

Asia C-494/21

Ennakkoratkaisupyyntö

Jättämispäivä:

11.8.2021

Ennakkoratkaisupyyntön esittänyt tuomioistuin:

High Court (Irlanti)

Ennakkoratkaisupyyntön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

30.7.2021

Valittaja:

Eircom Limited

Vastapuoli:

Commission for Communications Regulation

**HIGH COURT
COMMERCIAL**

[– –]

[– –]

[Prosessiin liittyviä mainintoja] [– –] [alkup. s. 2] [– –]

MÄÄRÄÄ SEURAAVAA: Pyydetään Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 267 artiklan nojalla ennakkoratkaisua Euroopan unionin tuomioistuimelta kysymykseen, joka on esitetty tämän tuomioistuimen 5.5.2021 antamassa kirjallisessa ratkaisussa ja joka kuuluu seuraavasti:

Olosuhteissa, joissa

- i) televiestintämarkkinat on vapautettu ja markkinoilla toimii useita televiestintäpalvelujen tarjoajia

ii) kansallinen sääntelyviranomaisen on valinnut yhden palveluntarjoajan hoitamaan yleispalveluvollisuuksia (jäljempänä yleispalvelun tarjoaja) **[alkup. s. 3]**

iii) kansallinen sääntelyviranomaisen on määrittänyt, että yleispalveluvollisuuksien hoitamiseen liittyy positiivisia nettokustannuksia (jäljempänä yleispalveluvollisuuden nettokustannukset), ja

iv) kansallinen sääntelyviranomaisen on määrittänyt, että yleispalveluvollisuuden nettokustannukset ovat olennaisia verrattuna hallinnollisiin kustannuksiin, joita syntyy kustannusten jakojärjestelmän perustamisesta yleispalveluvollisuuden nettokustannusten jakamiseksi markkinoille osallistujien kesken,

jos kansallisen sääntelyviranomaisen on yleispalveludirektiivin 2002/22 mukaisten velvoitteidensa nojalla harkittava, ovatko yleispalveluvollisuuden nettokustannukset liiallisia yleispalvelun tarjoajan sietokykyyn nähden, kun otetaan huomioon kaikki yrityksen ominaisuudet, erityisesti sen varustetaso, taloudellinen tilanne ja rahoitustilanne sekä markkinaosuus (kuten tuomion Base 42 kohdassa määrätään), onko kansallisen sääntelyviranomaisen direktiivien mukaisesti sallittua tehdä kyseinen arviointi ottamalla huomioon yksinomaan yleispalvelun tarjoajan ominaisuudet tai tilanne, vai onko arvioitava yleispalvelun tarjoajan ominaisuudet tai tilanne suhteessa sen kilpailijoihin asianomaisilla markkinoilla?

[– –] **[alkup. s. 4]** [– –]

1 [– –] [Lyhenteet]

[– –] **[alkup. s. 5]** [– –]

I ENNAKKORATKAISUA PYYTÄNYT TUOMIOISTUIN

2 [– –]

II PÄÄASIAN ASIANOSAISET JA HEIDÄN EDUSTAJANSA

3 [– –]

4 [– –]

5 [– –]

6 [– –] **[alkup. s. 6]** [– –]

III PÄÄASIAN KOHDE JA ASIAAN LIITTYVÄT TOSISEIKAT

- 7 Euroopan unionin tuomioistuimelta pyydetään opastusta yleispalveludirektiivin tulkintaa ja erityisesti kohtuuttoman rasitteen arviointia koskevassa asiassa C-389/08 annetun tuomion Base oikeaan soveltamiseen olosuhteissa, joissa Irlannin markkinoilla on vain yksi yleispalvelun tarjoaja mutta useita televiestintäpalvelujen tarjoajia.
- 8 Pääasian kohde on Eircomin valitus High Courtiin (Irlannin ylempään piirituomioistuimeen) sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen puitteista annetun Euroopan yhteisöjen säännösten 4 säännön nojalla (European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations 2011 (jäljempänä puitesäännöstö).
- 9 Eircom hakee muutosta Irlannin kansallisen televiestintäsääntelyviranomaisen (Commission for Communications Regulation, jäljempänä ComReg) viiteen päätökseen, joissa todettiin, että liittymän tarjoamista tietyssä sijaintipaikassa koskevan yleispalveluvelvollisuuden hoitamisesta ei ollut aiheutunut Eircomille kohtuutonta rasitetta ajanjaksolla 2010/2011–2014/2015 nämä vuodet mukaan luettuina ja että tämän takia olisi hylättävä Eircomin hakemukset saada rahoitusta yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla annetun Euroopan yhteisöjen säännösten 11 säännön nojalla (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 (jäljempänä yleispalvelusäännöstö).

