

Cauza C-494/21

Cerere de decizie preliminară

Data depunerii:

11 august 2021

Instanța de trimitere:

High Court (Irlanda)

Data deciziei de trimitere:

30 iulie 2021

Reclamantă:

Eircom Limited

Pârâtă:

Commission for Communications Regulation

HIGH COURT

COMERCIAL [ÎN ALTA CURTE, SECȚIA COMERCIALĂ, IRLANDA]

[*omissis*]

[*omissis*]

[Aspecte procedurale] [*omissis*] [*omissis*]

SE DISPUNE ca, în temeiul articolului 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, întrebarea, astfel cum a fost formulată în hotărârea Înaltei Curți pronunțată la 5 mai 2021, să fie adresată Curții de Justiție a Uniunii Europene în vederea pronunțării unei decizii preliminare, după cum urmează:

În cazurile în care:

- (i) piața telecomunicațiilor a fost liberalizată și există mai mulți furnizori de servicii de telecomunicații care își desfășoară activitatea pe piață;
- (ii) un singur furnizor de servicii (denumit în continuare „furnizorul de servicii universale” sau „FSU”) a fost selectat de autoritatea națională de

reglementare (denumită în continuare „ANR”) pentru a îndeplini obligațiile de serviciu universal (denumite în continuare „OSU”);

(iii) ANR a stabilit că există un cost net pozitiv asociat cu îndeplinirea OSU (denumit în continuare „costul net al OSU”); și

(iv) ANR a stabilit că costul net al OSU este semnificativ în comparație cu costurile administrative ale stabilirii unui mecanism de repartizare în ceea ce privește costul net al OSU între participanții la piață;

În cazul în care ANR este obligată, în temeiul obligațiilor care îi revin în temeiul Directivei 2002/22 privind serviciul universal, să examineze dacă costul net al OSU este excesiv având în vedere capacitatea FSU de a îl suporta, ținând seama de toate caracteristicile FSU, în special de calitatea echipamentelor sale, de situația sa economică și financiară și de cota sa de piață (astfel cum se menționează la punctul 42 din Hotărârea Base), este permis, în temeiul directivelor, ca ANR să efectueze această evaluare ținând seama exclusiv de caracteristicile/situația FSU sau trebuie să evalueze caracteristicile/situația FSU în raport cu concurenții săi de pe piața relevantă?

[omissis] [omissis]

1 [omissis] [Abrevieri]

[omissis] [omissis]

I. INSTANȚA DE TRIMITERE

2 [omissis]

II. PĂRȚILE DIN LITIGIUL PRINCIPAL ȘI REPREZENTANȚII LOR

3 [omissis]

4 [omissis]

5 [omissis]

6 [omissis] [omissis]

III. OBIECTUL LITIGIULUI PRINCIPAL ȘI SITUAȚIA DE FAPT RELEVANTĂ

7 Sunt necesare clarificări din partea Curții de Justiție a Uniunii Europene cu privire la aplicarea corectă a Hotărârii Base (C-389/08), care privește interpretarea Directivei privind serviciul universal și, în special, aprecierea unei îndatoriri

nejustificate, în cazurile în care există un singur FSU pe piața irlandeză, însă numeroși furnizori de servicii de telecomunicații.

- 8 Litigiul principal privește o acțiune în justiție introdusă de Eircom la High Court [Înalta Curte] din Irlanda în temeiul articolului 4 din European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 [Regulamentul (cadru) din 2011 privind rețelele și serviciile de comunicații electronice, denumit în continuare „Regulamentul-cadru”].
- 9 Eircom introduce o acțiune împotriva a cinci decizii adoptate de ComReg, prin care s-a constatat că costul net suportat de Eircom pentru îndeplinirea OSU în ceea ce privește furnizarea accesului la puncte fixe pentru anii 2010-2011 până la 2014-2015, inclusiv, nu reprezenta o îndatorire nejustificată pentru Eircom și că, în consecință, cererile de finanțare prezentate de Eircom în temeiul articolului 11 din European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users’ Rights) Regulations 2011 [Regulamentul din 2011 privind rețelele și serviciile de comunicații electronice (serviciul universal și drepturile utilizatorilor), denumit în continuare „Regulamentul privind serviciul universal”] ar trebui să fie respinse.

