

Дело C-494/21

Преюдициално запитване

Дата на постъпване в Съда:

11 август 2021 г.

Запитваща юрисдикция:

High Court (Ирландия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

30 юли 2021 г.

Жалбоподател:

Eircom Limited

Отвeтник:

Commission for Communications Regulation

HIGH COURT (ВИСШ СЪД, ИРЛАНДИЯ)

ТЪРГОВСКО ОТДЕЛЕНИЕ

[...]

[...]

[Процедурни въпроси] [...] [ориг. 2] [...]

С **НАСТОЯЩОТО** на основание член 267 от Договора за функционирането на Европейския съюз **РАЗПОРЕЖДА** до Съда на Европейския съюз да се отправи въпросът, изложен в постановеното на 5 май 2021 г. писмено решение на настоящия съд, както следва:

Когато:

- i) пазарът на далекосъобщенията е либерализиран и има множество доставчици на далекосъобщителни услуги, действащи на него,
- ii) националният регулаторен орган (наричан по-нататък „НРО“) е избрал един доставчик на услуги (наричан по-нататък „доставчикът на

универсална услуга“ или „ДУУ“) за изпълнение на задълженията за предоставяне на универсална услуга (наричани по-нататък „ЗПУУ“); [ориг. 3],

iii) НРО е установил, че е налице положителен нетен разход във връзка с изпълнението на ЗПУУ (наричан по-нататък „нетният разход по ЗПУУ“), и

iv) НРО е установил, че нетният разход по ЗПУУ е значителен в сравнение с административните разходи за въвеждане на механизъм за споделяне на нетния разход по ЗПУУ между участниците на пазара,

ако по силата на задълженията си по Директива 2002/22 за универсалната услуга НРО е длъжен да отчете дали нетният разход по ЗПУУ е прекомерен предвид възможностите на ДУУ да го понесе, като се отчитат всички характеристики на ДУУ, и по-специално равнището на неговото оборудване, икономическото и финансовото му положение и пазарният му дял (както е посочено в точка 42 от решение Base), допускат ли директивите НРО да извърши тази преценка, вземайки предвид единствено характеристиките/положението на ДУУ, или е длъжен да прецени характеристиките/положението на ДУУ спрямо неговите конкуренти на съответния пазар?

[...] [ориг. 4] [...]

1 [...] [Съкращения]

[...] [ориг. 5] [...]

I. ЗАПИТВАЩА ЮРИСДИКЦИЯ

2 [...]

II. СТРАНИ В ГЛАВНОТО ПРОИЗВОДСТВО И ТЕХНИ ПРЕДСТАВИТЕЛИ

3 [...]

4 [...]

5 [...]

6 [...] [ориг. 6] [...]

III. ПРЕДМЕТ НА ГЛАВНОТО ПРОИЗВОДСТВО И РЕЛЕВАНТНИ ФАКТИ

7. Необходими са указания от Съда на Европейския съюз във връзка с правилното прилагане на решение Base (C-389/08), в което се разглежда тълкуването на Директивата за универсалната услуга [Директива 2002/22/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно универсалната услуга и правата на потребителите във връзка с електронните съобщителни мрежи и услуги; ОВ L 108, 2002 г., стр. 51; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 213], и по-специално за преценката дали е налице несправедливо затруднение, при условие че на ирландския пазар съществува само един ДУУ, но множество доставчици на далекосъобщителни услуги.
8. В главното производство се разглежда жалба срещу административни актове, подадена от Eircom до High Court (Висш съд, Ирландия) на основание правило 4 от European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 (Правила на Европейските общности от 2011 г. (Електронни съобщителни мрежи и услуги) (Рамкови правила) (наричани по-нататък „Рамковите правила“).
9. Eircom обжалва пет решения на Commission for Communications Regulation (Комисия за регулиране на съобщенията, Ирландия, наричана по-нататък ComReg), с които е установено, че нетните разходи на Eircom за изпълнението на ЗПУУ, що се отнася до предоставянето на достъп във фиксирани местоположения за периода от 2010—2011 г. до 2014—2015 г. включително, не представлява несправедливо затруднение за Eircom, поради което трябва да бъдат отхвърлени заявленията на Eircom за финансиране въз основа на правило 11 от European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 (Правила на Европейските общности от 2011 г. (Електронни съобщителни мрежи и услуги) (Универсална услуга и права на ползвателите) (наричани по-нататък „Правилата за универсалната услуга“).

