES HOLDNINGER TIL DE RETLIGE SPØRGSMÅL**

- 42 Parterne er enige om, at ComReg er retligt forpligtet til at afgøre, om omkostningerne (nettofordelene) ved opfyldelsen af forsyningspligten udgør en urimelig byrde for den befordringspligtige virksomhed. Parterne er imidlertid uenige med hensyn til betydningen af Domstolens konklusioner i Base-dommen (C-389/08) og deres anvendelse på vurderingen af en urimelig byrde, når der kun er én befordringspligtig virksomhed på markedet, og med hensyn til de korrekte kriterier, der skal anvendes ved afgørelsen af, om der foreligger en urimelig byrde mere generelt.

### ***Eircoms holdning***

- 43 Eircoms holdning er, for så vidt som den er relevant for de spørgsmål, som denne anmodning om en forelæggelse i henhold til artikel 267 giver anledning til, følgende:
- i) Afgørelsen af, om forsyningspligten er en urimelig byrde på et konkurrencebaseret marked, kræver en konkurrenceanalyse for at vurdere, om den ensidige placering af nettoomkostningerne ved forsyningspligten på den befordringspligtige virksomhed fordrejer konkurrencen ved at stille den i en ringere konkurrencemæssig situation i forhold til dens konkurrenter på markedet.
  - ii) Den befordringspligtige virksomheds relative evne til at bære nettoomkostningerne ved forsyningspligten skal vurderes under hensyntagen til ikke kun Eircoms egne kendetegn, men også dens konkurrenters kendetegn. Den uafhængige økonomiske ekspert, som Eircom har antaget,

giver udtryk for det synspunkt, at [org. s. 13] uden denne vurdering, er der en væsentlig risiko for at ende i en situation, hvor alle udbydere af kommunikationstjenester drager fordel af de positive eksterne virkninger ved forsyningspligten, men kun den beforderingspligtige virksomhed bærer dens omkostninger, selv om den ikke er i en væsentlig bedre position til at gøre dette, hvilket pr. definition bør anses for urimeligt, da der ikke er nogen objektiv begrundelse for en sådan forskelsbehandling.

- iii) Henvisninger i Base-dommen (C-389/08) til at tage en beforderingspligtig virksomheds egne kendetegn i betragtning skal ses i denne sags faktiske sammenhæng, hvor der var mange beforderingspligtige virksomheder og den nationale tilsynsmyndigheds ulovlige adfærd var, at den behandlede den potentielle urimelig byrde, der påhvilede hver af disse beforderingspligtige virksomheder, generelt. Domstolens bemærkninger skal ses i dette lys, og ikke som et mandat til at tage kendetegnene ved kun én virksomhed på et konkurrencebaseret marked i betragtning.
- iv) De kendetegn, som er omfattet af de kriterier, der er fastsat i Base-dommen (C-389/08), såsom udstyrets kvalitet og markedsandele, er grundlæggende sammenlignelige og deres relevans kan kun være den fordel eller ulempe, som den beforderingspligtige virksomhed har i forhold til sine konkurrenter.
- v) Konstateringerne i Base-dommen (C-389/08) skal tillige fortolkes inden for rammerne af de bindende forpligtelser, som de nationale tilsynsmyndigheder har i rammedirektivet og forsyningspligt-direktivet samt i lyset af EU-rettens generelle principper. Det fremgår af bestemmelserne i rammedirektivet og forsyningspligt-direktivet samt EU-rettens generelle principper, at minimeringen af konkurrenceforvriddning er en bindende forpligtelse, der påhviler ComReg som national tilsynsmyndighed.
- vi) Det forhold, at ComReg har fastsat en meget høj tærskel, som skal nås, før den vil erklære, at der er tale om en »væsentlig indvirkning« på rentabilitet og/eller evne til at opnå en rimelig sats for kapitalafkast, inden der er nogen vurdering af, om en byrde stiller den beforderingspligtige virksomhed ringere i konkurrencen, indebærer, at ComReg misligholder sine forpligtelser som national tilsynsmyndighed i henhold til rammedirektivet og forsyningspligt-direktivet.
- vii) Metoden til vurdering af, om nettoomkostningerne ved forsyningspligten har stillet den beforderingspligtige virksomhed ringere i konkurrencen ved at vurdere, om den beforderingspligtige virksomheds sats for afkastet af anvendt kapital i det relevante år er større end dens vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger, er fejlagtig. ComRegs fremgangsmåde tager kun i betragtning, om den beforderingspligtige virksomhed har været i stand til at afholde omkostningerne, uden at dens afkast af anvendt kapital falder til niveauet for dens vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger. Endvidere ses der med tærsklen på afkastet af anvendt kapital for hele Eircoms detail-