IV. PREZENTARE CRONOLOGICĂ

- 10 La 30 iunie 2010, în urma unei consultări publice, ComReg a desemnat din nou Eircom drept FSU în ceea ce privește furnizarea accesului la puncte fixe pentru o perioadă de doi ani, precum și pentru toate celelalte aspecte ale OSU, de la 1 iulie 2010 până la 30 iunie 2012. Deciziile ulterioare au desemnat din nou Eircom pentru anumite aspecte ale serviciului universal, iar condițiile și obligațiile au fost modificate în funcție de condițiile pieței. Până în prezent, în Irlanda, Eircom rămâne singurul FSU pentru furnizarea accesului la un punct fix și la un serviciu vocal, precum și la telefoane publice cu plată.
- 11 La 31 mai 2011, în urma unei serii de consultări publice, ComReg a publicat Decizia 04/11, care cuprindea o serie de decizii numerotate, care stabilesc principiile și metodologiile de calcul al costurilor și veniturilor nete ale OSU, principiile și metodologiile de calcul al celorlalte avantaje ale OSU, precum și abordarea care urma să fie adoptată pentru a stabili dacă se impune o îndatorire nejustificată în sarcina FSU ca urmare a costului net. Textul deciziilor relevante care stabilesc această abordare figurează în anexa A.
- 12 În perioada septembrie 2014-martie 2016, Eircom a depus cereri de finanțare a costului net al OSU pentru fiecare dintre cei cinci ani din perioada 2010-2011 până în 2014-2015, în temeiul articolului 11 din Regulamentul privind serviciul universal.
- 13 La 18 aprilie 2019, în urma unei consultări publice cu privire la fiecare dintre cele cinci cereri, ComReg a publicat cele cinci decizii ale sale (denumite în continuare „deciziile”), prin care a constatat că costul net pozitiv suportat de Eircom pentru

îndeplinirea OSU în fiecare dintre anii 2010-2011 până în 2014-2015 nu a reprezentat, în niciunul dintre cazuri, o îndatorire nejustificată.

- 14 La 15 mai 2019, Eircom a introdus o cale de atac legală împotriva deciziilor pentru motivul că ComReg a săvârșit o eroare atunci când a constatat că nu exista nicio îndatorire nejustificată în sarcina Eircom.

V. DECIZIILE ATACATE

- 15 ComReg a adoptat o decizie separată pentru fiecare an pentru care Eircom a solicitat finanțare. Aceste decizii au fost publicate împreună și, în fiecare caz, s-a stabilit că costul net nu reprezenta o îndatorire nejustificată pentru Eircom.
- 16 Potrivit calculelor ComReg, costul net suportat de Eircom în ceea ce privește OSU pe parcursul celor cinci ani a fost cu puțin sub 43 de milioane de euro în total. Costul net pozitiv identificat de ComReg pentru fiecare an este prezentat în anexa B.
- 17 Profitul înainte de deducerea dobânzilor și a impozitului al Eircom pentru activitățile sale legate de telefonia fixă înregistrat în perioada de cinci ani în cauză a fost de 1,397 miliarde de euro, cifra pentru fiecare an relevant fiind prezentată în anexa C.
- 18 Pentru fiecare dintre decizii, ComReg s-a întemeiat pe un „Raport privind îndatorirea nejustificată” furnizat de Oxera, un cabinet de consultanță economică, pentru anul în cauză. Raportul Oxera pentru anul 2014-2015 este inclus, cu titlu de exemplu, în anexa D, împreună cu decizia corespunzătoare a ComReg care figurează în anexa E.
- 19 În fiecare decizie s-a stabilit că exista un cost net direct verificabil și verificat, că avantajele OSU nu au depășit costul net (și anume, că a existat un cost net pozitiv) și că costul net pozitiv a fost semnificativ în comparație cu costul administrativ al unui mecanism de repartizare [îndeplinind, prin urmare, condițiile prevăzute la punctele (i), (ii) și (iii) litera (a) din Decizia 38, astfel cum este prezentată în anexa A].
- 20 În fiecare dintre rapoartele sale, Oxera a concluzionat că rentabilitatea și capacitatea FSU de a obține o rată echitabilă de rentabilitate a capitalului angajat nu au fost afectate în mod semnificativ de costul net al OSU în perioada relevantă (a cărei evaluare trebuia efectuată prin Decizia 40, astfel cum se prevede în anexa A).
- 21 Criteriul de referință utilizat de Oxera (și adoptat de ComReg) pentru a stabili dacă Eircom obținea sau nu o rată echitabilă de rentabilitate consta în compararea

rentabilității capitalului angajat (denumită în continuare „ROCE¹”) în ceea ce privește rezultatele financiare ale Eircom cu un cost mediu ponderat al capitalului reglementat (denumit în continuare „WACC”), cost care fusese stabilit anterior de către ComReg. În raportul 2014-2015, de exemplu, s-a stabilit că ROCE a Eircom în ceea ce privește activitățile legate de telefonie fixă (cu amănuntul și cu ridicata), inclusiv costul net, a fost de 11,4 %, în timp ce WACC reglementat autorizat al Eircom a fost de 8,18 % (iar ROCE în sectorul telefoniei fixe, inclusiv costul net, a depășit WACC în fiecare an care a făcut obiectul evaluării). Un tabel cu aceste cifre pentru fiecare an care a făcut obiectul evaluării este prezentat în anexa F. Oxera a luat în considerare de asemenea (deși Eircom apreciază că nu s-a acordat nicio importanță acestor indicatori de către Oxera) indicatori suplimentari privind situația financiară și economică a Eircom, inclusiv cota de piață proprie a Eircom pe piața telefoniei fixe în funcție de venituri, modificările venitului mediu pe utilizator al Eircom în timp și variațiile numărului de clienți ai Eircom de-a lungul timpului drept „context mai larg” pentru analiza rentabilității pe care a efectuat-o. Oxera a concluzionat în fiecare an care a făcut obiectul evaluării că rentabilitatea și capacitatea Eircom de a obține o rată echitabilă a ROCE nu au fost afectate în mod semnificativ de costul net al OSU și, prin urmare, că sarcina costului net în perioada de aplicare nu era excesivă, având în vedere capacitatea Eircom de a o suporta.