IV. ХРОНОЛОГИЧЕН ПРЕГЛЕД

10. На 30 юни 2010 г. след проведена обществена консултация ComReg повторно определя Eircom като ДУУ за предоставянето на достъп във фиксирани местоположения за период от две години и за всички останали аспекти във връзка със ЗПУУ от 1 юли 2010 г. до 30 юни 2012 г. С последващи решения Eircom повторно е определено за изпълнението на някои аспекти на универсалната услуга, като условията и задълженията са изменяни с оглед на пазарните условия. Към настоящия момент Eircom остава единственият ДУУ за предоставяне на достъп във фиксирано местоположение, както и за гласови услуги и обществени телефони в Ирландия.

- 11 На 31 май 2011 г. след провеждане на редица обществени консултации ComReg публикува Решение 04/11, състоящо се от поредица номерирани решения, в които се определят принципите и методиката за изчисляване на нетните разходи по ЗПУУ и приходите от ЗПУУ, принципите [ориг. 7] и методиката за изчисляване на другите ползи от ЗПУУ, както и подходът, който трябва да се следва, за да се определи дали нетния разход води до несправедливо затруднение за ДУУ. Условието на релевантните решения, в които се излага този подход, са посочени в приложение А.
- 12 Между септември 2014 г. и март 2016 г. Eircom подава заявления за финансиране на нетния разход по ЗПУУ за всяка от петте години в периода от 2010—2011 г. до 2014—2015 г. на основание правило 11 от Правилата за универсалната услуга.
- 13 На 18 април 2019 г. след проведена обществена консултация за всяко от петте заявления ComReg публикува петте си решения (наричани по-нататък „решенията“), с които установява, че положителните нетни разходи на Eircom за изпълнението на ЗПУУ за всяка от годините в периода от 2010—2011 г. до 2014—2015 г. не поражда несправедливо затруднение в нито един от случаите.
- 14 На 15 май 2019 г. Eircom подава жалба срещу решенията, тъй като счита за погрешна преценката на ComReg, че не е налице несправедливо затруднение за Eircom.

V. ОБЖАЛВАНИ РЕШЕНИЯ

- 15 ComReg приема отделно решение за всяка година, за която Eircom подава заявление за финансиране. Тези решения са публикувани заедно и във всеки отделен случай е преценено, че нетният разход не поражда несправедливо затруднение за Eircom.
- 16 ComReg изчислява, че нетните разходи на Eircom за ЗПУУ се равняват на малко под 43 милиона евро общо за петте години. Положителните нетни разходи, определени от ComReg за всяка година, са посочени в приложение Б.
- 17 Генерираната от Eircom печалба преди лихви и данъци от дейността му в сектора на фиксираните линии през разглеждания петгодишен период е 1,397 милиарда евро, като стойностите за всяка отделна година са посочени в приложение В.
- 18 За всяко от решенията ComReg се позовава на „Доклад относно несправедливите затруднения“ за съответната година, предоставен от фирмата за икономически консултации Охера. Докладът на Охера за 2014—2015 г. е приложен като пример в приложение Г заедно със съответстващото решение на ComReg в приложение Д.

- 19 Във всяко решение е установено, че са налице проверими и проверени преки нетни разходи; че ползите от ЗПУУ не надвишават нетните разходи (т.е., че са налице положителни нетни [ориг. 8] разходи); както и че положителните нетни разходи са значителни в сравнение с административните разходи за механизъм за споделяне на разходите (като следователно са изпълнени условията, предвидени в Решение 38, точки i) и ii) и точка iii), буква а), посочено в приложение А).
- 20 Във всеки от докладите си Охега заключава, че рентабилността и способността на ДУУ да генерира справедлива норма на възвръщаемост от вложения си капитал не са засегнати значително от нетния разход по ЗПУУ през съответния период (такава преценка се изисква съгласно Решение 40, посочено в приложение А).
- 21 Използваният от Охега (и приет от ComReg) референтен показател, за да се определи дали Eircom е генерирало справедлива норма на възвръщаемост, представлява сравнение на възвръщаемостта на вложения капитал (наричана по-нататък „ROCE“¹), чрез която се определя финансовата възвръщаемост за Eircom, спрямо регулирана среднопретеглена цена на капитала (наричана по-нататък „СПЦК“), предварително определена от ComReg. Например в доклада за 2014—2015 г. е установено, че ROCE от дейността на Eircom в сектора на фиксираните линии (на дребно и на едро) е била 11,4 % с включена нетен разход, докато регулираната допустима СПЦК за Eircom е била 8,18 % (като ROCE от дейността в сектора на фиксираните линии с включена нетен разход е надхвърляла СПЦК за всяка оценявана година). Приложение Е съдържа таблица с тези стойности за всяка оценявана година. Охега също така отчита допълнителни показатели (макар че според Eircom Охега не им придава значение), свързани с финансовото и икономическото положение на Eircom, включително пазарния му дял в сектора на фиксираните линии, определен въз основа на приходите, промени в средните приходи на Eircom във времето, както и промени в броя клиенти на Eircom във времето, като „по-широкообхватен контекст“ за извършения от него анализ на рентабилността. За всяка оценявана година Охега заключава, че рентабилността и способността на Eircom да генерира справедлива норма на ROCE не са засегнати значително от нетния разход по ЗПУУ и съответно че тежестта на нетния разход в периода, за който са подадени заявления, не е била прекомерна спрямо способността на Eircom да я понесе.
- 22 Охега посочва, че поради това въз основа на осъществения анализ то не е извършило оценка дали нетният разход засяга значително способността на Eircom да се конкурира при еднакви условия с конкурентите в бъдеще съгласно Решение 41 (посочено в приложение А).