- og engrosfastnetvirksomhed og ikke på dens forsyningspligtvirksomhed (som kun er detailvirksomhed).
- viii) Pålæggelsen af en ensidig forpligtelse til at finansiere en forsyningspligt for én virksomhed på et konkurrencebaseret marked alene på det grundlag, at den nationale tilsynsmyndighed skønner, at virksomheden har råd til det på kort til mellemlangt sigt kan aldrig udgøre en objektiv begrundelse herfor. Den omstændighed, at den beforderingspligtige virksomheds afkast af anvendt kapital er større end dens vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger, viser ikke uden yderligere oplysninger [org. s. 14], at den beforderingspligtige virksomhed er i stand til at afholde omkostningerne uden en skadelig indvirkning på dens konkurrencestilling på markedet. Det fortæller intet om den beforderingspligtige virksomheds markedspostition eller dens konkurrenters positioner og er en svag indikator for markedsvilkårene og den beforderingspligtige virksomheds indvirkning på konkurrencen.
- ix) Afkastet af anvendt kapital for hver af markedsdeltagerne for den pågældende periode som beregnet af Eircoms økonomiekspert fremgår af bilag H. Den uafhængige økonomiekspert, som Eircom har antaget, giver udtryk for det synspunkt, at tallene viser, at Eircoms gennemsnitlige afkast af anvendt kapital i perioden 2010-2015 er det laveste blandt alle de operatører, der behandles i analysen.
- x) Anvendelsen af de vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger, som er fastsat af ComReg med hensyn til Eircom, er ikke en passende referenceværdi: Ifølge den uafhængige økonomieksperts bevismateriale opnår virksomheder i mange industrier et afkast, der er højere end de vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger, og alle operatører på dette marked har rentabilitetsniveauer, der ligger et godt stykke over de vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger, der er anvendt i forhold til Eircom. Forsyningspligten, som er en reguleret forpligtelse, der har til formål at sikre, at brugerne har adgang til et sæt basale kommunikationstjenester til en rimelig pris, har ikke til formål at begrænse den beforderingspligtige virksomheds udbytte i et konkurrencebaseret miljø. Det er i strid med formålene med rammedirektivet og forsyningspligtdirektivet om at sikre proportionalitet og undgå forskelsbehandling og konkurrenceforvriddning ensidigt at pålægge en beforderingspligtig virksomhed omkostningerne ved forsyningspligten, selv om dette stiller den beforderingspligtige virksomhed ringere i konkurrencen, og uanset det forhold, at dens største konkurrenter ikke har været genstand for nogen foranstaltninger til at mindske deres overskud til et lignende niveau.
- xi) Det fremgår af bevismaterialet fra Eircoms økonomiekspert, som ikke er bestridt af ComRegs økonomiekspert, at i 2010-2011 skulle nettoomkostningerne have været 244 mio. EUR for at opfylde disse kriterier (hvilket udgør 62% af overskuddet før renter og skat), og i de år, med