- 22 Oxera a afirmat că, prin urmare, nu evaluase, pe baza analizei efectuate, dacă costul net a avut un impact semnificativ asupra capacității Eircom de a concura în viitor în condiții de egalitate cu concurenții săi în temeiul Deciziei 41 (astfel cum se prevede în anexa A).
- 23 ComReg a concluzionat că, pentru fiecare an de aplicare, constatarea lipsei unui efect semnificativ asupra rentabilității Eircom și a capacității acesteia de a obține o rată echitabilă a ROCE a demonstrat că costul net nu a cauzat Eircom un dezavantaj concurențial semnificativ. Prin urmare, ComReg a considerat că nu era necesar să se efectueze analiza privind denaturarea concurenței prezentată în Decizia 41 din cadrul Deciziei 04/11.
- 24 Nici ComReg, nici Oxera nu au efectuat nicio evaluare a concurenților Eircom pe piață. Atât rapoartele Oxera, cât și deciziile ComReg sunt axate pe caracteristicile Eircom.

VI. PIAȚA TELECOMUNICAȚILOR PRIN REȚELE FIXE DIN IRLANDA

- 25 Cotele de piață naționale ale participanților pe piața rețelelor fixe din Irlanda pentru cea mai mare parte a perioadei relevante, astfel cum rezultă din analiza de piață din 2015 a ComReg, sunt stabilite în anexa G: astfel cum reiese din aceasta,

¹ ROCE reprezintă un indicator contabil al randamentelor financiare care prezintă raportul dintre profiturile din exploatare și capitalul investit într-o întreprindere.

cota de piață națională a Eircom (fosta întreprindere care a deținut monopolul istoric) în ceea ce privește numărul abonamentelor de telefonie fixă a scăzut de la 74,5 % (TI, 2010) la 47,2 % (T4, 2014); în timp ce, de exemplu, Virgin și-a majorat cota națională de la 5 % la 21,7 % în aceeași perioadă. Analiza de piață din 2014 a ComReg, a arătat că, în Dublin, cota de piață pentru Virgin era de 42 % în comparație cu cota de 44 % a Eircom, astfel cum rezulta dintr-un sondaj efectuat în rândul gospodăriilor în 2013.

- 26 Întrucât Eircom a fost singura întreprindere desemnată, cu o putere de piață semnificativă pe mai multe piețe de telefonie fixă (cu ridicata și cu amănuntul), astfel încât prețurile sale cu ridicata și cu amănuntul au fost reglementate, Eircom este singurul participant pe piață pentru care a fost aplicat un WACC de către ComReg. Valoarea WACC reglementat nu este contestată, însă caracterul adecvat al utilizării sale în evaluarea îndatoririi nejustificate este contestată.
- 27 FSU este, printre altele, obligat să onoreze orice cerere rezonabilă a unui membru al publicului de a fi conectat la rețeaua publică de comunicații într-un punct fix la un preț național unic stabilit de FSU (preț compensat în funcție de zona geografică, denumit în continuare „GAP”).
- 28 Cea mai mare parte a costului net al OSU (peste 85 % în perioada 2014-2015) rezultă din furnizarea de servicii legate de OSU către clienți neeconomici din zone economice sau către clienți economici din zone neeconomice.
- 29 Deși se contestă relevanța acestor aspecte pentru procedura în fața instanței, nu se contestă faptul că, în principiu, este o caracteristică a unei piețe competitive a telecomunicațiilor faptul că furnizorii de servicii care nu sunt FSU beneficiază de asemenea de pe urma conectării consumatorilor la rețea care altfel ar rămâne nedeserviți („externalități pozitive”) sau că este, de asemenea, o caracteristică recunoscută a unor astfel de piețe concurențiale faptul că toți furnizorii de servicii pot teoretic să „aleagă” în centre geografice mai profitabile.

VII. DISPOZIȚIILE LEGALE RELEVANTE

- 30 La data faptelor, cadrul de reglementare al Uniunii pentru comunicațiile electronice îl reprezenta Directiva-cadru și patru directive specifice, dintre care Directiva privind serviciul universal este relevantă pentru prezenta procedură.
- 31 Directiva-cadru prevede că fiecare stat membru desemnează unul sau mai multe organisme competente să acționeze ca autoritate națională de reglementare și că acest organism sau aceste organisme sunt însărcinate cu sarcinile de reglementare prevăzute de Directiva-cadru însăși și de fiecare dintre directivele speciale. Articolul 3 alineatul (3) prevede că „[s]tatele membre se asigură că autoritățile naționale de reglementare își exercită puterea în mod imparțial și transparent”.