¹ ROCE е счетоводен показател на финансовата възвръщаемост, който показва отношението между оперативните печалби и вложения капитал в дадена дейност.

- 23 ComReg стига до извода, че за всяка година, за която са подадени заявления, констатацията за липса на значително въздействие върху рентабилността и способността на Eircom да генерира справедлива норма на ROCE означава, че нетният разход не е довел до поставянето на Eircom в неблагоприятно конкурентно положение в значителна степен. Поради това ComReg приема, че не е необходимо да се извършва преценката за нарушение на конкуренцията, предвидена в Решение 41 от Решение 04/11. [ориг. 9]
- 24 Нито ComReg, нито Охега извършват оценка на конкурентите на Eircom на пазара. Както докладите на Охега, така и решенията на ComReg са съсредоточени върху характеристиките на Eircom.

VI. ПАЗАР НА ДАЛЕКОСЪОБЩЕНИЯТА ПО ФИКСИРАНИ ЛИНИИ В ИРЛАНДИЯ

- 25 В приложение Ж са посочени дяловете на пазарните участници на националния пазар в сектора на фиксираните линии в Ирландия през по-голямата част от съответния период, както са представени в проучването на пазара за 2015 г. на ComReg: от него е видно, че дялът на Eircom (предишният заварен монополист) на националния пазар на абонати на фиксирани телефонни услуги е намалял от 74,5 % (първо тримесечие на 2010 г.) на 47,2 % (четвърто тримесечие на 2014 г.), докато например дялът на Virgin през същия период се е увеличил от 5 % на 21,7 %. В проучването на пазара за 2014 г. на ComReg се посочва, че в Дъблин пазарният дял на Virgin е 42 % спрямо 44 % на Eircom съгласно проучване сред домакинствата, проведено през 2013 г.
- 26 Тъй като Eircom е единственото предприятие, за което е определено, че разполага със значителна пазарна сила на редица пазари в сектора на фиксираните линии (на едро и на дребно), поради което неговите цени на едро и на дребно се регулират, Eircom е единственият пазарен участник, за който ComReg прилага СПЦК. Оспорва се не размерът на регулираната СПЦК, а дали е уместно да се използва този показател при преценката за наличие на несправедливо затруднение.
- 27 По-специално ДУУ е длъжен да изпълни всяко разумно искане на лице от обществеността да бъде свързано към обществената съобщителна мрежа във фиксирано местоположение при прилагане на единна национална цена, определена от ДУУ (усреднена по географски признак цена, наричана по-нататък „УГПЦ“).
- 28 По-голямата част от нетния разход по ЗПУУ (над 85 % в периода 2014—2015 г.) се дължи на предоставянето на универсална услуга на нерентабилни клиенти в рентабилни региони или на рентабилни клиенти в нерентабилни региони.

- 29 Макар релевантността на тези обстоятелства за обжалването да се оспорва, по принцип няма съмнение, че за конкурентен пазар на далекосъобщенията е характерно доставчиците на услуги, които не са определени като ДУУ, да извличат полза и от свързването към мрежата на потребители, които в противен случай биха останали необслужени (наричано по-нататък „положителни външни последици“), както и че на такива конкурентни пазари на теория всички доставчици на услуги могат да „пробират“ в по-доходоносни географски центрове.

VII. РЕЛЕВАНТНИ ПРАВНИ РАЗПОРЕДБИ [ориг. 10]

- 30 Към момента на настъпване на фактите регулаторната уредба на Съюза за електронните съобщения се е състояла от Рамковата директива [Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги; ОВ L 108, 2002 г., стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 195] и четири специални директиви, от които релевантна в настоящото производство по обжалване е Директивата за универсалната услуга.
- 31 Рамковата директива предвижда, че всяка държава членка определя един или повече компетентни органи, които да функционират като национален регулаторен орган, и че въпросният орган или органи са натоварени с регулаторните задължения, предвидени в самата Рамкова директива и във всяка от специалните директиви. Съгласно член 3, параграф 3 „[д]ържавите членки гарантират, че националните регулаторни [органи] упражняват правомощията си безпристрастно и при пълна прозрачност“.
- 32 В качеството си на регулатор в сектора на електронните съобщения в Ирландия, ComReg е националният регулаторен орган по смисъла на Рамковата директива и на специалните директиви.
- 33 В членове 7 и 8 от Рамковата директива са определени принципите, които трябва да се прилагат от националния регулаторен орган, включително недопускане на дискриминация, защита на конкуренцията, пропорционалност и прозрачност².
- 34 Следните разпоредби от Директивата за универсалната услуга са релевантни за въпросите, повдигнати в настоящото производство, довели до искането на страните да се отправи преюдициално запитване по член 267:
- член 1, в който се определят целта и основният характер на универсалната услуга;