IV ASIAA KOSKEVAT TOSISEIKAT AIKAJÄRJESTYKSESSÄ

- 10 ComReg nimesi 30.6.2010 julkisen kuulemisen jälkeen Eircomin uudelleen liittymän tarjoamista tietyssä sijaintipaikassa koskevan yleispalvelun ja kaikkien muiden yleispalveluvelvollisuuden osien tarjoajaksi kahdeksi vuodeksi ajanjaksolle 1.7.2010–30.6.2012. Myöhemmissä päätöksissä Eircom nimettiin uudelleen hoitamaan yleispalvelun tiettyjä osia, ja edellytyksiä ja velvollisuuksia on muutettu markkinaolosuhteiden pohjalta. Eircom on edelleen liittymän tarjoamista tietyssä sijaintipaikassa, puhepalvelua ja maksullisia yleispuhelimia koskevan yleispalvelun ainoa tarjoaja Irlannissa.
- 11 ComReg julkaisi 31.5.2011 useiden julkisten kuulemisten jälkeen päätöksen 04/11, johon sisältyi sarja numeroituja päätöksiä. Niissä esitettiin periaatteet ja menetelmät yleispalveluvelvollisuuden nettokustannusten ja tuottojen laskemiseksi, periaatteet [alkup. s. 7] ja menetelmät yleispalveluvelvollisuuden muiden hyötyjen laskemiseksi sekä tapa, jolla määritetään, aiheutuuko yleispalvelun tarjoajalle nettokustannuksista kohtuuton rasite. Päätökset, joissa määrittämistapa vahvistetaan, ovat liitteessä A.
- 12 Eircom haki syyskuun 2014 ja maaliskuun 2016 välisenä aikana yleispalvelusäännösten 11 säännön nojalla rahoitusta yleispalveluvelvollisuuden nettokustannusten kattamiseksi kultakin viideltä vuodelta 2010/2011–2014/2015.

- 13 ComReg järjesti julkisen kuulemisen kustakin viidestä hakemuksesta, minkä jälkeen se julkaisi 18.4.2019 viisi päätöstä (jäljempänä päätökset), joissa todettiin, että Eircomille kunakin vuonna yleispalveluvollisuuden hoitamisesta aiheutuneet positiiviset nettokustannukset eivät ole kunakin vuonna ajanjaksolla 2010/2011–2014/2015 muodostaneet kohtuutonta rasitetta.
- 14 Eircom teki päätöksistä valituksen 15.5.2019 sillä perusteella, että ComRegin arviointi, jonka mukaan Eircomille ei ollut aiheutunut kohtuutonta rasitetta, oli virheellinen.

V RIIDANALAISET PÄÄTÖKSET

- 15 ComReg on tehnyt erillisen päätöksen kustakin vuodesta, jolta Eircom on hakenut rahoitusta. Nämä päätökset julkaistiin yhdessä, ja kussakin tapauksessa päätettiin, että nettokustannukset eivät olleet Eircomille kohtuuton rasite.
- 16 ComRegin laskelman mukaan yleispalveluvollisuudesta Eircomille viideltä vuodelta aiheutuneet nettokustannukset olivat yhteensä vähän alle 43 miljoonaa euroa. ComRegin kultakin vuodelta toteamat nettokustannukset esitetään liitteessä B.
- 17 Eircomin tulos ennen korkoja ja veroja oli kiinteiden yhteyksien liiketoiminnasta kyseiseltä viiden vuoden ajanjaksolta 1,397 miljardia euroa. Liitteessä C esitetään kutakin asianomaista vuotta koskevat luvut.
- 18 ComReg perusti jokaisen päätöksensä kutakin vuotta koskevaan talouskonsultointiyritys Oxeran kohtuutonta rasitetta koskevaan raporttiin (Unfair Burden Report). Liitteessä D on näytteenä Oxeran raportti vuodelta 2014/2015, ja liitteessä E on sitä vastaava ComRegin päätös.
- 19 Kussakin päätöksessä vahvistetaan todennettavat ja todetut suorat nettokustannukset ja todetaan, että yleispalveluvollisuuden hyödyt eivät ylittäneet nettokustannuksia (ts. nettokustannukset olivat **[alkup. s. 8]** positiivisia) ja että positiiviset nettokustannukset olivat olennaisia verrattuna jakojärjestelmän hallinnollisiin kustannuksiin (eli liitteessä A olevan päätöksen 38 i ja ii kohdassa sekä iii kohdan a alakohdassa esitetyt edellytykset täytyivät).
- 20 Oxera päätti jokaisessa raportissaan, että yleispalvelun tarjoajan kannattavuus ja kyky hankkia sijoitetulle pääomalleen kohtuullinen tuotto ei ollut merkittävästi kärsinyt yleispalveluvollisuuden nettokustannuksista asianomaisella jaksolla (tämä arviointi oli liitteessä A esitetyn päätöksen 40 mukaisesti tehtävä).
- 21 Viitearvo, jota Oxera käytti (ja jonka ComReg hyväksyi) määrittääkseen, oliko Eircomin tuotto kohtuullinen, oli verrata Eircomin taloudellisesta tuotosta mitattua