- 32 ComReg, în calitate de autoritate de reglementare a sectorului comunicațiilor electronice din Irlanda, este autoritatea națională de reglementare în sensul Directivei-cadru și al directivelor speciale.
- 33 Articolele 7 și 8 din Directiva-cadru prevăd principiile care trebuie aplicate de autoritatea națională de reglementare, inclusiv nediscriminarea, garantarea concurenței, proporționalitatea și transparența².
- 34 Următoarele dispoziții ale Directivei privind serviciul universal sunt relevante pentru aspectele din prezenta procedură care se află la originea solicitării părților de a sesiza Curtea cu o cerere de decizie preliminară în temeiul articolului 267:
- Articolul 1, care stabilește scopul și natura fundamentală a serviciului universal;
 - Articolul 3, care impune statelor membre obligația de a asigura disponibilitatea serviciilor universale, respectând, în același timp, anumite principii specifice;
 - Articolul 12, care stabilește măsurile care trebuie luate în cazul în care o autoritate națională de reglementare consideră că un FSU poate fi supus unei îndatoriri nejustificate;
 - Articolul 13, care prevede că, în cazul în care o autoritate națională de reglementare a constatat că un FSU este supus unei îndatoriri nejustificate, statele membre pot, la cererea furnizorului de servicii universale, fie să introducă un mecanism de compensare a FSU pentru costurile nete calculate în condiții de transparență și pornind de la fondurile publice și/sau să repartizeze costul net al OSU între furnizorii de rețele și servicii de comunicații electronice;
 - Partea A din anexa IV, care reglementează calculul corect al costului net al OSU³.
- 35 La nivel național, articolul 11 din Regulamentul privind serviciul universal (S. I. 337/2011)⁴ prevede că FSU poate solicita ComReg să constate că costul net al OSU reprezintă o îndatorire nejustificată.

² Articolul 2 litera (g), articolul 3 alineatul (1) din directiva-cadru și considerentele (1) și (36) ale acestei directive sunt, de asemenea, relevante.

³ Următoarele considerente sunt, de asemenea, relevante pentru aspectele care fac obiectul prezentei proceduri: considerentele (2), (3), (4), (18), (21) și (23).

⁴ European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 [Regulamentul din 2011 privind rețelele și serviciile de comunicații electronice (serviciul universal și drepturile utilizatorilor)].

- 36 Articolul 12 prevede că, în cazul în care constată că există o îndatorire nejustificată pentru FSU, ComReg repartizează costul net al OSU între furnizorii de rețele și servicii de comunicații electronice.

VIII. HOTĂRÂREA BASE (C-389/08)

- 37 Există un dezacord între părți cu privire la sensul constatărilor Curții de Justiție în Hotărârea Base (C-389/08) și la aplicarea lor în cadrul aprecierii unei îndatoriri nejustificate atunci când nu există decât un singur FSU pe piață, precum și în ceea ce privește criteriul corect care trebuie aplicat pentru stabilirea cu titlu mai general a unei îndatoriri nejustificate. Prin urmare, este necesar să se sesizeze Curtea de Justiție cu privire, în principal, la aplicarea Hotărârii Base (C-389/08) în cadrul prezentei proceduri.
- 38 Situația de fapt care a făcut obiectul cererii de decizie preliminară adresate Curții de Justiție în cauza respectivă era un cadru legislativ în temeiul căruia toți operatorii de pe piață erau potențial FSU în cazul în care clienții lor aveau dreptul să beneficieze de tarife sociale. Legislația belgiană prevedea că, în cazul în care un operator acordă o proporție mai mare din totalul tarifelor sociale acordate pe piață decât cea care corespunde cotei de piață a operatorului respectiv, acesta va fi compensat.
- 39 Cu toate acestea, costul net nu a fost calculat în funcție de caracteristicile fiecărui operator individual, ci se bazează pe costurile Belgacom, fostul operator tradițional.
- 40 La punctele 42-43, Curtea de Justiție a statuat următoarele în ceea ce privește sensul sintagmei „îndatorire nejustificată”⁵:

„În această privință, reiese din considerentul (21) al Directivei 2002/22 că legiuitorul comunitar a intenționat să stabilească o legătură între mecanismele de acoperire a costurilor nete pe care le poate implica furnizarea serviciului universal pentru o întreprindere și existența unei îndatoriri excesive în sarcina respectivei întreprinderi. În acest context, apreciind că costul net al serviciului universal nu reprezintă în mod necesar o îndatorire excesivă pentru toate întreprinderile în cauză, legiuitorul a urmărit să excludă posibilitatea ca orice cost net de furnizare a serviciului universal să dea în mod automat dreptul la o compensație. În aceste condiții, îndatorirea nejustificată a cărei existență trebuie constatată de autoritatea națională de reglementare înainte de orice compensație este îndatorirea care, pentru fiecare întreprindere în cauză, prezintă un caracter excesiv din punctul de vedere al capacității sale de a o suporta, ținând seama de ansamblul caracteristicilor proprii acesteia, în special de nivelul

⁵ Aceleași principii sunt enunțate în Hotărârea Comisia/Belgia (C-222/08), referitoare la o procedură de constatare a neîndeplinirii obligațiilor inițiată de Comisie.

echipamentelor sale, de situația sa economică și financiară, precum și de cota sa de piață.

Deși, în lipsa din Directiva 2002/22 a unei precizări în această privință, revine autorității naționale de reglementare obligația de a stabili în mod general și impersonal criteriile care să permită determinarea pragurilor dincolo de care, ținând seama de caracteristicile menționate la punctul precedent, o îndatorire poate fi considerată excesivă, autoritatea menționată nu poate totuși să constate că îndatorirea determinată de furnizarea serviciului universal este nejustificată, în scopul aplicării articolului 13 din această directivă, decât cu condiția de a efectua o examinare specifică a situației fiecărei întreprinderi în cauză din perspectiva acestor criterii.”