² Релевантни са и член 2, буква ж), член 3, параграф 1 и съображения 1 и 36 от Рамковата директива.

- член 3, с който на държавите членки се налага задължението да гарантират предоставянето на универсалната услуга, като същевременно спазват определени принципи;
- член 12, в който се определят действията, които трябва да се предприемат, когато национален регулаторен орган счита, че е възможно да е налице несправедливо затруднение за ДУУ;
- член 13, който предвижда, че когато национален регулаторен орган установи, че даден ДУУ е обект на несправедливо затруднение, по молба на ДУУ съответната държава членка може да въведе механизъм за компенсации на изчислените нетните разходи за ДУУ от обществени средства при прозрачни условия и/или да подели нетния разход по ЗПУУ между различни доставчици на електронни съобщителни мрежи и услуги на пазара;
- част А от приложение IV, която урежда правилното изчисляване на нетните разходи по ЗПУУ³. [ориг. 11]

35 На национално равнище правило 11 от Правилата за универсалната услуга (S.I. 337/2011)⁴ предвижда, че ДУУ може да поиска от ComReg да установи, че нетните разходи по ЗПУУ представляват несправедливо затруднение.

36 Член 12 предвижда, че когато ComReg установи наличието на несправедливо затруднение за ДУУ, тя разпределя нетния разход по ЗПУУ между доставчиците на електронни съобщителни мрежи и услуги.

VIII. РЕШЕНИЕ BASE (C-389/08)

37 Страните спорят за значението на изводите на Съда на ЕС по дело Base (C-389/08) и прилагането им към преценката за наличие на несправедливо затруднение, когато на пазара има само един ДУУ, и за правилния метод за проверка, който трябва да се приложи, за да се установи наличието на несправедливо затруднение в по-общ план. Поради това е необходимо да се отправи преюдициално запитване до Съда на ЕС, което се отнася преди всичко до прилагането на съдебната практика от решение Base (C-389/08) към настоящото обжалване.

38 Фактическият контекст за отправянето на преюдициално запитване до Съда по посоченото дело е законодателна уредба, съгласно която всички оператори на пазара са потенциални ДУУ, ако техните клиенти имат право

³ Релевантни за въпросите, повдигнати в настоящото производство, са и следните съображения: съображения 2, 3, 4, 18, 21 и 23.

⁴ Правила на Европейските общности от 2011 г. (Електронни съобщителни мрежи и услуги) (Универсална услуга и права на ползвателите).

на социални тарифи. Белгийското право предвижда, че когато общият размер на предоставяните от оператор социални тарифи на пазара надхвърля пазарния му дял, той получава компенсация за това.

- 39 Нетните разходи обаче не са се изчислявали в зависимост от характеристиките на всеки отделен оператор, а са били основани на разходите на предишния заварен оператор Belgacom.
- 40 В точки 42—43 Съдът на ЕС постановява следното във връзка със значението на понятието „несправедливо затруднение“⁵:

„В това отношение съображение 21 от Директива 2002/22 сочи волята на общностния законодател да обвърже механизмите за възстановяване на нетните разходи, които предоставянето на универсалната услуга може да породи за предприятието, с наличието на прекомерна тежест за това предприятие. В този смисъл, като приема, че нетните разходи за универсалната услуга невинаги представляват прекомерно затруднение за всички заинтересовани предприятия, общностният законодател изключва възможността всеки нетен разход за предоставянето на универсалната услуга да поражда автоматично право на компенсация. При това положение [ориг. 12] несправедливото затруднение, чието наличие националният регулаторен орган трябва да установи, преди евентуално да допусне компенсиране, е онова затруднение, което за конкретното предприятие е прекомерно с оглед на възможностите му да понесе такова затруднение, оценени предвид всички характеристики на това предприятие, и в частност предвид равнището на оборудването му, икономическото и финансовото му състояние и пазарния му дял.

Макар че при липсата на конкретна разпоредба по този въпрос в Директива 2002/22 националният регулаторен орган следва общо и обективно да установи критериите, по които да се определят прагове, над които затруднението може да се разглежда като прекомерно предвид посочените в предходната точка характеристики, това не променя факта, че този орган няма право да установи за целите на член 13 от тази директива, че затруднението при предоставянето на универсалната услуга е несправедливо, ако не извърши конкретна преценка на положението на всяко от съответните предприятия с оглед на тези критерии“.

