

**Sprawa C-494/21**

**Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

**Data wpływu:**

11 sierpnia 2021 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

High Court (Irlandia)

**Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:**

30 lipca 2021 r.

**Wnosząca odwołanie:**

Eircom Limited

**Druga strona postępowania:**

Commission for Communications Regulation

---

**HIGH COURT  
COMMERCIAL**

[...]

[...]

[Kwestie proceduralne] [...] [...]

**POSTANAWIA** na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z następującym pytaniem zawartym w pisemnym wyroku niniejszego sądu wydanym w dniu 5 maja 2021 r.:

Czy w okolicznościach, w których:

- (i) rynek telekomunikacyjny został zliberalizowany i działa na nim wielu dostawców usług telekomunikacyjnych;

(ii) jeden dostawca usług (zwany dalej „dostawcą usługi powszechnej”) został wybrany przez krajowy organ regulacyjny do wykonywania obowiązków świadczenia usługi powszechnej;

(iii) krajowy organ regulacyjny ustalił, że istnieje dodatni koszt netto związany z realizacją obowiązków świadczenia usługi powszechnej (zwany dalej „kosztem netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej”); oraz

(iv) krajowy organ regulacyjny ustalił, że koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej jest istotny w porównaniu z kosztami administracyjnymi ustanowienia mechanizmu podziału kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej między uczestników rynku;

jeżeli krajowy organ regulacyjny jest zobowiązany, na mocy ciążących na nim obowiązków wynikających z dyrektywy 2002/22 o usłudze powszechnej, do zbadania, czy koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej jest nadmierny w świetle zdolności dostawcy usługi powszechnej do jego poniesienia, zważywszy na wszystkie charakterystyczne cechy dostawcy usługi powszechnej, w szczególności jakość jego urządzeń, jego sytuację gospodarczą i finansową, jak również jego udział w rynku (o czym mowa w pkt 42 wyroku Base), to czy ów krajowy organ regulacyjny może na podstawie mających zastosowanie dyrektyw dokonać tej oceny, uwzględniając wyłącznie charakterystyczne cechy/sytuację dostawcy usługi powszechnej, czy też jest on zobowiązany do zbadania charakterystycznych cech/sytuacji tego dostawcy względem jego konkurentów na odnośnym rynku?

[...]

1 [...] [Skróty]

[...]

## **I. SĄD ODSYŁAJĄCY**

2 [...]

## **II. STRONY POSTĘPOWANIA GŁÓWNEGO I ICH PEŁNOMOCNICY**

3 [...]

4 [...]

5 [...]

6 [...] [...]

### **III. PRZEDMIOT POSTĘPOWANIA GŁÓWNEGO I ISTOTNE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNE**

- 7 Do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zwrócono się o wskazówki co do prawidłowego zastosowania wyroku w sprawie C-389/08, Base, w którym dokonano wykładni dyrektywy o usłudze powszechnej, w szczególności oceny niesprawiedliwego obciążenia w sytuacji, gdy na rynku irlandzkim występuje tylko jeden dostawca usługi powszechnej, lecz wielu dostawców usług telekomunikacyjnych.
- 8 Przedmiotem sporu w postępowaniu głównym jest wniesione przez Eircom na podstawie art. 4 European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 (rozporządzenia ramowego z 2011 r. w sprawie sieci i usług łączności elektronicznej Wspólnot Europejskich, zwanego dalej „rozporządzeniem ramowym”) prawnie uregulowane odwołanie do High Court (wysokiego sądu, Irlandia).
- 9 Eircom zaskarżył przed sądem pięć decyzji ComReg, w których stwierdzono, że koszt netto, jaki Eircom poniosła w związku z realizacją obowiązku świadczenia usługi powszechnej w odniesieniu do zapewnienia dostępu stacjonarnego w latach od 2010–2011 do 2014–2015 włącznie, nie stanowił niesprawiedliwego obciążenia dla Eircom i że w związku z tym nie należało uwzględnić wniosków Eircom o finansowanie na podstawie art. 11 European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users’ Rights) Regulations 2011 [rozporządzenia z 2011 r. w sprawie sieci i usług łączności elektronicznej Wspólnot Europejskich (usługa powszechna i prawa użytkowników), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie usługi powszechnej”].

### **IV. PRZEGLĄD CHRONOLOGICZNY**

- 10 W dniu 30 czerwca 2010 r., po przeprowadzeniu konsultacji publicznych, ComReg ponownie wyznaczyła Eircom jako dostawcę usługi powszechnej w odniesieniu do zapewnienia dostępu stacjonarnego na okres dwóch lat oraz wszystkich innych aspektów obowiązku świadczenia usługi powszechnej, od dnia 1 lipca 2010 r. do dnia 30 czerwca 2012 r. Na mocy kolejnych decyzji ponownie wyznaczono Eircom w odniesieniu do niektórych aspektów usługi powszechnej, a warunki i obowiązki uległy zmianie w świetle warunków rynkowych. Do chwili obecnej Eircom pozostaje jedynym dostawcą usługi powszechnej w zakresie świadczenia dostępu stacjonarnego i usług głosowych oraz publicznych automatów telefonicznych w Irlandii.
- 11 W dniu 31 maja 2011 r., po przeprowadzeniu szeregu konsultacji publicznych, ComReg opublikowała decyzję 04/11, składającą się z szeregu numerowanych decyzji, w których określono zasady i metody obliczania kosztów i przychodów netto związanych z obowiązkiem świadczenia usługi powszechnej, zasady i metody obliczania innych korzyści związanych z obowiązkiem świadczenia

usługi powszechnej oraz podejście, jakie ma być stosowane w celu ustalenia, czy w wyniku kosztu netto na dostawcy usługi powszechnej spoczywa niesprawiedliwe obciążenie. Warunki odpowiednich decyzji określających to podejście przedstawiono w załączniku A.