- 41 Este cert că atât ComReg, cât și High Court [Înalta Curte] din Irlanda sunt obligate, în temeiul principiului cooperării loiale, să aplice constatările Curții de Justiție. Astfel, atunci când opiniile părților sunt divergente, este necesară stabilirea interpretării corecte a Hotărârii Base (C-389/08) și a aplicării corecte a acesteia în ceea ce privește situația de fapt din prezenta cauză.

IX. POZIȚIILE PĂRȚILOR CU PRIVIRE LA ASPECTELE JURIDICE

- 42 Părțile nu contestă că ComReg are obligația legală de a stabili dacă costul (neluând în considerare avantajele obținute) îndeplinirii OSU reprezintă o îndatorire nejustificată pentru FSU. Cu toate acestea, există un dezacord între părți cu privire la sensul constatărilor Curții de Justiție în Hotărârea Base (C-389/08) și la aplicarea acestora în cadrul aprecierii unei îndatoriri nejustificate atunci când nu există decât un singur FSU pe piață, precum și în ceea ce privește criteriul corect care trebuie aplicat pentru stabilirea cu titlu mai general a unei îndatoriri nejustificate.

Poziția Eircom

- 43 Poziția Eircom, în măsura în care este relevantă pentru aspectele care stau la baza prezentei cereri de decizie preliminară adresate în temeiul articolului 267, este următoarea:
- (i) Pentru a stabili dacă OSU reprezintă o îndatorire nejustificată pe o piață concurențială, este necesară o analiză a concurenței pentru a se evalua dacă impunerea unilaterală a costului net al OSU în sarcina FSU denaturează concurența, plasându-l pe acesta într-o poziție dezavantajoasă din punct de vedere concurențial față de concurenții săi de pe piață;
 - (ii) Ar trebui evaluată capacitatea relativă a FSU de a suporta costul net al OSU, ținând seama nu numai de caracteristicile Eircom, ci și de cele ale concurenților săi. Expertul economist independent angajat de Eircom consideră că, în lipsa acestei evaluări, există un risc semnificativ de a se ajunge într-o situație în care toți furnizorii de servicii de comunicații

- beneficiază de externalitățile pozitive ale OSU, dar numai FSU suportă costurile aferente, în pofida faptului că nu se află într-o poziție mult mai bună pentru a face acest lucru, ceea ce, prin definiție, ar trebui considerat inequitabil, întrucât nu există nicio justificare obiectivă pentru o astfel de diferență de tratament;
- (iii) Referirile din Hotărârea Base (C-389/08) la necesitatea de a ține seama de caracteristicile proprii ale unui FSU trebuie să fie luate în considerare în contextul factual al acestei cauze, în care au existat mai mulți FSU, iar comportamentul nelegal al autorității naționale de reglementare consta în a trata în mod generic potențiala îndatorire nejustificată impusă fiecăruia dintre acești FSU. Observațiile Curții de Justiție trebuie privite din acest punct de vedere mai degrabă ca un mandat de a lua în considerare caracteristicile unei singure întreprinderi pe o piață concurențială;
- (iv) În plus, caracteristicile care trebuie luate în considerare în cadrul criteriilor stabilite în Hotărârea Base (C-389/08), cum ar fi calitatea echipamentelor și cota de piață, sunt comparative prin definiție, iar relevant nu poate fi decât avantajul sau dezavantajul pe care FSU îl are față de concurenții săi;
- (v) Constatările din Hotărârea Base (C-389/08) trebuie interpretate, de asemenea, în contextul obligațiilor care revin autorităților naționale de reglementare în temeiul Directivei-cadru și al Directivei privind serviciul universal, precum și în lumina principiilor generale ale dreptului Uniunii. Din termenii Directivei-cadru și ai Directivei privind serviciul universal, precum și din principiile generale ale dreptului Uniunii reiese că reducerea la minimum a denaturării concurenței este o obligație imperativă impusă ComReg în calitate de autoritate națională de reglementare;
- (vi) Prin stabilirea de către ComReg a unui prag foarte ridicat care trebuie atins pentru a considera că a existat un „*efect semnificativ*” asupra rentabilității și/sau capacității de a obține o rată echitabilă a rentabilității capitalului înainte de a se evalua dacă o sarcină creează sau nu un dezavantaj concurențial pentru FSU nu sunt respectate obligațiile ComReg în calitate de autoritate națională de reglementare în temeiul Directivei-cadru și al Directivei privind serviciul universal.
- (vii) Metodologia de evaluare a aspectului dacă costul net al OSU a plasat FSU într-o poziție dezavantajoasă din punct de vedere concurențial, evaluând dacă, în anul relevant, ROCE a FSU a depășit WACC al acestuia, este eronată. Abordarea ComReg se limitează la a examina dacă FSU a putut sau nu a putut să absoarbă costul fără ca ROCE a acestuia să se diminueze până la nivelul WACC al acestuia. În plus, pragul se referă la ROCE în raport cu ansamblul activităților de telefonie fixă cu ridicata și cu amănuntul ale Eircom, și nu la activitatea sa legată de OSU (care este doar activitate de comerț cu amănuntul);