- 41 Както ComReg, така и ирландският High Court (Висш съд) несъмнено са обвързани от принципа на лоялно сътрудничество и трябва да прилагат изводите на Съда на ЕС. Несъгласието между страните се отнася именно до

⁵ Същите принципи са посочени в решение Комисия/Белгия (C-222/08), което се отнася до образувано по искане на Комисията производство за установяване на неизпълнение на задължения.

правилното тълкуване на решение Base (C-389/08) и правилното му прилагане към фактическото положение в настоящия случай.

IX. ПОЗИЦИИ НА СТРАНИТЕ ПО ПРАВНИТЕ ВЪПРОСИ

- 42 Страните са единодушни, че ComReg има законоустановено задължение да определи дали разходите (без да се отчитат ползите) за изпълнението на ЗПУУ представляват несправедливо затруднение за ДУУ. Те обаче спорят за значението на изводите на Съда на ЕС по дело Base (C-389/08) и прилагането им към преценката за наличие на несправедливо затруднение, когато на пазара има само един ДУУ, и за правилния метод за проверка, който трябва да се приложи, за да се установи наличието на несправедливо затруднение в по-общ план.

Позиция на Eircom

- 43 Позицията на Eircom по въпросите, във връзка с които се отправя настоящото преюдициално запитване по член 267, е че:
- i) установяването дали е налице несправедливо затруднение за ДУУ на даден конкурентен пазар изисква да се извърши анализ на конкуренцията, за да се прецени дали едностранното налагане на нетния разход по ЗПУУ на ДУУ води до нарушаване на конкуренцията, като го поставя в по-неблагоприятно конкурентно положение спрямо неговите конкуренти на пазара;
 - ii) следва да се оцени относителната способност на ДУУ да понесе нетния разход по ЗПУУ, като се вземат предвид не само собствените характеристики на Eircom, но и тези на неговите конкуренти. Ангажираният от Eircom независим икономически експерт е на мнение, че [ориг. 13] без тази оценка съществува значителен риск да се стигне до положение, при което всички доставчици на съобщителни услуги извличат полза от положителните външни последици от ЗПУУ, но само ДУУ понася разходите в тази връзка, въпреки че не се намира в значително по-добро положение да го прави, а това по дефиниция това следва да се счита за несправедливо, тъй като няма обективна обосновка за такава разлика в третирането;
 - iii) отбелязването в решение Base (C-389/08), че е необходимо да се отчетат собствените характеристики на ДУУ, трябва да бъде разгледано в рамките на фактическия контекст по това дело, а именно наличието на множество ДУУ и неправомерното поведение на националния регулаторен орган, който е третираше потенциалното несправедливо затруднение за всеки от тези ДУУ по най-общ начин. Коментарите на Съда на ЕС трябва да бъдат отчетени по-скоро в такава

- светлина, а не като задължаване да се вземат предвид характеристиките само на едно предприятие в рамките на конкурентен пазар;
- iv) освен това характеристиките, които трябва да се вземат предвид във връзка с метода за проверка, определен в решение Base (C-389/08), като например качеството на оборудването и пазарния дял, по принцип са съпоставими условия и тяхната релевантност може да се изразява единственото в предимство или недостатък на ДУУ спрямо неговите конкуренти;
 - v) констатациите в решение Base (C-389/08) трябва да се тълкуват и в контекста на обвързващите задължения, наложени на националните регулаторни органи с Рамковата директива и Директивата за универсалната услуга, както и в светлината на общите принципи на правото на Съюза. От текста на Рамковата директива и на Директивата за универсалната услуга, както и от общите принципи на правото на Съюза следва, че свеждането до минимум на нарушаването на конкуренцията е обвързващо задължение, наложено на ComReg в качеството ѝ на национален регулаторен орган;
 - vi) определянето от ComReg на изключително висок праг, който трябва да се достигне, за да се приеме, че е налице „значително въздействие“ върху рентабилността и/или способността да се генерира справедлива норма на възвръщаемост от капитала, преди да се пристъпи към каквато и да било преценка дали затруднението поставя ДУУ в неблагоприятно конкурентно положение, е в разрез с нейните задължения в качеството ѝ на национален регулаторен орган, предвидени в Рамковата директива и Директивата за универсалната услуга;
 - vii) методиката за оценка дали нетният разход по ЗПУУ поставя ДУУ в неблагоприятно конкурентно положение чрез извършване на преценка дали през съответната година ROCE на ДУУ е надвишила неговата СПЦК, е погрешна. При подхода на ComReg се отчита единствено дали ДУУ е бил в състояние да понесе разходите, без неговата ROCE да се понижи до равнището на неговата СПЦК. Освен това прагът е съсредоточен върху ROCE на дейността на Eircom в сектора на фиксираните линии на едро и дребно в нейната цялост, а не към ROCE на дейността му във връзка със ЗПУУ (която се извършва само на дребно);
 - viii) налагането на едностранно задължение за финансиране на универсална услуга на едно предприятие на конкурентен пазар единствено въз основа на преценките на националния регулаторен орган, че това предприятие може да си го позволи в краткосрочен до средносрочен план, никога не би могло да бъде обективна обосновка за такова действие. Фактът, че ROCE на ДУУ е по-висока от неговата СПЦК, без