- hensyn til hvilke der er ansøgt om støtte, ville det laveste beløb, som ville have opfyldt disse kriterier i et af årene, have været nettoomkostninger på 51 mio. EUR (hvilket udgør 23% af overskuddet før renter og skat).
- xii) De kriterier, som ComReg har opstillet i sine afgørelser, medfører, at der kun foreligger en urimelig byrde, når Eircoms afkast af anvendt kapital for hele fastnetvirksomheden er faldet til et punkt, hvor virksomheden ifølge økonomiekspertens bevismateriale vil begynde at have vanskeligheder med at rejse ny kapital, hvis dette fortsætter. Dette er i strid med den lovgivningsmæssige ordning, der har til formål at fremme effektiv konkurrence.
- xiii) I det omfang konstateringerne i Base-dommen (C-389/08) er relevante for markeder med en enkelt befordringspligtig virksomhed, følger det derfor, at den nationale tilsynsmyndighed for det første skal foretage en individuel vurdering af de reelle omkostninger for en befordringspligtig virksomhed uden at anvende nogen generelle antagelser med hensyn til forholdet mellem positive nettoomkostninger og en urimelig byrde, og for det andet skal opfylde sine bindende forpligtelser i henhold til forsyningspligt-direktivet for at afgøre, om der foreligger en urimelig byrde inden for de samlede, faktiske rammer af det marked, som den befordringspligtige virksomhed er aktiv på. **[Org. s. 15]**
- xiv) Eircoms rentabilitet og evne til at opnå et rimeligt afkast er væsentligt påvirket af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, da de påfører Eircom en ekstra udgift, som dens konkurrenter ikke skal bære, uden at Eircom besidder nogen udligningsmæssig fordel (så som monopollignende markedsposition på detailmarkedet) til at opveje ulempen ved byrden med ekstraomkostninger. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en »*væsentlig indvirkning*« på rentabilitet og/eller evne til at opnå et rimeligt afkast, kan ikke afgøres med en rentabilitetstærskel, hvilket udelukker betragtninger om konkurrencefordrejning og objektiv begrundelse.

### ***ComRegs holdning***

- 44 ComRegs holdning er, for så vidt som den er relevant for de spørgsmål, som denne anmodning om en forelæggelse i henhold til artikel 267 giver anledning til, følgende:
- i) Resultatet af konstateringerne i Base-dommen (C-389/08) er, at der skal fokuseres på den befordringspligtige virksomheds evne til at bære nettoomkostningerne i lyset af den befordringspligtige virksomheds egne kendetegn. Kriterierne indebærer en ensidig analyse af enhedens egen evne til at bære byrden og ikke en analyse af alle konkurrenterne på markedet og deres respektive evner til at bære nettoomkostningerne.

- ii) Forsyningspligtdirektivet tillader ikke kun, at den nationale tilsynsmyndighed fastsætter generelle og objektive kriterier, der gør det muligt at afgøre, om en byrde kan anses for urimelig, men kræver i lyset af Base-dommen (C-389/08) positivt, at de nationale tilsynsmyndigheder gør dette. De er ikke fastsat i direktivet eller af Domstolen, men skal fastsættes af hver nationale myndighed. Det er derfor ingen overraskelse, at hver medlemsstat har vedtaget sine egne kriterier, og at disse varierer fra medlemsstat til medlemsstat.
- iii) De i Base-dommen (C-389/08) opstillede kriterier tager sigte på, om nettoomkostningerne er urimeligt høje i lyset af den befordringspligtige virksomheds evne til at bære dem, henset til de identificerede kriterier, som har fokus på den befordringspligtige virksomheds kendetegn.
- iv) I lyset af de i Base-dommen (C-389/08) opstillede kriterier, er rentabiliteten en kritisk variabel ved fastlæggelsen af Eircoms evne til at bære nettoomkostningerne.
- v) ComReg har anført, at Eircoms rentabilitet og evne til at opnå en rimelig sats for afkastet af anvendt kapital er indikationer for dens finansielle position, og at de anvendes korrekt til at vurdere virksomhedens evne til at bære nettoomkostningsbyrden. ComReg har anført, at de efter loven tilladte vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger er en passende konkurrencedygtig referenceværdi for afkastniveau til brug for vurderingen. Vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger anvendes almindeligvis af lovgivere og myndigheder i konkurrencesager som en referenceværdi for det afkast, som investorer (f.eks. aktionærer og långivere) kan forvente ved at investere i en virksomhed. Vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger udgør en investors offeromkostninger ved at bære risikoen for at investere i et selskab eller med andre ord det afkast, som en investor ville kræve som en referenceværdi for at investere. **[Org. s. 16]**
- vi) Oxeras rapporter og ComRegs afgørelser fokuserede på Eircoms kendetegn og Eircoms evne til at bære nettoomkostningerne og konkluderede, at nettoomkostningerne ikke var urimeligt høje, henset til Eircoms evne til at bære dem i overensstemmelse med disse kriterier.
- vii) En enheds evne til at krydssubsidiere fra overskud er relevant for evnen til at bære nettoomkostningerne ved forsyningspligten, og krydssubsidiering som et princip understøtter begrundelsen i Base-dommen (C-389/08).
- viii) Eircom har fremhævet urimeligheden ved, at den skal bære en byrde på 45 mio. EUR over fem år, idet den ser bort fra, at Eircoms overskud før renter og skat var 1,397 mia. EUR i den samme periode. Dette er værd at bemærke, henset til, at vurderingen af urimelig byrde tager sigte på den befordringspligtige virksomheds evne til at bære nettoomkostningerne.