- (viii) Impunerea unei obligații unilaterale de a finanța un serviciu universal unei singure întreprinderi pe o piață concurențială doar pe baza faptului că autoritatea națională de reglementare estimează că întreprinderea și-ar putea permite acest lucru pe termen scurt și mediu nu ar putea constitui niciodată o justificare obiectivă în acest sens. Faptul că FSU are o ROCE mai mare decât WACC nu demonstrează, fără informații suplimentare, că FSU este în măsură să absoarbă costul fără ca acest lucru să aibă un impact negativ asupra poziției sale concurențiale pe piață. Aceasta nu conduce la nicio concluzie cu privire la puterea de piață a FSU sau la puterea concurenților săi și este un indicator slab al condițiilor de piață și al impactului concurențial al OSU;
- (ix) ROCE pentru fiecare participant la piață pentru perioada relevantă, astfel cum a fost calculată de expertul economist al Eircom, figurează în anexa H. Expertul economist independent angajat de Eircom consideră că cifrele arată că ROCE medie a Eircom în perioada 2010-2015 este cea mai scăzută dintre ROCE a tuturor operatorilor luați în considerare în cadrul analizei;
- (x) Utilizarea WACC stabilit de ComReg în ceea ce privește Eircom nu este un criteriu de referință adecvat: expertul economist independent arată că, în multe sectoare, firmele obțin o rată a rentabilității mai mare decât WACC, iar fiecare operator de pe această piață are niveluri de rentabilitate cu mult peste WACC aplicat Eircom. OSU, care reprezintă o obligație legală care urmărește să garanteze că utilizatorii au acces la un set de servicii de comunicații de bază la prețuri accesibile, nu are ca scop reducerea rentabilității FSU într-un mediu concurențial. Impunerea unilaterală a costului OSU în sarcina unui FSU, chiar dacă acest lucru plasează FSU într-o poziție concurențială dezavantajoasă și indiferent dacă principalii săi concurenți nu au făcut obiectul niciunei măsuri de reducere a profiturilor lor la un nivel similar, este contrară obiectivelor Directivei-cadru și ale Directivei privind serviciul universal de asigurare a proporționalității și de evitare a discriminării și a denaturării concurenței;
- (xi) Dovezile furnizate de expertul economist angajat de Eircom și necontrazise de expertul economist al ComReg, potrivit cărora, în perioada 2010-2011, costul net ar fi trebuit să fie de 244 de milioane de euro pentru a fi îndeplinit acest criteriu (reprezentând 62 % din profit înainte de deducerea dobânzilor și a impozitului) și că, în anii pentru care s-a solicitat finanțare, cea mai mică sumă care ar fi îndeplinit acest criteriu în unul dintre ani ar fi fost un cost net de 51 de milioane de euro (reprezentând 23 % din profit înainte de deducerea dobânzilor și a impozitului);
- (xii) Criteriul utilizat de ComReg în deciziile sale ar însemna că ar exista o îndatorire nejustificată numai în cazul în care ROCE a Eircom în ceea ce privește ansamblul activităților legate de telefonie fixă a ajuns într-un punct în care Eircom ar începe să se confrunte cu probleme în ceea ce privește atragerea de capital nou, astfel cum rezultă din dovezile prezentate de

expertul economist, sub rezerva confirmării acestora. Acest lucru este incompatibil cu cadrul de reglementare, care vizează promovarea unei concurențe efective;

- (xiii) În măsura în care constatările din Hotărârea Base (C-389/08) sunt relevante pentru piețele cu un singur FSU, rezultă, prin urmare, că autoritatea națională de reglementare trebuie, în primul rând, să efectueze o evaluare individuală cu privire la costurile nete reale ale unui FSU fără a aplica nicio ipoteză generică în ceea ce privește relația dintre un cost net pozitiv și o îndatorire nejustificată, dar apoi, în al doilea rând, trebuie să își îndeplinească obligația care îi revine în temeiul Directivei privind serviciul universal de a stabili dacă aceasta constituie sau nu o îndatorire nejustificată în contextul factual complet al pieței pe care funcționează FSU; și
- (xiv) Rentabilitatea și capacitatea Eircom de a obține o rată echitabilă de rentabilitate sunt afectate în mod semnificativ de costul net al FSU, deoarece Eircom îi este impus un cost suplimentar pe care concurenții săi nu îl suportă fără ca Eircom să dețină vreun avantaj compensatoriu (cum ar fi puterea de piață de cvasimonopol pe piața cu amănuntul) pentru a compensa dezavantajul suportării costurilor suplimentare. Existența unui „*efect semnificativ*” asupra rentabilității și/sau asupra capacității de a obține o rată echitabilă de rentabilitate nu poate fi stabilită printr-un prag de rentabilitate, cu excluderea, astfel, a considerentelor legate de denaturarea concurenței și a justificării obiective.