- 12 W okresie od września 2014 r. do marca 2016 r. Eircom złożyła wnioski o finansowanie kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej za poszczególne lata pięcioletniego okresu od 2010–2011 do 2014–2015, zgodnie z art. 11 rozporządzenia w sprawie usługi powszechnej.
- 13 W dniu 18 kwietnia 2019 r., po przeprowadzeniu konsultacji publicznych w odniesieniu do każdego z pięciu wniosków, ComReg opublikowała pięć decyzji (zwanymi dalej „decyzjami”), w których stwierdziła, że dodatni koszt netto poniesiony przez Eircom w związku z realizacją obowiązku świadczenia usługi powszechnej w poszczególnych latach w okresie od 2010–2011 do 2014–2015 w żadnym przypadku nie stanowił niesprawiedliwego obciążenia.
- 14 W dniu 15 maja 2019 r. Eircom wniosła prawnie uregulowane odwołanie od tych decyzji, podnosząc, że ComReg błędnie uznała, iż nie doszło do niesprawiedliwego obciążenia tej spółki.

## V. ZASKARŻONE DECYZJE

- 15 ComReg wydała odrębne decyzje w odniesieniu do poszczególnych lat, w odniesieniu do których Eircom ubiegała się o finansowanie. Decyzje te opublikowano łącznie i w każdym przypadku zdecydowano, że koszt netto nie stanowił dla Eircom niesprawiedliwego obciążenia.
- 16 ComReg obliczyła, że koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej poniesiony przez Eircom w ciągu pięciu lat wyniósł ogółem nieco poniżej 43 mln EUR. Dodatni koszt netto określony przez ComReg dla poszczególnych lat przedstawiono w załączniku B.
- 17 Zysk przed odsetkami i opodatkowaniem Eircom w odniesieniu do jej działalności w zakresie telefonii stacjonarnej w okresie pięciu lat, o którym mowa, wyniósł 1,397 mld EUR, przy czym wartość dla każdego odnośnego roku przedstawiono w załączniku C.
- 18 Przy podejmowaniu każdej z tych decyzji ComReg oparła się, w odniesieniu do odnośnego roku, na „Raporcie w sprawie niesprawiedliwego obciążenia”, sporządzonym przez Oxerę, spółkę zrzeszającą doradców ekonomicznych. Raport Oxery za rok 2014–2015 zawarto w załączniku D tytułem przykładu, wraz z odpowiadającą mu decyzją ComReg znajdującą się w załączniku E.
- 19 W każdej z decyzji stwierdzono, że istniał możliwy do zweryfikowania i zweryfikowany bezpośredni koszt netto; że korzyści wynikające z obowiązku świadczenia usługi powszechnej nie przewyższały kosztu netto (tj. że istniał

dodatni koszt netto); oraz że dodatni koszt netto był istotny w porównaniu z kosztem administracyjnym mechanizmu podziału (spełniając tym samym warunki określone w lit. a) ppkt (i), (ii) i (iii) decyzji 38, zgodnie z załącznikiem A).

- 20 W każdym z raportów Oxera stwierdziła, że koszt netto obowiązku świadczenia usługi publicznej w odnośnym okresie nie miał znaczącego wpływu na rentowność dostawcy usługi powszechnej i jego zdolność do wypracowania godziwej stopy zwrotu z zaangażowanego kapitału (przeprowadzenie tej oceny było wymagane na mocy decyzji nr 40, jak określono w załączniku A).
- 21 Wskaźnikiem referencyjnym zastosowanym przez Oxerę (i przyjętym przez ComReg) w celu ustalenia, czy Eircom uzyskiwała godziwą stopę zwrotu, było porównanie miary zwrotu z zaangażowanego kapitału (zwanego dalej „ROCE”<sup>1</sup>) zysków finansowych Eircom względem regulowanego średniego ważonego kosztu kapitału (zwanego dalej „WACC”), który to koszt został wcześniej określony przez ComReg. Na przykład w raporcie za lata 2014–2015 ustalono, że ROCE z działalności Eircom w zakresie telefonii stacjonarnej (detalicznej i hurtowej) z uwzględnieniem kosztu netto wynosił 11,4%, natomiast regulowany dopuszczalny WACC tej spółki wynosił 8,18% (przy czym ROCE z działalności w zakresie telefonii stacjonarnej z uwzględnieniem kosztu netto przekraczał WACC w każdym roku objętym oceną). Tabelę z tymi danymi liczbowymi dla każdego roku objętego oceną przedstawiono w załączniku F. Oxera wzięła również pod uwagę dodatkowe wskaźniki sytuacji finansowej i gospodarczej Eircom (choć Eircom jest zdania, że Oxera nie nadała owym wskaźnikom żadnego znaczenia), w tym jej udział w rynku telefonii stacjonarnej według przychodów, zmiany średniego przychodu Eircom na użytkownika w czasie oraz zmiany liczby klientów Eircom w czasie, jako „szerszy kontekst” dla przeprowadzonej przez Oxerę analizy rentowności. W odniesieniu do każdego roku objętego oceną Oxera stwierdziła, że koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej nie miał znaczącego wpływu na rentowność Eircom i jej zdolność do wypracowania godziwej stopy ROCE, a zatem obciążenie kosztem netto w okresie zastosowania nie było nadmierne w świetle zdolności Eircom do jego poniesienia.
- 22 Oxera stwierdziła, że nie oceniła zatem, na podstawie przeprowadzonej analizy, czy koszt netto miał istotny wpływ na zdolność Eircom do konkurencyjności na równych warunkach z konkurentami w przyszłości na mocy decyzji 41 (jak określono w załączniku A).
- 23 ComReg stwierdziła, że w odniesieniu do każdego rozpatrywanego roku ustalenia dotyczące braku znaczącego wpływu na rentowność Eircom i jej zdolność do wypracowania godziwej stopy ROCE pozwoliły wykazać, że koszt netto nie