- ix) Eircom har, hvad der er afgørende, ikke fremlagt bevis for, at dens rentabilitet og evne til at opnå en rimelig sats for afkastet af anvendt kapital blev væsentligt påvirket af nettoomkostningerne ved forsyningspligten. Eircom har endvidere ikke gjort gældende, at nettoomkostningerne ved forsyningspligten fremdriver manglende rentabilitet (da der ikke er nogen mangel på rentabilitet) eller navnlig en manglende evne til at bære omkostningerne. Det absolutte overskud og analysen af afkastet af anvendt kapital i forhold til vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger viser, at nettoomkostningerne ikke havde en væsentlig indvirkning på Eircoms rentabilitet. Samtidig med at Eircom opererede i et konkurrencebaseret marked, var virksomhedens overskud, hvis året 2010-2011 tages som eksempel, 388 mio. EUR før renter og skat, mens den bar de positive nettoomkostninger for det år på 7,5 mio. EUR.
- x) Intetsteds i Base-dommen (C-389/08) anføres eller støttes den opfattelse, at ComReg skal foretage en vurdering af den befordringspligtige virksomheds konkurrenter, deres overskud, deres markedsandel og den fordel, som de opnår fra forsyningspligten. Intetsteds i Base-dommen (C-389/08) anbefales det, at en sådan type markedsanalyse skal gennemføres, eller at der skal foretages nogen form for sammenligning mellem Eircom og dens konkurrenter, inden det kan afgøres, om Eircom kan bære nettoomkostningsbyrden.
- xi) ComReg har anført, at konkurrenternes markedsandele og deres udviklingstendenser (som fremført af Eircom) ikke er udtryk for og endnu mindre er afgørende for Eircoms evne til at bære nettoomkostningerne. I forhold til andre markedsdeltageres afkast af anvendt kapital som anført af Eircom i bilag H, har ComReg gjort gældende, at denne analyse af afkastet af anvendt kapital indeholder flygtige og selvmodsigende datapunkter om konkurrenters rentabilitet og under alle omstændigheder er uden betydning for vurderingen.
- xii) Hvis en vurdering af urimelig byrde krævede en sådan markedsanalyse, kunne man med rimelighed forvente, at dette var fastsat i rammedirektivet eller forsyningspligt-direktivet på lignende eller samme vilkår, eller at Domstolen kunne have fastslået dette i Base-dommen (C-389/08), hvilket den ikke gjorde.
- xiii) ComRegs metode tager hensyn til den konkurrencebaserede situation på markedet, idet ComReg, når det er fastslået, at positive nettoomkostninger har væsentlig indvirkning på en befordringspligtig virksomheds rentabilitet, vil vurdere, om sådanne nettoomkostninger i væsentlig grad påvirker en befordringspligtig virksomheds evne til fremover at konkurrere på lige vilkår med konkurrenter. I forbindelse med analysen i afgørelse 40 tog ComReg og OXERA endvidere aspekter af markedet i betragtning som en bredere sammenhæng for rentabilitetsvurderingen (herunder Eircoms prisfastsættelse og dens fastnetmarkedsandel), som det f.eks. kan ses i tabel

5.1 og i konklusionen i rapporterne fra Oxera, som er vedlagt hver af afgørelserne, hvoraf et eksempel for 2014-15 ses i bilag D.