Poziția ComReg

- 44 Poziția ComReg, în măsura în care este relevantă pentru aspectele aflate la originea cererii de decizie preliminară adresate în temeiul articolului 267, este următoarea:
- (i) Efectul constatrilor din Hotărârea Base (C-389/08) constă în plasarea accentului pe capacitatea FSU de a suporta costul net, având în vedere caracteristicile proprii ale FSU. Criteriul prevede o analiză unilaterală a capacității individuale a unei entități de a suporta sarcina, iar nu o analiză a tuturor concurenților de pe piață și a capacităților lor respective de a suporta costul net;
- (ii) Directiva privind serviciul universal nu numai că permite autorităților naționale de reglementare să stabilească criterii generale și obiective pentru a permite să se stabilească dacă o îndatorire poate fi considerată nejustificată, ci, având în vedere Hotărârea Base (C-389/08), impune în mod clar autorităților naționale de reglementare să facă acest lucru. Aceste criterii nu sunt stabilite în directivă sau de către Curte, ci sunt definite de fiecare autoritate națională de reglementare. Prin urmare, nu este surprinzător că fiecare stat membru a adoptat propriile criterii și că acestea variază de la un stat membru la altul;

- (iii) Criteriile prezentate în Hotărârea Base (C-389/08) au în vedere stabilirea aspectului dacă costul net este excesiv, în funcție de capacitatea FSU de a-l suporta, având în vedere criteriile identificate care se axează pe caracteristicile FSU;
- (iv) Având în vedere criteriile prezentate în Hotărârea Base (C-389/08), rentabilitatea este o variabilă esențială pentru stabilirea capacității Eircom de a suporta costul net;
- (v) ComReg susține că rentabilitatea și capacitatea Eircom de a obține o rată echitabilă a ROCE permit evaluarea poziției sale financiare și că acestea sunt utilizate în mod adecvat pentru a evalua capacitatea sa de a suporta sarcina costului net. ComReg susține că WACC reglementat autorizat reprezintă un nivel de referință concurențial adecvat al rentabilității pentru a fi utilizat în cadrul evaluării. WACC este utilizat în mod obișnuit de autoritățile de reglementare și de alte autorități în cazurile de concurență ca un criteriu de referință pentru rentabilitatea la care investitorii (și anume deținătorii de titluri de capital și creditorii) se pot aștepta ca urmare a investițiilor într-o întreprindere. WACC reprezintă costul de oportunitate al unui investitor care își asuma riscul de a investi într-o întreprindere sau, cu alte cuvinte, randamentul pe care un investitor l-ar solicita ca valoare de referință pentru investiția efectuată;
- (vi) Rapoartele Oxera și deciziile ComReg s-au axat pe caracteristicile Eircom și pe capacitatea Eircom de a suporta costul net și au concluzionat că acest cost net nu era excesiv, având în vedere capacitatea Eircom de a-l suporta, în conformitate cu aceste criterii;
- (vii) Capacitatea unei entități de subvenționare încrucișată din profiturile realizate este relevantă pentru capacitatea de a suporta costul net al OSU, iar subvenționarea încrucișată, ca principiu, susține raționamentul din Hotărârea Base (C-389/08);
- (viii) Eircom subliniază caracterul inechitabil al faptului că trebuie să suporte o sarcină echivalentă cu 45 de milioane de euro pe o perioadă de cinci ani, ignorând faptul că în aceeași perioadă profitul său înainte de deducerea dobânzilor și a impozitului a fost de 1,397 miliarde de euro. Acest lucru este de remarcat având în vedere faptul că evaluarea îndatoririi nejustificate vizează capacitatea FSU de a suporta costul net;
- (ix) În mod critic, Eircom nu prezintă dovezi că rentabilitatea și capacitatea sa de a obține o rată echitabilă a ROCE au fost afectate în mod semnificativ de costul net al OSU. De asemenea, Eircom nu susține că costul net al OSU determină vreo lipsă de rentabilitate (întrucât nu există o lipsă de rentabilitate) sau, mai important, o incapacitate de a suporta costurile. Nivelul absolut al profitului și analiza ROCE vs. WACC demonstrează că costul net nu a avut un efect semnificativ asupra rentabilității Eircom. Pentru

