

Zadeva C-494/21

Predlog za sprejetje predhodne odločbe

Datum vložitve:

11. avgust 2021

Predložitveno sodišče:

High Court (Irska)

Datum predložitvene odločbe:

30. julij 2021

Pritožnica:

Eircom Limited

Nasprotna stranka v pritožbenem postopku:

Commission for Communications Regulation

HIGH COURT (višje sodišče)

COMMERCIAL (gospodarski oddelek) (Irska)

[...] (ni prevedeno)

[...] (ni prevedeno)

[Postopkovne navedbe] [...] (ni prevedeno) [...] (ni prevedeno)

JE SKLENILO, da se v skladu s členom 267 Pogodbe o delovanju Evropske unije Sodišču Evropske unije v predhodno odločanje predloži enako vprašanje, kot je navedeno v pisni sodbi tega sodišča, izrečeni 5. maja 2021, in ki se glasi:

Ali v okoliščinah, v katerih: –

- (i) je trg telekomunikacij liberaliziran in na njem deluje več ponudnikov telekomunikacijskih storitev;
- (ii) je nacionalni regulativni organ za izvajanje obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve izbral enega ponudnika storitev („ponudnik univerzalne storitve“);

(iii) je nacionalni regulativni organ ugotovil, da so z izvajanjem obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve povezani pozitivni neto stroški („neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve“), in

(iv) je nacionalni regulativni organ ugotovil, da so neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve znatni v primerjavi z upravnimi stroški določitve mehanizma delitve v zvezi z neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve med udeleženci na trgu;

velja, da če mora nacionalni regulativni organ v skladu s svojimi obveznostmi iz Direktive 2002/22 o univerzalnih storitvah presoditi, ali so neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve prekomerni glede na zmožnost ponudnika univerzalne storitve, da jih nosi, pri čemer se upoštevajo vse njegove značilnosti, zlasti obseg sredstev, ekonomsko in finančno stanje ter tržni delež (kot je navedeno v točki 42 sodbe v zadevi Base), je v skladu z direktivami dopustno, da ta organ navedeno presojo opravi le glede na značilnosti/položaj ponudnika univerzalne storitve, ali pa mora značilnosti/položaj ponudnika univerzalne storitve presoditi glede na njegove tekmece na zadevnem trgu?

[...] (ni prevedeno) [...] (ni prevedeno)

1 [...] (ni prevedeno) [Okrajšave]

[...] (ni prevedeno) [...] (ni prevedeno)

I. PREDLOŽITVENO SODIŠČE

2 [...] (ni prevedeno)

II. STRANKI V POSTOPKU V GLAVNI STVARI IN NJUNI ZASTOPNIKI

3 [...] (ni prevedeno)

4 [...] (ni prevedeno)

5 [...] (ni prevedeno)

6 [...] (ni prevedeno) [...] (ni prevedeno)

III. PREDMET POSTOPKA V GLAVNI STVARI IN UPOŠTEVNO DEJANSKO STANJE

7 Predložitveno sodišče želi od Sodišče Evropske unije prejeti smernice glede pravilne uporabe sodbe v zadevi C-389/08, Base, ki se nanaša na razlago direktive o univerzalnih storitvah in še posebej na presojo neupravičenega bremena, in sicer

v okoliščinah, v katerih je na irskem trgu en sam ponudnik univerzalne storitve, ponudnikov telekomunikacijskih storitev pa več.

- 8 Spor v postopku v glavni stvari se nanaša na pritožbo, ki jo je družba Eircom vložila pri High Court (višje sodišče, Irska) na podlagi člena 4 European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 (okvirna uredba v zvezi z Evropskimi skupnostmi o elektronskih komunikacijskih omrežjih in storitvah iz leta 2011, v nadaljevanju: okvirna uredba).
- 9 Družba Eircom prosi za pravno varstvo v zvezi s petimi sklepi organa ComReg, v katerih je ugotovil, da neto stroški družbe Eircom za izvajanje obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve v zvezi z dostopom na fiksnih lokacijah v letih 2010–2011 do vključno 2014–2015 niso bili neupravičeno breme za družbo Eircom in da je treba zato vloge te družbe za finančna sredstva v skladu s členom 11 European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 (uredba v zvezi z Evropskimi skupnostmi o univerzalni storitvi in pravicah uporabnikov v okviru elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev iz leta 2011, v nadaljevanju: uredba o univerzalni storitvi) zavrniti.