да е налице допълнителна информация, не [ориг. 14] показва, че ДУУ е в състояние да понесе разходите, без да настъпят неблагоприятни последици за конкурентната му позиция на пазара. Този факт изобщо не показва пазарната сила на ДУУ или на неговите конкуренти и е слаб показател за условията на пазара и за въздействието на ЗПУУ върху конкуренцията;

- ix) в приложение 3 е посочен размерът на ROCE на всеки от участниците на пазара за съответния период, както е изчислен от икономическия експерт на Eircom. Според независимия икономически експерт, ангажиран от Eircom, тези стойности показват, че средната ROCE на Eircom за периода 2010—2015 г. е най-ниската сред всички оператори, обхванати от анализа;
- x) определената от ComReg СПЦК по отношение на Eircom не е подходящ референтен показател: независимият икономически експерт разкрива, че в много отрасли предприятията генерират норма на възвръщаемост, по-висока от СПЦК, и че всеки оператор на този пазар е с доста по-високо равнище на рентабилност от прилаганата спрямо Eircom СПЦК. ЗПУУ, което представлява регулаторно задължение, насочено към гарантиране на достъпа на потребителите до съвкупност от основни съобщителни услуги на достъпни цени, няма за цел да намали възвръщаемостта за ДУУ в условията на конкурентна среда. Едностранното налагане на разходите за ЗПУУ на ДУУ, макар това да го поставя в по-неблагоприятно конкурентно положение и въпреки факта, че основните му конкуренти не са обект на мерки за намаляване на печалбите им до подобно ниво, противоречи на залегналите в Рамковата директива и в Директивата за универсалната услуга цели да се гарантира пропорционалността и да се избегнат дискриминацията и нарушаването на конкуренцията;
- xi) икономическият експерт на Eircom представя доказателства, които не са оспорени от икономическия експерт на ComReg, че за да бъде изпълнен този критерий нетните разходи в периода 2010—2011 г. е трябвало да бъдат 244 милиона евро (съответстващи на 62 % от печалбата преди лихви и данъци) и че през годините, за които е поискано финансиране, най-ниският размер на нетните разходи, за да бъде изпълнен този критерий, в една от годините е трябвало да бъде 51 милиона евро (съответстващи на 23 % от печалбата преди лихви и данъци);
- xii) методът за проверка, който прилага ComReg в своите решения, би означавал, че несправедливо затруднение би било налице само ако ROCE на Eircom за цялата дейност в сектора на фиксираните линии се понижи до точка, при която според твърденията на икономическия експерт запазването на положението би довело до затруднения за дружеството да привлича нов капитал. Това не е в съответствие с

- регулаторната схема, която цели насърчаване на ефективната конкуренция;
- xiii) доколкото изводите в решение Base (C-389/08) са релевантни за пазарите само с един ДУУ, от това следва, че националният регулаторен орган трябва, първо, да извърши индивидуална оценка на действителните нетни разходи по ЗПУУ, без да си служи с общи допускания за отношението между положителните нетни разходи и евентуалното наличие на несправедливо затруднение, и второ, трябва да спази обвързващото си задължение по Директивата за универсалната услуга да определи дали е налице несправедливо затруднение с оглед на цялостния фактически контекст на пазара, на който е активен ДУУ; както и че **[ориг. 15]**
- xiv) рентабилността и способността на Eircom да генерира справедлива норма на възвръщаемост са засегнати значително от нетния разход по ЗПУУ, тъй като по този начин на Eircom се налагат допълнителни разходи, които конкурентите му не понасят, без Eircom да разполага с насрещно предимство (като например квази-монополна пазарна сила на пазара на дребно), което да компенсира неблагоприятните последици от тежестта на допълнителния разход. Наличието на „значително въздействие“ върху рентабилността и/или способността да се генерира справедлива норма на възвръщаемост не може да се определя от праг на рентабилност, при който се изключват съображения, свързани с нарушаване на конкуренцията и с обективна обосновка.