<sup>1</sup> ROCE jest wskaźnikiem rentowności finansowej opartym na danych księgowych, który ujmuje zależność pomiędzy zyskami operacyjnymi a kapitałem zaangażowanym w działalność gospodarczą.

spowodował znaczącego pogorszenia sytuacji konkurencyjnej tej spółki. W związku z tym ComReg uznała, że nie ma potrzeby przeprowadzania oceny zakłócenia konkurencji, o której mowa w decyzji 41 decyzji 04/11.

- 24 Ani ComReg, ani Oxera nie przeprowadziły jakiegokolwiek oceny któregośkolwiek z konkurentów Eircom na rynku. Zarówno raporty Oxery, jak i decyzje ComReg koncentrują się na cechach charakterystycznych Eircom.

## **VI. RYNEK STACJONARNYCH USŁUG TELEKOMUNIKACYJNYCH W IRLANDII**

- 25 Udziały uczestników rynku telefonii stacjonarnej w Irlandii w rynku krajowym przez większość okresu istotnego dla okoliczności faktycznych sprawy, wynikające z przeglądu rynku ComReg z 2015 r., przedstawiono w załączniku G: wskazano w nim, że udział Eircom (dawnego monopolisty zasiedziałego) w rynku krajowym w odniesieniu do numerów abonamentowych telefonii stacjonarnej spadł z 74,5% (pierwszy kwartał 2010 r.) do 47,2% (czwarty kwartał 2014 r.); podczas gdy na przykład Virgin zwiększyła w tym samym okresie swój udział w rynku krajowym z 5% do 21,7%. W przeglądzie rynku dokonany przez ComReg w 2014 r. stwierdzono, że w Dublinie udział Virgin w rynku wynosił 42%, podczas gdy w badaniu gospodarstw domowych z 2013 r. dla Eircom wynosił on 44%.
- 26 Z uwagi na fakt, że Eircom jest jedynym przedsiębiorstwem wskazanym jako posiadające znaczącą pozycję rynkową na szeregu (hurtowych i detalicznych) rynków telefonii stacjonarnej, tak że jego ceny hurtowe i detaliczne są regulowane, Eircom jest jedynym uczestnikiem rynku, w odniesieniu do którego ComReg zastosował WACC. Wysokość regulowanego WACC nie jest przedmiotem sporu, jest nim natomiast stosowność jego wykorzystania w ocenie niesprawiedliwego obciążenia.
- 27 Dostawca usługi powszechnej jest w szczególności zobowiązany do pozytywnego wykonania każdego uzasadnionego wniosku o podłączenie do stacjonarnej publicznej sieci łączności po jednej cenie krajowej ustalonej przez tego dostawcę (średnia cena z uwzględnieniem geograficznym).
- 28 Większość kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej (ponad 85% w okresie 2014–2015) wynika ze świadczenia usług w ramach obowiązku świadczenia usługi powszechnej na rzecz klientów nieopłacalnych na obszarach opłacalnych lub klientów opłacalnych na obszarach nieopłacalnych.
- 29 Chociaż znaczenie tych kwestii dla odwołania jest przedmiotem sporu, nie ulega wątpliwości, iż zasadniczo cechą konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego jest to, że dostawcy usług, którzy nie są dostawcami usługi powszechnej, także odnoszą korzyści z podłączenia do sieci konsumentów, którzy w przeciwnym razie nie byłiby obsługiwani („pozytywne efekty zewnętrzne”), oraz że uznana cechą takich konkurencyjnych rynków jest również to, iż wszyscy dostawcy usług

mogą teoretycznie stosować podejście selektywne w bardziej dochodowych ośrodkach geograficznych.

## VII. MAJĄCE ZASTOSOWANIE PRZEPISY PRAWNE

- 30 W okresie istotnym dla okoliczności faktycznych sprawy ramy regulacyjne UE w zakresie łączności elektronicznej obejmowały dyrektywę ramową i cztery dyrektywy szczegółowe, z których dyrektywa o usłudze powszechnej znajduje zastosowanie w kontekście przedmiotowego odwołania.
- 31 Dyrektywa ramowa przewiduje, że każde państwo członkowskie wyznacza jeden właściwy organ lub więcej takich organów, które pełnią funkcję krajowego organu regulacyjnego, oraz że na tym organie lub organach spoczywają obowiązki regulacyjne przewidziane w samej dyrektywie ramowej i w każdej z dyrektyw szczegółowych. Artykuł 3 ust. 3 przewiduje, że „[p]aństwa członkowskie zapewniają, by krajowe organy regulacyjne wykonywały swoje uprawnienia w sposób bezstronny i jawny”.
- 32 ComReg, jako organ regulacyjny sektora łączności elektronicznej w Irlandii, jest krajowym organem regulacyjnym dla celów dyrektywy ramowej i dyrektyw szczegółowych.
- 33 W art. 7 i 8 dyrektywy ramowej określono zasady, które mają być stosowane przez krajowy organ regulacyjny, w tym zasadę niedyskryminacji, ochrony konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości<sup>2</sup>.
- 34 Dla kwestii będących przedmiotem niniejszego postępowania, które stanowią podstawę wniosku stron o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267, istotne są następujące przepisy dyrektywy o usłudze powszechnej:-
- artykuł 1, w którym określono cel i podstawowy charakter usługi powszechnej;
  - artykuł 3, który nakłada na państwa członkowskie obowiązki zapewnienia dostępności usługi powszechnej, przy jednoczesnym zachowaniu pewnych określonych zasad;
  - artykuł 12, w którym określono kroki, jakie należy podjąć, gdy krajowy organ regulacyjny uważa, że na dostawcy usługi powszechnej może spoczywać niesprawiedliwe obciążenie;
  - artykuł 13, który stanowi, że jeżeli krajowy organ regulacyjny stwierdzi, iż na dostawcy usługi powszechnej spoczywają niesprawiedliwe obciążenia,