IV. KRONOLOŠKI PREGLED DEJSTEV

- 10 Organ ComReg je 30. junija 2010 po javnem posvetovanju družbo Eircom ponovno določil kot ponudnika univerzalne storitve za zagotavljanje dostopa na fiksnih lokacijah za obdobje dveh let in vse druge vidike obveznosti te storitve, in sicer od 1. julija 2010 do 30. junija 2012. S poznejšimi sklepi je bila družba Eircom ponovno določena za nekatere vidike univerzalne storitve, pogoji in obveznosti pa so bili spremenjeni glede na tržne pogoje. Družba Eircom ostaja edini ponudnik univerzalne storitve za zagotavljanje dostopa na fiksnih lokacijah, govorne storitve in javnih telefonskih govorilnic na Irskem.
- 11 Organ ComReg je po številnih javnih posvetovanjih 31. maja 2011 objavil sklep št. 04/11, ki je vseboval vrsto oštevilčenih sklepov, v katerih so bila določena načela in metodologije za izračun neto stroškov in prihodkov obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve, načela in metodologije za izračun drugih koristi obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve ter pristop za ugotovitev, ali je bilo ponudniku univerzalne storitve zaradi neto stroškov naloženo neupravičeno breme. Določbe ustreznih sklepov, v katerih je določen ta pristop, so navedene v Prilogi A.
- 12 Družba Eircom je med septembrom 2014 in marcem 2016 v skladu s členom 11 uredbe o univerzalni storitvi vložila vloge za financiranje neto stroškov obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve za vsako od petih let v obdobju od 2010–2011 do 2014–2015.

- 13 Organ ComReg je 18. aprila 2019 po javnem posvetovanju o vsaki od petih vlog objavil pet sklepov (v nadaljevanju: sklepi), v katerih je ugotovil, da pozitivni neto stroški družbe Eircom pri izvajanju obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve v posameznih letih v obdobju od 2010–2011 do 2014–2015 v nobenem primeru niso bili neupravičeno breme.
- 14 Družba Eircom je 15. maja 2019 zoper sklepe vložila pritožbo z obrazložitvijo, da je organ ComReg napačno ugotovil, da družbi Eircom ni bilo naloženo neupravičeno breme.

V. IZPODBIJANI SKLEPI

- 15 Organ ComReg je izdal ločen sklep za vsako leto, za katero je družba Eircom želela pridobiti finančna sredstva. Ti sklepi so bili objavljeni skupaj in v vsakem primeru je bilo odločeno, da neto stroški niso bili neupravičeno breme za družbo Eircom.
- 16 Organ ComReg je izračunal, da so neto stroški družbe Eircom za obveznost zagotavljanja univerzalne storitve v petih letih skupaj znašali malo manj kot 43 milijonov EUR. Pozitivni neto stroški, ki jih je organ ComReg opredelil za vsako leto, so navedeni v Prilogi B.
- 17 Dobiček pred obrestmi in davki družbe Eircom na področju fiksne telefonije v zadevnem petletnem obdobju je znašal 1,397 milijarde EUR, pri čemer je znesek za vsako zadevno leto naveden v Prilogi C.
- 18 Organ ComReg se je pri vsakem sklepu opiral na „Poročilo o neupravičenem bremenu“, ki ga je družba ekonomskih svetovalcev Oxera pripravila za vsako zadevno leto. Poročilo družbe Oxera za leto 2014–2015 je priloženo v Prilogi D kot vzorec, skupaj z ustreznim sklepom organa ComReg v Prilogi E.
- 19 V vsakem sklepu je bilo ugotovljeno, da gre za preverljive in preverjene neposredne neto stroške; da koristi obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve niso presegale neto stroškov (to je, da gre za pozitivne neto stroške) in da so bili pozitivni neto stroški znatni v primerjavi z upravnimi stroški mehanizma delitve (in zato izpolnjujejo pogoje iz točk (i), (ii) in (iii)(a) sklepa št. 38, kot je navedeno v Prilogi A).
- 20 Družba Oxera je v vsakem od svojih poročil ugotovila, da neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve v zadevnem obdobju niso znatno vplivali na donosnost in zmožnost družbe ustvariti primerno stopnjo donosa vloženega kapitala (oceno katerih je bilo treba opraviti v skladu s sklepom 40, kot je navedeno v Prilogi A).
- 21 Referenčno merilo, ki ga je uporabila družba Oxera (in ga je sprejel organ ComReg) za ugotavljanje, ali je družba Eircom ustvarila primerno stopnjo donosa,

je bila primerjava donosa vloženega kapitala (v nadaljevanju: ROCE¹) kot merila finančnega donosa družbe Eircom z reguliranim tehtanim povprečjem stroškov kapitala (v nadaljevanju: WACC), katerega stroške je organ ComReg predhodno določil. V poročilu za leto 2014–2015 je bilo na primer ugotovljeno, da je bil ROCE na področju fiksne telefonije družbe Eircom (maloprodaja in veleprodaja), vključno z neto stroški, 11,4 %, regulirani dovoljeni WACC pa je bil 8,18 % (ROCE za področje fiksne telefonije, vključno z neto stroški, pa je presegal WACC v vsakem letu, ki se je ocenjevalo). Preglednica teh števil za vsako leto, ki se je ocenjevalo, je v Prilogi F. Družba Oxera je upoštevala (čeprav družba Eircom meni, da družba OXERA tem kazalnikom ni pripisala nobenega pomena) tudi dodatne kazalnike finančnega in gospodarskega položaja družbe Eircom, vključno z lastnim tržnim deležem družbe Eircom na trgu fiksne telefonije glede na prihodke, spremembami povprečnih prihodkov družbe Eircom na uporabnika skozi čas in spremembami števila strank družbe Eircom skozi čas, kot „širše ozadje“ za analizo donosnosti, ki jo je opravila. Družba Oxera je ugotovila, da v vsakem letu, ki se je ocenjevalo, neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve niso znatno vplivali na donosnost in zmožnost družbe Eircom ustvariti primerno stopnjo ROCE in da zato breme neto stroškov v obdobju uporabe ni bilo neupravičeno glede na zmožnost družbe, da nosi to breme.