Позиция на ComReg

- 44 Позицията на ComReg по въпросите, във връзка с които се отправя настоящото преюдициално запитване по член 267, е че:
- i) изводите в решение Base (C-389/08) водят до съсредоточаване върху способността на ДУУ да понесе нетните разходи в светлината на собствените му характеристики. Методът за проверка се изразява в едностранен анализ на собствената способност на даден субект да понесе тежестта, а не анализ на всички конкуренти на пазара и на съответната им способност да понесат нетните разходи;
- ii) Директивата за универсалната услуга не само позволява на националните регулаторни органи да определят общи и обективни критерии, чрез които да решат дали дадено затруднение може да се счита за несправедливо, но в светлината на решение Base (C-389/08) в действителност изисква от тях да го направят. Тези критерии не са посочени в Директивата или от Съда на ЕС, а трябва да се определят от всеки национален регулаторен орган. Ето защо не е учудващо, че всяка държава членка е определила собствени критерии и че те се различават в отделните държави членки;

- iii) методът за проверка, установен в решение Base (С-389/08), е насочен към въпроса дали нетните разходи са прекомерни предвид способността на ДУУ да ги понесе в светлината на определените критерии, които са съсредоточени върху характеристиките на ДУУ;
- iv) предвид метода за проверка, установен в решение Base (С-389/08), рентабилността представлява величина от критично значение за определяне на способността на Eircom да понесе нетните разходи;
- v) ComReg твърди, че рентабилността и способността на Eircom да генерира справедлива норма на ROCE свидетелстват за неговото финансово положение и че е уместно да се използват, за да се оцени способността му да понесе тежестта на нетните разходи. ComReg твърди, че регулаторно допустимата СПЦК осигурява подходящо референтно равнище на възвръщаемост от гледна точка на конкуренцията, което да се използва при оценката. СПЦК обикновено се използва от регулаторните органи и от службите по случаи в областта на конкуренцията като референтен показател за възвръщаемостта, която инвеститорите (т.е. собствениците на капитал и заемодателите) могат да очакват от инвестицията в дадена дейност. СПЦК показва алтернативните разходи на инвеститора от поемането на риска да инвестира в дадено дружество или, с други думи, възвръщаемостта, която инвеститорът би изисквал като референтен показател за осъществяването на инвестиция; **[ориг. 16]**
- vi) докладите на Ofera и решенията на ComReg са съсредоточени върху характеристиките на Eircom и способността му да понесе нетните разходи, като в тях се заключава, че при този метод за проверка нетните разходи не са прекомерни спрямо способността на Eircom да ги понесе;
- vii) способността на даден субект да извърши кръстосано субсидиране от генерираните печалби е релевантна за способността му да поеме нетните разходи по ЗПУУ, а кръстосаното субсидиране като принцип е залегнало в основата на мотивите в решение Base (С-389/08);
- viii) Eircom подчертава, че не е справедливо да понесе тежест в размер на 45 милиона евро за период от пет години, но пренебрегва факта, че в същия период печалбата му преди лихви и данъци е възлизала на 1,397 милиарда евро. Това следва да се изтъкне, тъй като преценката за наличие на несправедливо затруднение отчита способността на ДУУ да понесе нетните разходи;
- ix) важно е да се отбележи, че Eircom не представя доказателства в подкрепа на твърдението, че рентабилността му и способността му да генерира справедлива норма на ROCE са засегнати значително от нетния разход по ЗПУУ. Eircom също така не твърди, че нетният разход

по ЗПУУ е довел до липса на рентабилност (тъй като не е налице такава липса) или, което е още по-важно — до неспособност да се понесат разходите. Абсолютното равнище на печалбите и анализът на ROCE спрямо СПЦК показват, че нетните разходи не оказват значително въздействие върху рентабилността на Eircom. Ако се вземе например периодът 2010—2011 г., печалбата на Eircom преди лихви и данъци е била в размер на 388 милиона евро в условията на конкурентна среда, като същевременно през тази година е направило положителни нетни разходи в размер на 7,5 милиона евро;