- a lua ca exemplu anul 2010-2011, deși își desfășura activitatea într-un mediu concurențial, profitul înainte de deducerea dobânzilor și a impozitului al Eircom a fost de 388 de milioane de euro, suportând în același timp costul net pozitiv pentru anul respectiv de 7,5 milioane de euro;
- (x) Nicăieri în cuprinsul Hotărârii Base (C-389/08) nu se afirmă sau se susține teza potrivit căreia ComReg trebuie să efectueze o evaluare a concurenților FSU, a profitului acestora, a cotei lor de piață și a avantajelor pe care le obțin din îndeplinirea OSU. Nicăieri în cuprinsul Hotărârii Base (C-389/08) nu se sugerează că un astfel de tip de analiză de piață trebuie să fie realizat sau că trebuie efectuată orice fel de comparație între Eircom și concurenții săi înainte de a stabili dacă Eircom poate suporta sarcina costului net;
 - (xi) ComReg susține că cotele de piață ale concurenților și tendințele lor de evoluție (astfel cum au fost prezentate de Eircom) nu sunt indicative, cu atât mai puțin decisive, cu privire la capacitatea Eircom de a suporta costul net. În ceea ce privește ROCE a altor participanți pe piață, prezentată de Eircom în anexa H, ComReg susține că această analiză a ROCE prezintă date volatile și contradictorii cu privire la rentabilitatea concurenților și, în orice caz, este irelevantă pentru această evaluare;
 - (xii) În cazul în care o evaluare a îndatoririi nejustificate ar fi necesitat o astfel de analiză a pieței, se poate preconiza în mod rezonabil că Directiva-cadru sau Directiva privind serviciul universal ar fi stabilit acest lucru în termeni similari sau asemănători sau că Curtea de Justiție ar fi putut statua acest lucru în Hotărârea Base (C-389/08), însă nu a făcut acest lucru;
 - (xiii) Metodologia ComReg ține cont de situația concurențială de pe piață întrucât, în cazul în care se stabilește că un cost net pozitiv afectează în mod semnificativ rentabilitatea unui FSU, ComReg va evalua dacă un astfel de cost net are sau nu un impact semnificativ asupra capacității unui FSU de a concura în condiții de egalitate cu concurenții care avansează pe piață. În plus, în cadrul analizei Deciziei 40, ComReg și Oxera au luat în considerare aspecte ale pieței drept context mai larg pentru evaluarea rentabilității (inclusiv prețurile Eircom și cota sa de piață în ceea ce privește telefonie fixă), astfel cum se poate observa, de exemplu, în tabelul 5.1 și în concluziile rapoartelor Oxera anexate la fiecare dintre decizii, un exemplu pentru perioada 2014-2015 figurând în anexa D;
 - (xiv) Rentabilitatea este un indicator puternic al mediului concurențial, iar rezultatul unei evaluări a rentabilității nu este separat de considerațiile în materie de concurență;
 - (xv) În prezenta procedură se pune în discuție costul net al OSU – impactul unei sume monetare – și nu alte cerințe calitative ale OSU care ar putea avea efecte concurențiale, cum ar fi GAP;

- (xvi) Nu există nicio îndoială că, atunci când s-a pronunțat în cauza Base (C-389/08), Curtea de Justiție a avut în vedere, în primul rând, cerințele de nediscriminare, proporționalitate și minimizare a denaturărilor pieței, precum și devierea de la condițiile de piață pe care ar putea-o genera FSU, atunci când a stabilit criteriile adecvate pentru stabilirea existenței unei îndatoriri nejustificate; și
- (xvii) Expertul economist angajat de ComReg este convins că comparația dintre ROCE și WACC este adecvată ca parte a evaluării poziției economice și financiare a unui FSU.

X. MOTIVAREA TRIMITERII PRELIMINARE

- 45 Există un dezacord între părți cu privire la sensul constatărilor Curții de Justiție în Hotărârea Base (C-389/08) și la aplicarea lor în cadrul aprecierii unei îndatoriri nejustificate atunci când nu există decât un singur FSU pe piață, precum și în ceea ce privește criteriul corect care trebuie aplicat pentru stabilirea cu titlu mai general a unei îndatoriri nejustificate.
- 46 Astfel, Hotărârea Base (C-389/08) nu vizează o situație în care există mai mulți furnizori de servicii de telecomunicații pe piața relevantă, ci doar un singur FSU. O asemenea situație apare în Irlanda. Pentru soluționarea aspectelor invocate în cauza principală, sunt necesare clarificări din partea Curții. În plus, clarificările din partea Curții de Justiție vor prezenta probabil interes pentru instanțele din alte state membre; este puțin probabil ca Irlanda să fie singurul stat membru care are o piață liberalizată a telecomunicațiilor în care poate apărea această problemă.

XI. ÎNTREBAREA PRELIMINARĂ:

În cazurile în care:

- (i) piața telecomunicațiilor a fost liberalizată și există mai mulți furnizori de servicii de telecomunicații care își desfășoară activitatea pe piață;
- (ii) un singur furnizor de servicii (denumit în continuare „furnizorul de servicii universale” sau „FSU”) a fost selectat de autoritatea națională de reglementare (denumită în continuare „ANR”) pentru a îndeplini obligațiile de serviciu universal (denumite în continuare „OSU”)
- (iii) ANR a stabilit că există un cost net pozitiv asociat cu îndeplinirea OSU (denumit în continuare „costul net al OSU”); și
- (iv) ANR a stabilit că costul net al OSU este semnificativ în comparație cu costurile administrative ale stabilirii unui mecanism de repartizare în ceea ce privește costul net al OSU între participanții la piață;

În cazul în care ANR este obligată, în temeiul obligațiilor care îi revin în temeiul Directivei 2002/22 privind serviciul universal, să examineze dacă costul net al OSU este excesiv având în vedere capacitatea FSU de a îl suporta, ținând seama de toate caracteristicile FSU, în special de calitatea echipamentelor sale, de situația sa economică și financiară și de cota sa de piață (astfel cum se menționează la punctul 42 din Hotărârea Base), este permis, în temeiul directivelor, ca ANR să efectueze această evaluare ținând seama exclusiv de caracteristicile/situația FSU sau trebuie să evalueze caracteristicile/situația FSU în raport cu concurenții săi de pe piața relevantă?

DOCUMENT DE LUCRU