- 22 Družba Oxera je navedla, da zato na podlagi analize, ki jo je opravila, ni ocenila, ali so neto stroški znatno vplivali na zmožnost družbe Eircom, da v prihodnosti konkurira tekmečem pod enakimi pogoji v skladu s sklepom št. 41 (kot je navedeno v Prilogi A).
- 23 Organ ComReg je sklenil, da je za vsako leto uporabe ugotovitev, da neto stroški niso znatno vplivali na donosnost in zmožnost družbe Eircom ustvariti primerno stopnjo ROCE, dokazala, da neto stroški družbi Eircom niso povzročili precej slabšega konkurenčnega položaja. Zato je organ ComReg ugotovil, da ni treba opraviti ocene izkrivljanja konkurence iz sklepa št. 41, vsebovanega v sklepu št. 04/11.
- 24 Niti organ ComReg niti družba Oxera nista opravila ocene katerega koli tekmeča družbe Eircom na trgu. Poročila družbe Oxera in sklepi organa ComReg se osredotočajo na značilnosti družbe Eircom.

VI. TRG FIKSNIH TELEKOMUNIKACIJ NA IRSKEM

- 25 Nacionalni tržni deleži udeležencev na trgu fiksne telefonije na Irskem za večino upoštevne obdobja, kot so razvidni iz pregleda trga, ki ga je leta 2015 pripravil organ ComReg, so navedeni v Prilogi G. Iz njega izhaja, da se je nacionalni tržni delež družbe Eircom (prej uveljavljeni monopolist) v zvezi z naročnino na fiksno telefonijo zmanjšal s 74,5 % (Q1, 2010) na 47,2 % (Q4, 2014), medtem ko je na

¹ ROCE je računovodsko merilo za finančni donos, ki ponazarja razmerje med dobičkom iz poslovanja in vloženim kapitalom v podjetju.

primer družba Virgin v istem obdobju svoj nacionalni delež povečala s 5 % na 21,7 %. Organ ComReg je v pregledu trga iz leta 2014 navedel, da je bil po raziskavi v gospodinjstvih v letu 2013 v Dublinu tržni delež družbe Virgin 42 %, družbe Eircom pa 44 %.

- 26 Ker je bila družba Eircom edino podjetje, določeno kot podjetje s pomembno tržno močjo na številnih trgih fiksne telefonije (v maloprodaji in veleprodaji), tako da so njene veleprodajne in maloprodajne cene regulirane, je ta družba edini udeleženec na trgu, za katerega je organ ComReg uporabil WACC. Znesek reguliranega WACC ni sporen, pač pa je sporna ustreznost njegove uporabe pri presoji neupravičenega bremena.
- 27 Ponudnik univerzalne storitve je zlasti zavezan izpolniti vsako razumno zahtevo člana javnosti za povezavo na javno komunikacijsko omrežje na fiksni lokaciji po enotni nacionalni ceni, ki jo določi ponudnik univerzalne storitve (geografsko povprečna cena).
- 28 Večina neto stroškov obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve (več kot 85 % v letih 2014–2015) izhaja iz opravljanja storitev v zvezi z obveznostjo zagotavljanja univerzalne storitve neekonomskim strankam na ekonomskih področjih ali ekonomskim strankam na neekonomskih področjih.
- 29 Čeprav je upoštevnost teh zadev za pritožbo sporna, ni sporno, da je za konkurenčen trg telekomunikacij načeloma značilno, da imajo tudi ponudniki storitev, ki niso ponudniki univerzalne storitve, koristi od tega, da so stranke, ki drugače ne bi bile povezane, povezane z omrežjem („pozitivni zunanji učinki“), ali da je tudi priznana značilnost takih konkurenčnih trgov, da lahko teoretično vsi ponudniki storitev izberejo najboljše v bolj donosnih geografskih središčih.

VII. UPOŠTEVNE ZAKONODAJNE DOLOČBE

- 30 V času dejanskega stanja so regulativni okvir EU za elektronske telekomunikacije sestavljale okvirna direktiva in štiri posebne direktive, med katerimi je za pritožbo upoštevna direktiva o univerzalnih storitvah.
- 31 V okvirni direktivi je določeno, da vsaka država članica določi enega ali več pristojnih organov, ki delujejo kot nacionalni regulativni organ, in da so ta organ ali organi odgovorni za regulativne obveznosti iz same okvirne direktive in vsake posebne direktive. Člen 3(3) določa, da „[d]ržave članice zagotovijo, da nacionalni regulativni organi izvajajo svoja pooblastila nepristransko in pregledno“.
- 32 ComReg je kot regulator sektorja elektronskih komunikacij na Irskem nacionalni regulativni organ za namene okvirne direktive in posebnih direktiv.