<sup>2</sup> Artykuł 2 lit. g), art. 3 ust. 1 oraz motywy 1 i 36 dyrektywy ramowej także znajdują zastosowanie.

państwa członkowskie mogą, na wniosek dostawcy usługi powszechnej, wprowadzić mechanizm kompensowania temu dostawcy określonego kosztu netto, na przejrzystych warunkach, z funduszy publicznych lub podzielić koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej pomiędzy innych dostawców sieci i usług łączności elektronicznej działających na tym rynku;

- załącznik IV część A, który reguluje prawidłowy sposób obliczania kosztów netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej<sup>3</sup>.

35 Na szczeblu krajowym art. 11 rozporządzenia w sprawie usługi powszechnej (S.I. 337/2011)<sup>4</sup> przewiduje, że dostawca usługi powszechnej może zwrócić się do ComReg o ustalenie, iż koszty netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej stanowią niesprawiedliwe obciążenie.

36 Artykuł 12 stanowi, że jeżeli ComReg stwierdzi istnienie niesprawiedliwego obciążenia ciążącego na dostawcy usługi powszechnej, dokonuje ona podziału kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej pomiędzy dostawców sieci i usług łączności elektronicznej.

#### **VIII. WYROK W SPRAWIE C-389/08, BASE**

37 Pomiędzy stronami nie ma zgody co do znaczenia wniosków wysuniętych przez Trybunał w wyroku w sprawie C-389/08, Base, i ich zastosowania do oceny niesprawiedliwego obciążenia w sytuacji, gdy na rynku występuje tylko jeden dostawca usługi powszechnej, oraz, bardziej ogólnie, co do właściwego kryterium, jakie należy zastosować przy ustalaniu istnienia niesprawiedliwego charakteru obciążenia. W związku z tym należy zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącym zasadniczo zastosowania wyroku w sprawie C-389/08, Base, do przedmiotowego odwołania.

38 Kontekst faktyczny wniosku skierowanego do Trybunału w owej sprawie stanowił system prawny, zgodnie z którym wszyscy operatorzy na rynku byli potencjalnie dostawcami usługi powszechnej, jeżeli ich klienci byli uprawnieni do korzystania z taryf socjalnych. Prawo belgijskie przewidywało, że jeżeli operator przyznaje większą część łącznych taryf socjalnych przyznawanych na rynku niż odpowiada to udziałowi tego operatora w rynku, operatorowi temu przysługuje rekompensata.

39 Koszty netto nie zostały jednak obliczone poprzez odniesienie do cech charakterystycznych każdego indywidualnego operatora, ale opierały się na kosztach Belgacom, dawnego operatora zasiedziałego.

<sup>3</sup> Dla kwestii będących przedmiotem niniejszego postępowania znaczenie mają także motywy 2, 3, 4, 18, 21 i 23.

<sup>4</sup> Rozporządzenie w sprawie usługi powszechnej.



- 40 W pkt 42–43 wyroku Trybunał Sprawiedliwości orzekł co następuje w przedmiocie znaczenia „niesprawiedliwego obciążenia”<sup>5</sup>:

*„Z motywu 21 dyrektywy 2002/22 wynika w tym względzie, że prawodawca wspólnotowy zamierzał powiązać mechanizmy służące pokryciu kosztów netto, jakie mogą wynikać ze świadczenia usługi powszechnej przez przedsiębiorstwo, z istnieniem po stronie tego przedsiębiorstwa nadmiernego obciążenia. W tej sytuacji, uznawszy, że koszt netto świadczenia usługi powszechnej nie stanowi koniecznie nadmiernego obciążenia dla wszystkich przedsiębiorstw świadczących tę usługę, postanowił on wykluczyć sytuację, w której każdy koszt netto świadczenia usługi powszechnej otwiera automatycznie prawo do rekompensaty. W tych okolicznościach niesprawiedliwe obciążenie, którego istnienie winno zostać stwierdzone przez krajowy organ regulacyjny przed wypłatą jakiegokolwiek rekompensaty, jest obciążeniem, które w przypadku każdego przedsiębiorstwa świadczącego usługę powszechną ma nadmierny charakter w świetle jego zdolności do udźwignięcia tego obciążenia, zważywszy na wszystkie jego swoiste cechy, a w szczególności jakość jego urządzeń, jego sytuację gospodarczą i finansową, jak również jego udział w rynku.*

*Wprowadzając uwagi na brak w tym względzie szczegółowych wskazówek w dyrektywie 2002/22 do krajowego organu regulacyjnego należy ustalenie w ogólny i obiektywny sposób kryteriów pozwalających określić progi, po przekroczeniu których obciążenie może zostać uznane za nadmierne, zważywszy na charakterystyczne cechy wskazane w poprzednim punkcie, jednak wspomniany organ może stwierdzić, celem zastosowania art. 13 teże dyrektywy, iż obciążenie wynikające ze świadczenia usługi powszechnej jest niesprawiedliwe, tylko pod warunkiem, że zbada dokładnie w świetle tych kryteriów sytuację każdego przedsiębiorstwa świadczącego ową usługę”.*

- 41 Nie ulega wątpliwości, że zarówno ComReg, jak i High Court (wysoki sąd, Irlandia) są zobowiązane w świetle zasady lojalnej współpracy do stosowania ustaleń Trybunału Sprawiedliwości. Strony nie są zgodne co do prawidłowej interpretacji wyroku C-389/08, Base i jego prawidłowego zastosowania do stanu faktycznego w niniejszej sprawie.