- xiv) Rentabilitet er en stærk indikator for det konkurrencebaserede miljø, og udfaldet af en rentabilitetsvurdering er ikke adskilt fra konkurrencebaserede betragtninger.
- xv) Denne appel omhandler nettoomkostningerne ved forsyningspligten – effekten af et monetært beløb – ikke andre kvalitative krav til forsyningspligten, som kan have virkninger på konkurrencen som f.eks. GAP.
- xvi) Der er ingen tvivl om, at Domstolen i sin afgørelse af Base-sagen (C-389/08) havde kravene om ikke-diskriminering, proportionalitet og minimering af konkurrenceforvridning og den fravigelse fra markedsvilkårene, som den befordringspligtige virksomhed kan forudsætte, for øje, da den fastsatte de korrekte kriterier til at afgøre forekomsten af en urimelig byrde.
- xvii) ComRegs økonomiekspert finder det godtgjort, at sammenligningen af afkastet af anvendt kapital og vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger er passende som led i vurderingen af en befordringspligtig virksomheds økonomiske og finansielle stilling.

## **X. BEGRUNDELSEN FOR FORELÆGGELSEN**

- 45 Parterne er uenige med hensyn til betydningen af Domstolens konklusioner i Base-dommen (C-389/08) og deres anvendelse på vurderingen af en urimelig byrde, når der kun er én befordringspligtig virksomhed på markedet, og med hensyn til de korrekte kriterier, der skal anvendes ved afgørelsen af, om der foreligger en urimelig byrde mere generelt.
- 46 Afgørelsen i Base-dommen (C-389/08) tager ikke stilling til en situation, hvor der er mange udbydere af telekommunikationstjenester på det relevante marked, men kun én befordringspligtig virksomhed. En sådan situation er opstået i Irland. Ved afgørelsen af hovedsagens spørgsmål er det nødvendigt med Domstolens vejledning. Det er endvidere sandsynligt, at Domstolens vejledning vil være af interesse for domstole i andre medlemsstater; det er usandsynligt, at Irland er den eneste medlemsstat, der har et liberaliseret telekommunikationsmarked, hvor dette spørgsmål kan opstå.

## **XI. DE FORELAGTE PRÆJUDICIELLE SPØRGSMÅL:**

Under omstændigheder, hvor: [org. s.18]

- i) telekommunikationsmarkedet er blevet liberaliseret, og der er flere udbydere af telekommunikationstjenester på markedet
- ii) den nationale tilsynsmyndighed har valgt én udbyder (herefter »den befordringspligtige virksomhed«) til at udføre forsyningspligten,
- iii) den nationale tilsynsmyndighed har afgjort, at der er positive nettoomkostninger forbundet med udførelsen af forsyningspligten (herefter »nettoomkostningerne ved forsyningspligten«), og
- iv) den nationale tilsynsmyndighed har afgjort, at nettoomkostningerne ved forsyningspligten er væsentlige sammenlignet med de administrative omkostninger forbundet med oprettelsen af en deleordning blandt markedsdeltagerne med hensyn til nettoomkostningerne ved forsyningspligten:

Hvis den nationale tilsynsmyndighed i henhold til sine forpligtelser i [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet)] er forpligtet til at overveje, om nettoomkostningerne ved forsyningspligten er urimeligt høje i betragtning af den befordringspligtige virksomheds evne til at afholde dem under hensyntagen til den befordringspligtige virksomheds kendetegn, navnlig kvaliteten af dens udstyr, dens økonomiske og finansielle situation og dens markedsandel (som henvist til i Base-dommens præmis 42), er det da ifølge direktiverne tilladt, at den nationale tilsynsmyndighed foretager denne vurdering ved udelukkende at tage hensyn til den befordringspligtige virksomheds kendetegn/situation, eller er den forpligtet til at vurdere den befordringspligtige virksomheds kendetegn/situation i forhold til dens konkurrenter på det relevante marked?