- 33 V členih 7 in 8 okvirne direktive so določena načela, ki jih mora uporabljati nacionalni regulativni organ, vključno z nediskriminacijo, zagotavljanjem konkurence, sorazmernostjo in preglednostjo.²
- 34 Naslednje določbe direktive o univerzalnih storitvah so upoštevne za vprašanja iz tega postopka, na podlagi katerih sta stranki vložili predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267:
- člen 1, ki določa cilj in temeljno naravo univerzalne storitve;
 - člen 3, ki državam članicam nalaga obveznosti zagotavljanja razpoložljivosti univerzalne storitve ob upoštevanju določenih posebnih načel;
 - člen 12, ki določa ukrepe, ki jih je treba sprejeti, kadar nacionalni regulativni organ meni, da je ponudnik univerzalne storitve lahko neupravičeno obremenjen;
 - člen 13, ki določa, da kadar je nacionalni regulativni organ ugotovil, da je ponudnik univerzalne storitve neupravičeno obremenjen, lahko zadevna država članica na zahtevo ponudnika univerzalne storitve uvede mehanizem za povračilo izračunanih neto stroškov ponudniku univerzalne storitve iz javnih sredstev pod preglednimi pogoji in/ali razdeli neto stroške obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve med različne ponudnike elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev na trgu;
 - Priloga IV, del A, ki ureja pravilen izračun neto stroškov obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve.³
- 35 Na nacionalni ravni člen 11 uredbe o univerzalnih storitvah (S.I. 337/2011)⁴ določa, da lahko ponudnik univerzalne storitve organ ComReg zaprosi za ugotovitev, da neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve pomenijo neupravičeno breme.
- 36 Člen 12 določa, da kadar organ ComReg ugotovi, da je ponudnik univerzalne storitve neupravičeno obremenjen, neto stroške obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve porazdeli med ponudnike elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev.

² Upoštevni so tudi člen 2(g) in člen 3(1) ter uvodni izjavi 1 in 36 okvirne direktive.

³ Za vprašanja v tem postopku so upoštevne tudi naslednje uvodne izjave: 2, 3, 4, 18, 21 in 23.

⁴ European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 (uredba v zvezi z Evropskimi skupnostmi o univerzalni storitvi in pravicah uporabnikov v okviru elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev iz leta 2011).

VIII. C-389/08, BASE

- 37 Stranki se ne strinjata glede pomena ugotovitev Sodišča v zadevi C-389/08, Base, in njihove uporabe za presojo neupravičenega bremena, kadar na trgu obstaja samo en ponudnik univerzalne storitve, ter glede pravilnega preskusa, ki ga je treba uporabiti pri splošnejšem ugotavljanju neupravičenega bremena. Zato je treba pri Sodišču vložiti predlog za sprejetje predhodne odločbe zlasti glede uporabe zadeve C-389/08, Base, v tej pritožbi.
- 38 Dejansko ozadje za vložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe pri Sodišču v navedeni zadevi je bila zakonodajna ureditev, na podlagi katere so bili vsi operaterji na trgu potencialni ponudniki univerzalne storitve, če so bile njihove stranke upravičene do socialnih tarif. Belgijsko pravo je določalo, da kadar je operater odobril večji delež vseh socialnih tarif, odobrenih na trgu, kot je ustrezal tržnemu deležu navedenega operaterja, bi se operaterju izplačalo nadomestilo.
- 39 Vendar pa se neto stroški niso izračunali glede na značilnosti posameznega operaterja, ampak so temeljili na stroških prvotnega ponudnika, družbe Belgacom.
- 40 Sodišče je v točkah 42 in 43 glede pomena „neupravičenega bremena“ razsodilo:⁵

„V zvezi s tem je iz uvodne izjave 21 Direktive 2002/22 razvidno, da je zakonodajalec Skupnosti želel mehanizme za povračilo neto stroškov, ki jih lahko zagotavljanje univerzalne storitve povzroči podjetju, povezati z obstojem neupravičenega bremena, ki ga ima to podjetje. Pri tem je želel preprečiti, da bi bili vsakršni neto stroški zagotavljanja univerzalne storitve samodejna podlaga za nastanek pravice do nadomestila, saj je menil, da neto stroški univerzalne storitve ne pomenijo nujno neupravičenega bremena za vsa zadevna podjetja. V tem smislu je neupravičeno breme, katerega obstoj mora nacionalni regulativni organ ugotoviti pred vsakim plačilom nadomestila, breme, ki je za vsako zadevno podjetje neupravičeno glede na njegovo zmožnost nositi tako breme in ob upoštevanju vseh njegovih značilnosti, zlasti obsega sredstev, ekonomskega in finančnega stanja ter tržnega deleža.“

Čeprav mora nacionalni regulativni organ, če v zvezi s tem ni pojasnila v Direktivi 2002/22, na splošno in neosebno določiti merila, na podlagi katerih je mogoče določiti mejni prag, nad katerim je mogoče breme šteti za neupravičeno glede na značilnosti, omenjene v prejšnji točki, je dejstvo, da lahko ta organ ugotovi, da je breme zagotavljanja univerzalne storitve neupravičeno za namene uporabe člena 13 te direktive, le če glede na ta merila posamično preuči položaj vsakega zadevnega podjetja.“

⁵ Enaka načela so določena v zadevi C-222/08, Komisija/Belgija, v zvezi s postopkom Komisije za ugotavljanje kršitev.