- x) никъде в решение Base (C-389/08) не се посочва или подкрепя тезата, че ComReg трябва да извърши оценка на конкурентите на ДУУ, на техните приходи, пазарния им дял и ползата, която извличат от ЗПУУ. Никъде в посоченото решение не се загатва, че трябва да се извърши такъв вид анализ на пазара, нито че трябва да се направи каквото и да било сравнение между Eircom и неговите конкуренти, преди да се определи дали Eircom може да понесе тежестта, свързана с нетните разходи;
- xi) ComReg твърди, че пазарните дялове на конкурентите и отчитаните при тях тенденции (представени от Eircom) не са показателни, а още по-малко определящи, за способността на Eircom да понесе нетните разходи. Що се отнася до ROCE на другите участници на пазара, представени от Eircom и посочени в приложение 3, ComReg изтъква, че този анализ на ROCE представя ненадеждни и противоречиви данни относно рентабилността на конкурентите и във всеки случай е ирелевантен за оценката;
- xii) ако преценката за наличие на несправедливо затруднение изискваше подобен анализ на пазара, разумно би било да се очаква това да се посочи в Рамковата директива или в Директивата за универсалната услуга по такъв или сходен начин или пък Съдът на ЕС да го отбележи в решение Base (C-389/08), но той не го е направил;
- xiii) съгласно методиката на ComReg конкурентната ситуация на пазара в действителност се отчита, тъй като, когато бъде установено, че положителните нетни разходи засягат значително рентабилността на ДУУ, ComReg преценява дали тези нетни разходи ще повлияят значително на способността на ДУУ да се конкурира при равни условия с конкурентите в бъдеще. Освен това в контекста на анализа в Решение 40 ComReg и **[ориг. 17]** Охера в действителност отчитат аспектите на пазара като по-широкообхватен контекст за оценката на рентабилността (включително ценообразуването на Eircom и пазарния му дял в сектора на фиксираните линии), както е видно например от таблица 5.1 и от заключението в докладите на Охера, приложени към всяко от решенията, например като доклада за периода 2014—2015 г., посочен в приложение Г;

- xiv) рентабилността е надежден показател за конкурентната среда, а резултатът от оценката на рентабилността не е отделен от съображенията във връзка с конкуренцията;
- xv) предмет на настоящото производство по обжалване е нетният разход по ЗПУУ — въздействието на парична сума — а не други качествени изисквания във връзка със ЗПУУ, които могат да породят последици за конкуренцията, като например УГПЦ;
- xvi) няма никакво съмнение, че при произнасянето си с решение Base (C-389/08), Съдът на ЕС взема предвид изискванията за недопускане на дискриминация, пропорционалност и свеждане до минимум на нарушенията на пазара, както и отклоняването от условията на пазара, което би могло да предполага ЗПУУ, когато определя подходящия метод за установяване дали е налице несправедливо затруднение; както и че
- xvii) икономическият експерт, ангажиран от ComReg, се е уверил, че сравнението между ROCE и СПЦК е подходящо като част от оценката на икономическото и финансовото положение на ДУУ.

X. МОТИВИ ЗА ОТПРАВЯНЕ НА ПРЕЮДИЦИАЛНОТО ЗАПИТВАНЕ

- 45 Страните спорят за значението на изводите на Съда на ЕС по дело Base (C-389/08) и прилагането им към преценката за наличие на несправедливо затруднение, когато на пазара има само един ДУУ, и за правилния метод за проверка, който трябва да се приложи, за да се установи наличието на несправедливо затруднение в по-общ план.
- 46 Решението по дело Base (C-389/08) не се отнася до положение, при което на съответния пазар съществуват множество доставчици на далекосъобщителни услуги, но само един ДУУ. В Ирландия е налице именно такова положение. За решаването на спора в главното производство е необходимо да бъдат получени указания от Съда на ЕС. Освен това има вероятност указанията на Съда на ЕС да представляват интерес за правораздавателните органи в други държави членки, тъй като е малко вероятно Ирландия да е единствената държава членка с либерализиран пазар на далекосъобщенията, в която може да възникне такъв казус.

XI. ПРЕЮДИЦИАЛЕН ВЪПРОС:

Когато: [ориг. 18]

- i) пазарът на далекосъобщенията е либерализиран и има множество доставчици на далекосъобщителни услуги, действащи на него,

ii) националният регулаторен орган (наричан по-нататък „НРО“) е избрал един доставчик на услуги (наричан по-нататък „доставчикът на универсална услуга“ или „ДУУ“) за изпълнение на задълженията за предоставяне на универсална услуга (наричани по-нататък „ЗПУУ“),

iii) НРО е установил, че е налице положителен нетен разход във връзка с изпълнението на ЗПУУ (наричан по-нататък „нетният разход по ЗПУУ“), и

iv) НРО е установил, че нетният разход по ЗПУУ е значителен в сравнение с административните разходи за въвеждане на механизъм за споделяне на нетния разход по ЗПУУ между участниците на пазара,

ако по силата на задълженията си по Директива 2002/22 за универсалната услуга НРО е длъжен да отчете дали нетният разход по ЗПУУ е прекомерен предвид възможностите на ДУУ да го понесе, като се отчитат всички характеристики на ДУУ, и по-специално равнището на неговото оборудване, икономическото и финансовото му положение и пазарният му дял (както е посочено в точка 42 от решение Base), допускат ли директивите НРО да извърши тази преценка, вземайки предвид единствено характеристиките/положението на ДУУ, или е длъжен да прецени характеристиките/положението на ДУУ спрямо неговите конкуренти на съответния пазар?