## **IX. STANOWISKA STRON W KWESTIACH PRAWNYCH**

- 42 Strony zgadzają się co do tego, że ComReg ma regulacyjny obowiązek ustalenia, czy koszt (po odjęciu korzyści) wykonywania obowiązku świadczenia usługi powszechnej stanowi niesprawiedliwe obciążenie dla dostawcy usługi powszechnej. Strony nie zgadzają się jednak co do znaczenia wniosków wysuniętych przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie C-389/08,

<sup>5</sup> Te same zasady ustanowiono w wyroku w sprawie C-222/08, Komisja/Belgia, dotyczącym postępowania Komisji w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego.

Base, i ich zastosowania do oceny niesprawiedliwego obciążenia w sytuacji, gdy na rynku jest tylko jeden dostawca usługi powszechnej, jak również, bardziej ogólnie, co do prawidłowego kryterium, jakie należy zastosować przy ustalaniu istnienia niesprawiedliwego charakteru obciążenia.

***Stanowisko Eircom***

43 Stanowisko Eircom, w zakresie w jakim jest ono istotne dla kwestii stanowiących podstawę niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267, jest następujące:

- (i) ustalenie, czy obowiązek świadczenia usługi powszechnej stanowi niesprawiedliwe obciążenie na konkurencyjnym rynku, wymaga przeprowadzenia analizy konkurencji, aby ocenić, czy jednostronne nałożenie kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej na dostawcę usługi powszechnej zakłóca konkurencję, stawiając go w niekorzystnej sytuacji względem jego konkurentów na rynku;
- (ii) należy ocenić względną zdolność dostawcy usługi powszechnej do poniesienia kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej, biorąc pod uwagę nie tylko cechy charakterystyczne Eircom, lecz także jej konkurentów. Niezależny biegły ekonomista zaangażowany przez Eircom wyraża pogląd, że bez takiej oceny istnieje znaczne ryzyko doprowadzenia do sytuacji, w której wszyscy dostawcy usług komunikacyjnych korzystają z pozytywnych efektów zewnętrznych obowiązku świadczenia usługi powszechnej, ale tylko dostawca usługi powszechnej ponosi jego koszty, mimo że nie jest w znacznie lepszej sytuacji, co z definicji należy uznać za niesprawiedliwe, ponieważ brak jest obiektywnego uzasadnienia dla takiej różnicy w traktowaniu;
- (iii) odniesienia w wyroku w sprawie C-389/08, Base, do konieczności rozważenia cech charakterystycznych danego dostawcy usługi powszechnej należy rozpatrywać w kontekście faktycznym tej sprawy, w której istniało wielu dostawców usługi powszechnej, a naruszające prawo działanie krajowego organu regulacyjnego polegało na potraktowaniu w sposób ogólny potencjalnego niesprawiedliwego obciążenia nałożonego na każdego z tych dostawców usługi powszechnej. Uwagi Trybunału Sprawiedliwości należy rozpatrywać w tym świetle, a nie jako nakaz uwzględniania cech charakterystycznych tylko jednego przedsiębiorstwa na konkurencyjnym rynku;
- (iv) ponadto cechy charakterystyczne, które należy wziąć pod uwagę w ramach kryterium określonego w wyroku w sprawie C-389/08, Base, takie jak jakość urządzeń i udział w rynku, mają zasadniczo charakter porównawczy, a ich znaczenie może polegać jedynie na przewadze lub niekorzystnej sytuacji danego dostawcy usługi powszechnej w stosunku do jego konkurentów;

- (v) ustalenia poczynione w sprawie C-389/08, Base należy również rozumieć w kontekście wiążących obowiązków nałożonych na krajowe organy regulacyjne w dyrektywie ramowej i dyrektywie o usłudze powszechnej, jak również w świetle ogólnych zasad prawa Unii. Z przepisów dyrektywy ramowej i dyrektywy o usłudze powszechnej oraz z ogólnych zasad prawa Unii wynika, że minimalizacja zakłóceń konkurencji jest wiążącym obowiązkiem nałożonym na ComReg jako krajowy organ regulacyjny;
- (vi) ustalenie przez ComReg bardzo wysokiego progu, który należy osiągnąć, zanim ComReg zbada istnienie „znaczącego wpływu” na rentowność lub zdolność do wypracowania godziwej stopy zwrotu z kapitału, przed dokonaniem jakiegokolwiek oceny, czy obciążenie stawia dostawcę usługi powszechnej w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej, nie stanowi spełnienia obowiązków ComReg jako krajowego organu regulacyjnego wynikających z dyrektywy ramowej i dyrektywy o usłudze powszechnej;
- (vii) metodyka oceny, czy koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej spowodował, że dostawca usługi powszechnej znalazł się w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej, polegająca na ustaleniu, czy w danym roku ROCE dostawcy usługi powszechnej przekroczył jego WACC, jest błędna. Podejście przyjęte przez ComReg uwzględnia jedynie okoliczność, czy dostawca usługi powszechnej był w stanie ponieść koszty bez spadku ROCE do poziomu WACC. Ponadto próg ten uwzględnia ROCE całej detalicznej i hurtowej działalności Eircom w zakresie telefonii stacjonarnej, a nie działalności w zakresie obowiązku świadczenia usługi powszechnej (która obejmuje wyłącznie działalność detaliczną);
- (viii) nałożenie jednostronnego obowiązku finansowania usługi powszechnej na jedno przedsiębiorstwo na rynku konkurencyjnym tylko na tej podstawie, że krajowy organ regulacyjny szacuje, iż przedsiębiorstwo to może sobie na to pozwolić w perspektywie krótko- lub średnioterminowej, nigdy nie może stanowić obiektywnego uzasadnienia takiego postępowania. W braku dalszych informacji, fakt, że ROCE dostawcy usługi powszechnej jest wyższy niż jego WACC, nie dowodzi, iż ów dostawca jest w stanie ponieść koszty bez negatywnego wpływu na swoją pozycję konkurencyjną na rynku. Nie pokazuje to niczego w kwestii pozycji rynkowej dostawcy usługi powszechnej ani pozycji jego konkurentów i jest słabym wskaźnikiem warunków rynkowych oraz wpływu obowiązku świadczenia usługi powszechnej na konkurencję;
- (ix) ROCE poszczególnych uczestników rynku w okresie istotnym dla okoliczności faktycznych sprawy, obliczony przez biegłego ekonomistę Eircom, podano w załączniku H. Niezależny biegły ekonomista zaangażowany przez Eircom wyraża pogląd, że z danych liczbowych wynika, iż średni ROCE Eircom w latach 2010–2015 jest najniższy spośród wszystkich operatorów uwzględnionych w analizie;