- 41 Nesporno je, da organ ComReg in irsko High Court (višje sodišče) veže načelo lojalnega sodelovanja, da uporabita ugotovitve Sodišča. Stališča strank se razhajajo glede pravilne razlage zadeve C-389/08, Base, in njene pravilne uporabe za dejansko stanje v obravnavanem primeru.

IX. STALIŠČA STRANK O PRAVNIH VPRAŠANJIH

- 42 Stranki se strinjata, da ima organ ComReg zakonsko obveznost ugotoviti, ali stroški (brez koristi) izvajanja obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve pomenijo neupravičeno breme za ponudnika te storitve. Vendar pa se stranki ne strinjata glede pomena ugotovitev Sodišča v zadevi C-389/08, Base, in njihove uporabe za presojo neupravičenega bremena, kadar na trgu obstaja samo en ponudnik univerzalne storitve, in glede pravilnega preizkusa, ki ga je treba uporabiti pri splošnejšem ugotavljanju neupravičenega bremena.

Stališče družbe Eircom

- 43 Stališče družbe Eircom, kolikor je upoštevno za vprašanja, na podlagi katerih je bil vložen ta predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267, je:
- (i) za ugotovitev, ali obveznost zagotavljanja univerzalne storitve pomeni neupravičeno breme na konkurenčnem trgu, je potrebna analiza konkurence, s katero se oceni, ali enostranska naložitev neto stroškov obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve njenemu ponudniku izkrivlja konkurenco, tako da ga postavlja v podrejen konkurenčni položaj glede na njegove tekmece na trgu;
 - (ii) oceniti bi bilo treba relativno zmožnost ponudnika univerzalne storitve nositi neto stroške obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve in poleg značilnosti same družbe Eircom upoštevati tudi značilnosti njenih tekmecev. Neodvisni strokovnjak s področja gospodarstva, ki ga je najela družba Eircom, meni, da brez navedene ocene obstaja veliko tveganje nastanka položaja, v katerem imajo vsi ponudniki komunikacijskih storitev koristi od pozitivnih zunanjih učinkov obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve, vendar njene stroške nosi le ponudnik univerzalne storitve, čeprav ni v bistveno boljšem položaju za to, kar bi bilo po definiciji treba šteti za neupravičeno, saj ni objektivne utemeljitve za takšno različno obravnavanje;
 - (iii) navedbe v zadevi C-389/08, Base, da je treba upoštevati lastne značilnosti ponudnika univerzalne storitve, je treba upoštevati v dejanskem okviru navedene zadeve, v katerem je bilo več ponudnikov univerzalne storitve, kršitev nacionalnega regulativnega organa pa je bila, da je morebitno neupravičeno breme, naloženo vsakemu od teh ponudnikov, obravnaval splošno. Pripombe Sodišča je treba obravnavati s tega vidika in ne kot obveznost, da se upoštevajo značilnosti le enega podjetja na konkurenčnem trgu;

- (iv) dalje, značilnosti, ki jih je treba upoštevati v skladu s preizkusom, določenim v zadevi C-389/08, Base, kot sta obseg sredstev in tržni delež, so v bistvu primerjalni pogoji in njihova upoštevnost je lahko le prednost ali podrejen položaj ponudnika univerzalne storitve v razmerju do njegovih tekmecev;
- (v) ugotovitve v zadevi C-389/08, Base, je treba razumeti tudi v okviru zavezujočih obveznosti nacionalnih regulativnih organov v okvirni direktivi in direktivi o univerzalnih storitvah ter z vidika splošnih načel prava Unije. Iz besedila okvirne direktive, direktive o univerzalnih storitvah in splošnih načel prava Unije je jasno, da je zmanjšanje izkrivljanja konkurence zavezujoča obveznost organa ComReg kot nacionalnega regulativnega organa;
- (vi) organ ComReg z določitvijo zelo visokega praga, ki ga je treba doseči, preden bi menil, da obstaja „znaten vpliv“ na donosnost in/ali zmožnost ustvariti primerno stopnjo donosa kapitala, pred kakršno koli oceno, ali je ponudnik univerzalne storitve zaradi bremena v podrejenem konkurenčnem položaju, ne izpolnjuje svojih obveznosti, ki jih ima kot nacionalni regulativni organ v skladu z okvirno direktivo in direktivo o univerzalnih storitvah;
- (vii) metodologija presojanja, ali je ponudnik univerzalne storitve zaradi neto stroškov obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve v podrejenem konkurenčnem položaju z oceno, ali je v zadevnem letu ROCE ponudnika univerzalne storitve presegal njegov WACC, je napačna. S pristopom organa Com Reg se samo preveri, ali je bil ponudnik univerzalne storitve zmožen absorbirati stroške, ne da bi njegov ROCE padel na raven njegovega WACC, ali ne. Dalje, prag se nanaša na ROCE celotne maloprodaje in veleprodaje fiksne telefonije družbe Eircom in ne na ROCE njegove obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve (ki je le maloprodaja);
- (viii) naložitev enostranske obveznosti financiranja univerzalne storitve enemu podjetju na konkurenčnem trgu le na podlagi ocene nacionalnega regulativnega organa, da si podjetje to lahko privošči v kratkoročnem do srednjeročnem obdobju, ne bi nikoli mogla pomeniti objektivne utemeljitve takega ravnanja. Dejstvo, da je ROCE ponudnika univerzalne storitve višji od njegovega WACC, brez nadaljnjih informacij ne kaže, da je ta ponudnik zmožen absorbirati stroške, ne da bi to negativno vplivalo na njegov konkurenčni položaj na trgu. Ne razkriva ničesar o tržni moči ponudnika univerzalne storitve ali moči njegovih tekmecev ter je slab pokazatelj tržnih razmer in konkurenčnega vpliva obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve;
- (ix) ROCE vsakega od udeležencev na trgu v zadevnem obdobju, kot ga je izračunal strokovnjak družbe Eircom s področja gospodarstva, je naveden v Prilogi H. Neodvisni strokovnjak s področja gospodarstva, ki ga je najela družba Eircom, meni, da številke kažejo, da je povprečni ROCE družbe

Eircom za obdobje 2010–2015 najnižji med vsemi operaterji, upoštevanimi v analizi;

- (x) uporaba WACC, ki ga je organ ComReg določil za družbo Eircom, ni ustrezno referenčno merilo, saj neodvisni strokovnjak s področja gospodarstva dokazuje, da v številnih panogah podjetja ustvarijo stopnjo donosa, ki je višja od WACC, in da so ravni donosnosti vseh operaterjev na tem trgu precej višje od WACC, uporabljenega za družbo Eircom; Obveznost zagotavljanja univerzalne storitve, ki je regulativna obveznost, katere namen je uporabnikom zagotoviti dostop do vrste osnovnih komunikacijskih storitev po ugodnih cenah, ni namenjena zmanjšanju donosov ponudnika univerzalne storitve v konkurenčnem okolju. Enostranska naložitev stroškov obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve ponudniku le-te, čeprav ga to postavlja v podrejen konkurenčni položaj in ne glede na dejstvo, da njegovi glavni tekmeci niso bili predmet nobenih ukrepov za znižanje njihovih dobičkov na podobno raven, je v nasprotju s ciljema okvirne direktive in direktive o univerzalnih storitvah, da se zagotovi sorazmernost ter preprečita diskriminacija in izkrivljanje konkurence;
- (xi) dokaz, ki ga je predložil strokovnjak s področja gospodarstva družbe Eircom in ki mu strokovnjak s področja gospodarstva organa ComReg ni nasprotoval, je, da bi morali neto stroški v letu 2010–2011 znašati 244 milijonov EUR, da bi bil ta preizkus izpolnjen (kar pomeni 62 % dobička pred obrestmi in davki), ter da bi bil v letih, za katera je družba zaprosila za financiranje, najnižji znesek neto stroškov, s katerim bi bil izpolnjen ta preskus, v enem od let 51 milijonov EUR (kar pomeni 23 % dobička pred obrestmi in davki);
- (xii) preizkus, ki ga je organ ComReg sprejel v svojih sklepih, bi pomenil, da bi neupravičeno breme obstajalo le, če bi ROCE družbe Eircom za celotno fiksno telefonijo padel na raven, za katero ta strokovnjak dokazuje, da bi, če bi ostal na tej ravni, začel povzročati težave pri zbiranju novega kapitala. To ni v skladu z regulativno ureditvijo, katere namen je spodbujati učinkovito konkurenco;
- (xii) v delu, v katerem so ugotovitve v zadevi C-389/08, Base, upoštevne za trge z enim ponudnikom univerzalne storitve, iz tega torej sledi, da mora nacionalni regulativni organ, prvič, opraviti posamično oceno dejanskih neto stroškov ponudnika univerzalne storitve brez vsakršnih splošnih predpostavk glede razmerja med pozitivnimi neto stroški in neupravičenim bremenom, nato pa mora, drugič, izpolniti svoje zavezujoče obveznosti na podlagi direktive o univerzalnih storitvah, da ugotovi, ali gre za neupravičeno breme v celotnem dejanskem okviru trga, v katerem deluje ponudnik univerzalne storitve;

- (xiv) na donosnost in zmožnost družbe Eircom, da ustvari primerno stopnjo donosa, znatno vplivajo neto stroški ponudnika univerzalne storitve, ker za družbo Eircom pomenijo dodatne stroške, ki jih njeni tekmeci nimajo, družba Eircom pa nima nobene izravnalne prednosti (kot je skoraj monopolna tržna moč na maloprodajnem trgu), ki bi nadomestila neugodnost bremena dodatnih stroškov. Ali obstaja „znaten vpliv“ na donosnost in/ali zmožnost ustvariti primerno stopnjo donosa, ni mogoče ugotoviti s pragom donosnosti, s čimer se izključijo preudarki o izkrivljanju konkurence in objektivni utemeljitvi.