- (x) zastosowanie WACC określonego przez ComReg w odniesieniu do Eircom nie jest właściwym wskaźnikiem referencyjnym: zgodnie z dowodami przedstawionymi przez niezależnego biegłego ekonomistę w wielu branżach przedsiębiorstwa uzyskują stopę zwrotu powyżej WACC, a każdy operator na tym rynku wykazuje poziom rentowności znacznie powyżej WACC zastosowanego w odniesieniu do Eircom. Obowiązek świadczenia usługi powszechnej, który jest obowiązkiem regulacyjnym służącym zagwarantowaniu użytkownikom dostępu do zestawu podstawowych usług komunikacyjnych po przystępnych cenach, nie ma na celu ograniczenia zysków dostawcy usługi powszechnej w środowisku konkurencyjnym. Jednostronne obciążanie dostawcy usługi powszechnej kosztem obowiązku świadczenia usługi powszechnej, nawet jeśli stawia to tego dostawcę w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej i niezależnie od faktu, że jego główni konkurenci nie byli przedmiotem żadnych środków mających na celu obniżenie ich zysków do podobnego poziomu, jest sprzeczne z celami dyrektywy ramowej i dyrektywy o usłudze powszechnej, polegającymi na zapewnieniu proporcjonalności oraz unikaniu dyskryminacji i zakłócenia konkurencji;
- (xi) dowody przedstawione przez biegłego ekonomistę Eircom, którym nie zaprzeczył biegły ekonomista ComReg, że w latach 2010–2011 koszt netto musiałby wynosić 244 mln EUR, aby spełnić ten warunek (co stanowi 62% zysku przed odsetkami i opodatkowaniem) oraz że w latach, w odniesieniu do których ubiegano się o finansowanie, najniższa kwota, która spełniłaby to kryterium jednego roku, stanowiłaby koszt netto w wysokości 51 mln EUR (co stanowi 23% zysku przed odsetkami i opodatkowaniem);
- (xii) kryterium przyjęte przez ComReg w swoich decyzjach oznaczałoby, że o niesprawiedliwym obciążeniu można mówić dopiero wtedy, gdy ROCE Eircom dla całej działalności w zakresie telefonii stacjonarnej spadłby do punktu, w którym – jeśli zostałby utrzymany – zgodnie z przedstawionymi przez biegłego dowodami ekonomicznymi Eircom zaczęłaby mieć problemy z pozyskiwaniem nowego kapitału. Jest to niezgodne z systemem regulacyjnym, którego celem jest promowanie skutecznej konkurencji;
- (xiii) w zakresie, w jakim ustalenia w wyroku w sprawie C-389/08, Base, odnoszą się do rynków z jednym dostawcą usługi powszechnej, wynika z tego zatem, że krajowy organ regulacyjny musi, po pierwsze, dokonać indywidualnej oceny rzeczywistych kosztów netto tego dostawcy, nie stosując żadnych ogólnych założeń co do związku między dodatnim kosztem netto a niesprawiedliwym obciążeniem, a po drugie, wypełnić swój wiążący obowiązek wynikający z dyrektywy o usłudze powszechnej, polegający na ustaleniu, czy jest to niesprawiedliwe obciążenie w pełnym kontekście faktycznym dotyczącym rynku, na którym działa dostawca usługi powszechnej; oraz

- (xiv) na rentowność Eircom oraz jej zdolność do wypracowania godziwej stopy zwrotu znaczący wpływ ma koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej, ponieważ nakłada on na tę spółkę dodatkowy koszt, którego nie ponoszą jej konkurenci, a Eircom nie posiada żadnej przewagi równoważącej (takiej jak quasi-monopolistyczna pozycja rynkowa na rynku detalicznym), która równoważyłaby niekorzystną sytuację wynikającą z obciążenia dodatkowym kosztem. Tego, czy istnieje „znaczący wpływ” na rentowność lub zdolność do uzyskania godziwej stopy zwrotu, nie można określać na podstawie prognozy rentowności, co wyklucza rozważania dotyczące zakłócenia konkurencji i obiektywnego uzasadnienia.

### ***Stanowisko ComReg***

- 44 Stanowisko ComReg, w zakresie w jakim jest ono istotne dla kwestii stanowiących podstawę niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267, jest następujące:
- (i) skutkiem ustaleń w wyroku w sprawie C-389/08, Base, jest skupienie się na zdolności dostawcy usługi powszechnej do poniesienia kosztu netto w świetle jego swoistych cech charakterystycznych. Badanie w tym zakresie przewiduje jednostronną analizę własnej zdolności podmiotu do poniesienia obciążeń, a nie analizę wszystkich konkurentów na rynku i ich zdolności do poniesienia kosztu netto;
  - (ii) dyrektywa o usłudze powszechnej nie tylko zezwala krajowym organom regulacyjnym na ustanowienie ogólnych i obiektywnych kryteriów umożliwiających ustalenie, czy dane obciążenie może być uznane za niesprawiedliwe, ale w świetle wyroku w sprawie C-389/08, Base, w sposób pozytywny zobowiązuje do tego krajowe organy regulacyjne. Kryteria te nie zostały określone ani w dyrektywie, ani przez Trybunał, lecz powinny zostać ustalone przez każdy krajowy organ regulacyjny. Nie jest zatem zaskoczeniem, że każde państwo członkowskie przyjęło własne kryteria i że różnią się one w poszczególnych państwach członkowskich;
  - (iii) kryterium oceny przedstawione w wyroku w sprawie C-389/08, Base, dotyczy tego, czy koszt netto jest nadmierny w świetle zdolności dostawcy usługi powszechnej do jego poniesienia, w świetle określonych kryteriów, które koncentrują się na jego cechach charakterystycznych;
  - (iv) biorąc pod uwagę kryterium oceny przedstawione w wyroku w sprawie C-389/08, Base, rentowność jest decydującą zmienną przy określaniu zdolności Eircom do poniesienia kosztu netto;
  - (v) ComReg twierdzi, że rentowność Eircom oraz jej zdolność do wypracowania godziwej stopy ROCE są miarami jej sytuacji finansowej oraz że są one odpowiednio wykorzystywane do oceny jej zdolności do poniesienia obciążenia kosztem netto. ComReg twierdzi, że dopuszczalny

prawie WACC jest odpowiednim konkurencyjnym poziomem referencyjnym zwrotu do wykorzystania w ocenie. WACC jest powszechnie stosowany przez organy regulacyjne i władze w sprawach z zakresu konkurencji jako miara odniesienia dla zwrotu, jakiego inwestorzy (tj. właściciele kapitału własnego i kredytodawcy) mogą oczekiwać od inwestycji w przedsiębiorstwo. WACC reprezentuje koszt alternatywny inwestora związany z podjęciem ryzyka inwestycji w przedsiębiorstwo lub, innymi słowy, zwrot, którego inwestor zażądałby jako wskaźnik referencyjny dla inwestycji;

- (vi) w raportach Oxery i decyzjach ComReg skupiono się na cechach charakterystycznych Eircom oraz jej zdolności do poniesienia kosztu netto i stwierdzono, że koszt netto nie był nadmierny w świetle zdolności Eircom do jego poniesienia, zgodnie z tym kryterium oceny;
- (vii) zdolności podmiotu w zakresie finansowania krzyżowego z osiągniętych zysków ma znaczenie dla jego zdolności do poniesienia kosztu netto obowiązku świadczenia usługi publicznej, a finansowanie krzyżowe jako zasada stanowi podłoże rozumowania w wyroku w sprawie C-389/08, Base;
- (viii) Eircom podkreśla niesprawiedliwość, jaką w jej przekonaniu jest konieczność poniesienia obciążenia w wysokości 45 mln EUR w ciągu pięciu lat, ignorując fakt, że w tym samym okresie jej EBIT wynosił 1,397 mld EUR. Jest to istotne, biorąc pod uwagę, że ocena niesprawiedliwego obciążenia dotyczy zdolności dostawcy usługi powszechnej do poniesienia kosztu netto;
- (ix) co istotne, Eircom nie przedstawia dowodów na to, że koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej miał znaczący wpływ na jej rentowność i zdolność do wypracowania godziwej stopy ROCE. Eircom nie twierdzi również, że koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej powoduje brak rentowności (ponieważ nie występuje brak rentowności) lub, co ważniejsze, niemożność poniesienia kosztu. Bezwzględny poziom zysków oraz analiza stosunku ROCE do WACC pokazują, że koszt netto nie miał znaczącego wpływu na rentowność Eircom. Na przykład w roku 2010–2011, gdy Eircom działała w środowisku konkurencyjnym, jej EBIT wynosił 388 mln EUR przy dodatnim koszcie netto za ten rok w wysokości 7,5 mln EUR;
- (x) nigdzie w wyroku w sprawie C-389/08, Base, nie stwierdzono ani nie poparto tezy, że ComReg musi przeprowadzić ocenę konkurentów dostawcy usługi powszechnej, ich zysków, udziału w rynku oraz korzyści, jakie uzyskują oni z tytułu obowiązku świadczenia usługi powszechnej. Nigdzie w wyroku w sprawie C-389/08, Base, nie sugeruje się również, że tego rodzaju analiza rynku musi zostać przeprowadzona lub że należy dokonać jakiegokolwiek porównania między Eircom a jej konkurentami przed ustaleniem, czy Eircom może ponieść obciążenie kosztem netto;