Stališče organa ComReg

- 44 Stališče organa ComReg, kolikor je upoštevno za vprašanja, na podlagi katerih je bil vložen ta predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267, je:
- (i) učinek ugotovitev v zadevi C-389/08, Base, je, da se osredotoči na zmožnost ponudnika univerzalne storitve nositi neto stroške z vidika lastnih značilnosti ponudnika. Preizkus določa enostransko analizo lastne zmožnosti subjekta, da nosi breme, in ne analizo vseh tekmecev na trgu in njihovih zadevnih zmožnosti, da nosijo neto stroške;
 - (ii) z direktivo o univerzalnih storitvah je nacionalnim regulativnim organom ne samo dovoljeno, da določijo splošna in objektivna merila za ugotovitev, ali je breme mogoče šteti za neupravičeno, ampak se z njo glede na zadevo C-389/08, Base, od nacionalnih regulativnih organov tudi pozitivno zahteva, da to storijo. Teh meril ne določa Direktiva ali Sodišče, ampak jih mora določiti posamezni nacionalni regulativni organ. Zato ni presenetljivo, da je vsaka država članica sprejela svoja merila in da se ta med državami članicami razlikujejo;
 - (iii) preizkus, naveden v zadevi C-389/08, Base, je usmerjen v to, ali so neto stroški prekomerni glede na zmožnost ponudnika univerzalne storitve, da jih nosi, glede na opredeljena merila, ki se osredotočajo na značilnosti ponudnika univerzalne storitve;
 - (iv) glede na preizkus, naveden v zadevi C-389/08, Base, je donosnost ključna spremenljivka pri ugotavljanju zmožnosti družbe Eircom, da nosi neto stroške;
 - (v) organ ComReg trdi, da sta donosnost in zmožnost družbe Eircom, da ustvari primerno stopnjo ROCE, merili njenega finančnega položaja in da sta ustrezno uporabljena za oceno njene zmožnosti nositi breme neto stroškov. Organ ComReg trdi, da je regulativno dovoljeni WACC ustrezna konkurenčna referenčna raven donosa, ki se uporabi pri oceni. Regulatorji in organi v zadevah na področju konkurence WACC pogosto uporabljajo kot referenčno merilo za donos, ki ga vlagatelji (to so lastniki kapitala in posojilodajalci) lahko pričakujejo od naložb v podjetje. WACC pomeni

- oportunitetne stroške vlagatelja, da prevzame tveganje naložbe v podjetje, ali povedano drugače, donos, ki bi ga vlagatelj zahteval kot referenčno merilo za naložbo;
- (vi) poročila družbe Oxera in sklepi organa ComReg so se osredotočali na značilnosti družbe Eircom ter njeno zmožnost nositi neto stroške, v njih pa je bilo v skladu s tem preizkusom ugotovljeno, da neto stroški niso bili prekomerni glede na zmožnost družbe Eircom, da jih nosi;
 - (vii) zmožnost subjekta za navzkrižno subvencioniranje iz ustvarjenih dobičkov je upoštevana glede zmožnosti nositi neto stroške obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve, navzkrižno subvencioniranje kot načelo pa podpira razlogovanje v zadevi C-389/08, Base;
 - (viii) družba Eircom poudarja, da je krivično do nje, da mora v petih letih nositi breme 45 milijonov EUR, pri tem pa ne upošteva, da je njen dobiček pred obrestmi in davki v enakem obdobju znašal 1,397 milijarde EUR. To je vredno omembe, glede na to, da je presoja neupravičenega bremena usmerjena v zmožnost ponudnika univerzalne storitve, da nosi neto stroške;
 - (ix) graje vredno je, da družba Eircom ne predloži dokaza, da so neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve znatno vplivali na njeno donosnost in zmožnost ustvariti primerno stopnjo ROCE. Družba Eircom tudi ne zatrjuje, da neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve povzročajo nedonosnost poslovanja (ker nedonosnost ni izkazana) ali, še pomembneje, nezmožnost nositi stroške. Absolutna raven dobička in analiza razmerja med ROCE in WACC kaže, da neto stroški niso znatno vplivali na donosnost družbe Eircom. Če se za primer vzame leto 2010–2011, je družba Eircom pri poslovanju v konkurenčnem okolju ustvarila dobiček pred obrestmi in davki v višini 388 milijonov EUR, njeni pozitivni neto stroški za navedeno leto pa so znašali 7,5 milijona EUR;
 - (x) v zadevi C-389/08, Base, ni nikjer navedeno oziroma ni nobene trditve v prid predlogu, da mora organ ComReg oceniti tekmece ponudnika univerzalne storitve, njihov dobiček, tržni delež in koristi, ki jih imajo od obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve. V navedeni zadevi ni nikjer navedeno, da je treba opraviti tovrstno tržno analizo ali da je treba pred ugotovitvijo, ali družba Eircom lahko nosi breme neto stroškov, opraviti primerjavo med družbo Eircom in njenimi tekmeči;
 - (xi) organ ComReg trdi, da tržni deleži tekmecev in njihovi trendi napredovanja (kot zatrjuje družba Eircom) niso pokazatelj in še manj odločilni za zmožnost družbe Eircom, da nosi neto stroške. V zvezi z ROCE drugih udeležencev na trgu, ki ga družba Eircom navaja v Prilogi H, ComReg trdi, da ta analiza ROCE pomeni nezanesljive in nasprotujoče podatke o donosnosti tekmecev ter je vsekakor neupoštevna za presojo;

- (xii) če bi bila za presojo neupravičenega bremena potrebna taka tržna analiza, bi bilo mogoče razumno pričakovati, da bi to bilo podobno ali enako določeno v okvirni direktivi ali direktivi o univerzalni storitvi, ali pa bi lahko Sodišče to navedlo v zadevi C-389/08, Base, kar pa ni storilo;
- (xiii) v metodologiji organa ComReg se upošteva konkurenčni položaj na trgu, saj bo, če se ugotovi, da pozitivni neto stroški znatno vplivajo na donosnost ponudnika univerzalne storitve, ComReg ocenil, ali taki neto stroški znatno vplivajo na zmožnost tega ponudnika, da v prihodnosti konkurira tekmečem pod enakimi pogoji, ali ne. Poleg tega organ ComReg in družba Oxera v okviru analize v sklepu št. 40 sta upoštevala vidike trga kot širše ozadje za oceno donosnosti (vključno z določanjem cen družbe Eircom in njenim tržnim deležem na področju fiksne telefonije), kar je na primer razvidno iz preglednice 5.1 in ugotovitev v poročilih družbe Oxera, priloženih k posameznim sklepom, za katerega je primer za leto 2014–2015 v Prilogi D;
- (xiv) donosnost je pomemben kazalnik konkurenčnega okolja, izid ocene donosnosti pa ni ločen od konkurenčnih vidikov;
- (xv) v tej pritožbi so sporni neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve – vpliv denarnega zneska – in ne druge kvalitativne zahteve obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve, ki bi lahko vplivale na konkurenco, kot je geografsko povprečna cena;
- (xvi) ne more biti dvoma, da je imelo Sodišče pri odločanju v zadevi C-389/08, Base, v mislih predvsem zahteve glede nediskriminacije, sorazmernosti in zmanjšanja izkrivljanj na trgu ter odstopanje od tržnih pogojev, ki bi jih lahko povzročil ponudnik univerzalne storitve, ko je določalo ustrezen preizkus za ugotavljanje neupravičenega bremena, in
- (xvii) strokovnjak s področja gospodarstva, ki ga je najel organ ComReg, je prepričan, da je primerjava med ROCE in WACC ustrezna kot del ocene ekonomskega in finančnega položaja ponudnika univerzalne storitve.

X. RAZLOGI ZA PREDLOŽITEV PREDLOGA

- 45 Stranki se ne strinjata glede pomena ugotovitev Sodišča v zadevi C-389/08, Base, in njihove uporabe za presojo neupravičenega bremena, kadar na trgu obstaja samo en ponudnik univerzalne storitve, ter glede pravilnega preizkusa, ki ga je treba uporabiti pri splošnejšem ugotavljanju neupravičenega bremena.
- 46 Odločitev v zadevi C-389/08, Base, ne obravnava položaja, v katerem je na zadevnem trgu več ponudnikov telekomunikacijskih storitev, vendar samo en ponudnik univerzalne storitve. Tak je položaj na Irskem. Pri odločanju o vprašanjih v postopku v glavni stvari so potrebne smernice Sodišča. Poleg tega je verjetno, da bodo smernice Sodišča zanimive tudi za sodišča v drugih državah

članicah, ker je malo verjetno, da je Irska edina država članica, ki je liberalizirala trg telekomunikacij, na katerem se lahko pojavi to vprašanje.

XI. VPRAŠANJE ZA PREDHODNO ODLOČANJE

Ali v okoliščinah, v katerih:

(i) je trg telekomunikacij liberaliziran in na njem deluje več ponudnikov telekomunikacijskih storitev;

(ii) je nacionalni regulativni organ za izvajanje obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve izbral enega ponudnika storitev („ponudnik univerzalne storitve“);

(iii) je nacionalni regulativni organ ugotovil, da so z izvajanjem obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve povezani pozitivni neto stroški („neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve“), in

(iv) je nacionalni regulativni organ ugotovil, da so neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve znatni v primerjavi z upravnimi stroški določitve mehanizma delitve v zvezi z neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve med udeleženci na trgu;

velja, da če mora nacionalni regulativni organ v skladu s svojimi obveznostmi iz Direktive 2002/22 o univerzalnih storitvah presoditi, ali so neto stroški obveznosti zagotavljanja univerzalne storitve prekomerni glede na zmožnost ponudnika univerzalne storitve, da jih nosi, pri čemer se upoštevajo vse njegove značilnosti, zlasti obseg sredstev, ekonomsko in finančno stanje ter tržni delež (kot je navedeno v točki 42 sodbe v zadevi Base), je v skladu z direktivami dopustno, da ta organ navedeno presojo opravi le glede na značilnosti/položaj ponudnika univerzalne storitve, ali pa mora značilnosti/položaj ponudnika univerzalne storitve presoditi glede na njegove tekmece na zadevnem trgu?