- (xi) ComReg utrzymuje, że udziały konkurentów w rynku oraz tendencje ich rozwoju (przedstawione przez Eircom) nie są wskaźnikiem, a tym bardziej wyznacznikiem zdolności Eircom do poniesienia kosztu netto. W odniesieniu do ROCE innych uczestników rynku, przedstawionego przez Eircom w załączniku H, ComReg utrzymuje, że ta analiza ROCE przedstawia zmienne i sprzeczne dane dotyczące rentowności konkurentów, a w każdym razie nie ma znaczenia dla oceny;
- (xii) gdyby ocena niesprawiedliwego obciążenia wymagała takiej analizy rynku, można by racjonalnie oczekiwać, że w dyrektywie ramowej lub dyrektywie o usłudze powszechnej określono by to w podobny lub zbliżony sposób, lub że Trybunał Sprawiedliwości mógłby to stwierdzić w wyroku w sprawie C-389/08, Base, czego jednak nie uczynił;
- (xiii) metodyka stosowana przez ComReg uwzględnia sytuację konkurencyjną na rynku, ponieważ w przypadku stwierdzenia, że dodatni koszt netto znacząco wpływa na rentowność dostawcy usługi powszechnej, ComReg oceni, czy taki koszt netto istotnie wpływa na możliwość dostawcy usługi powszechnej w zakresie konkurowania na równych warunkach z konkurentami w przyszłości. Ponadto w kontekście analizy decyzji 40 ComReg i Oxera wzięły pod uwagę aspekty rynku jako szerszy kontekst oceny rentowności (w tym politykę cenową Eircom i jej udział w rynku telefonii stacjonarnej), co widać na przykład w tabeli 5.1 i we wnioskach zawartych w raportach Oxery dołączonych do każdej z decyzji, których przykład dla roku 2014–2015 znajduje się w załączniku D;
- (xiv) rentowność jest silnym wskaźnikiem środowiska konkurencyjnego, a wynik oceny rentowności nie jest oderwany od względów konkurencyjnych;
- (xv) kwestią sporną w przedmiotowym odwołaniu jest koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej – wpływ kwoty pieniężnej – a nie inne wymogi jakościowe obowiązku świadczenia usługi powszechnej, które mogą mieć wpływ na konkurencję, takie jak średnia cena z uwzględnieniem geograficznym;
- (xvi) nie ulega wątpliwości, że przy rozstrzygnięciu w sprawie C-389/08, Base, określając właściwe kryterium oceny w celu stwierdzenia istnienia niesprawiedliwego obciążenia Trybunał Sprawiedliwości miał na uwadze przede wszystkim wymogi niedyskryminacji, proporcjonalności i minimalizacji zakłóceń rynku, a także odejście od warunków rynkowych, jakie może pociągać za sobą obowiązek świadczenia usługi powszechnej; oraz
- (xvii) biegły ekonomista zatrudniony przez ComReg jest przekonany, że porównanie ROCE i WACC jest właściwe w ramach oceny sytuacji gospodarczej i finansowej dostawcy usługi powszechnej.

## X. UZASADNIENIE ODESŁANIA

- 45 Pomiędzy stronami nie ma zgody co do znaczenia wniosków wysuniętych przez Trybunał w wyroku w sprawie C-389/08, Base, i ich zastosowania do oceny niesprawiedliwego obciążenia w sytuacji, gdy na rynku występuje tylko jeden dostawca usługi powszechnej, a także, bardziej ogólnie, co do właściwego kryterium, jakie należy zastosować przy ustalaniu istnienia niesprawiedliwego charakteru obciążenia.
- 46 Orzeczenie w sprawie C-389/08, Base, nie dotyczy sytuacji, w której na rynku właściwym jest wielu dostawców usług telekomunikacyjnych, ale tylko jeden dostawca usługi powszechnej. Taka sytuacja ma natomiast miejsce w Irlandii. Przy rozstrzyganiu kwestii będących przedmiotem postępowania głównego niezbędne są wskazówki Trybunału Sprawiedliwości. Ponadto jest prawdopodobne, że wskazówki Trybunału Sprawiedliwości będą interesujące dla sądów w innych państwach członkowskich; Irlandia nie jest prawdopodobnie jedynym państwem członkowskim, które ma zliberalizowany rynek telekomunikacyjny, na którym może pojawić się tego rodzaju kwestia.

## XI. PYTANIE PREJUDYCJALNE:-

Czy w okolicznościach, w których:-

- (i) rynek telekomunikacyjny został zliberalizowany i działa na nim wielu dostawców usług telekomunikacyjnych;
- (ii) jeden dostawca usług (zwany dalej „dostawcą usługi powszechnej”) został wybrany przez krajowy organ regulacyjny do wykonywania obowiązków świadczenia usługi powszechnej;
- (iii) krajowy organ regulacyjny ustalił, że istnieje dodatni koszt netto związany z realizacją obowiązków świadczenia usługi powszechnej (zwany dalej „kosztem netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej”); oraz
- (iv) krajowy organ regulacyjny ustalił, że koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej jest istotny w porównaniu z kosztami administracyjnymi ustanowienia mechanizmu podziału kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej między uczestników rynku;

jeżeli krajowy organ regulacyjny jest zobowiązany, na mocy ciążących na nim obowiązków wynikających z dyrektywy 2002/22 o usłudze powszechnej, do zbadania, czy koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej jest nadmierny w świetle zdolności dostawcy usługi powszechnej do jego poniesienia, zważywszy na wszystkie charakterystyczne cechy dostawcy usługi powszechnej, w szczególności jakość jego urządzeń, jego sytuację gospodarczą i finansową, jak również jego udział w rynku (o czym mowa w pkt 42 wyroku Base), to czy ów krajowy organ regulacyjny może na podstawie mających zastosowanie dyrektyw



dokonać tej oceny, uwzględniając wyłącznie charakterystyczne cechy/sytuację dostawcy usługi powszechnej, czy też jest on zobowiązany do zbadania charakterystycznych cech/sytuacji tego dostawcy względem jego konkurentów na odnośnym rynku?

DOKUMENT ROBOCZY