sijoitetun pääoman tuottoa¹ säänneltyyn keskimääräiseen pääomakustannukseen, jonka ComReg oli aiemmin määrittänyt. Esimerkiksi vuotta 2014/2015 koskevassa raportissa todettiin, että Eircomin kiinteiden yhteyksien (vähittäis- ja tukkukaupan) liiketoiminnan sijoitetun pääoman tuotto nettokustannukset mukaan luettuina oli 11,4 prosenttia, kun Eircomille sallittu säännelty keskimääräinen pääomakustannus oli 8,18 prosenttia (ja kiinteiden yhteyksien liiketoiminnan sijoitetun pääoman tuotto nettokustannukset mukaan luettuina ylitti keskimääräisen pääomakustannuksen jokaisena arvioitavana vuonna). Liitteessä F on kutakin arvioitavaa vuotta koskevat luvut sisältävä taulukko. Oxera otti huomioon myös muita Eircomin rahoitustilannetta ja taloudellista tilannetta koskevia indikaattoreita (vaikkakin Eircomin näkemyksen mukaan Oxera ei pitänyt näitä indikaattoreita lainkaan merkityksellisinä), kuten Eircomin markkinaosuus kiinteiden yhteyksien markkinoista tulojen mukaan, muutokset Eircomin keskimääräisessä käyttäjäkohtaisessa tulossa ajan mittaan ja muutokset Eircomin asiakasmäärässä ajan mittaan. Oxera käsitteli näitä indikaattoreita tekemänsä kannattavuusanalyysin laajempina taustatietoina. Oxera päätteli jokaisen arvioitavan vuoden osalta, että yleispalveluvollisuuden nettokustannukset eivät olleet merkittävästi vaikuttaneet Eircomin kannattavuuteen ja kykyyn hankkia sijoitetulle pääomalle kohtuullinen tuotto ja että siitä syystä nettokustannusten aiheuttama rasite ei ollut kyseisellä kaudella ollut liiallinen suhteessa Eircomin kantokykyyn.

- 22 Oxera totesi, että siitä syystä se ei tehdyn analyysin perusteella ollut tehnyt (liitteessä A esitetyn) päätöksen 41 mukaista arviointia siitä, vaikuttivatko nettokustannukset olennaisesti Eircomin kykyyn kilpailla tulevaisuudessa tasapuolisin ehdoin kilpailijoidensa kanssa.
- 23 ComReg päätteli, että koska jokaisena soveltamisvuonna oli todettu, ettei Eircomin kannattavuuteen ja kykyyn hankkia sijoitetulle pääomalle kohtuullinen tuotto ollut kohdistunut merkittävää vaikutusta, se osoitti, etteivät nettokustannukset olleet aiheuttanut Eircomille merkittävää kilpailuhaittaa. Siksi ComReg totesi, ettei ollut tarpeen tehdä päätökseen 04/11 sisältyvän päätöksen 41 mukaista arviointia kilpailun vääristymisestä. **[alkup. s. 9]**
- 24 ComReg ja Oxera eivät kumpikaan arvioineet yhtään markkinoilla toimivaa Eircomin kilpailijaa, vaan sekä Oxeran raporteissa että ComRegin päätöksissä keskityttiin Eircomin ominaisuuksiin.

VI KIINTEIDEN TELEVIESTINTÄYHTEYKSIEN MARKKINAT IRLANNISSA

- 25 Liitteessä G esitetään markkinatoimijoiden kotimaiset markkinaosuudet kiinteiden yhteyksien markkinoista Irlannissa suurimmalta osalta kyseessä olevasta

¹ Sijoitetun pääoman tuotto on kirjanpitoon perustuva taloudellisen tuoton mittari, jonka avulla selvitetään liikevoiton ja liiketoimintaan sijoitetun pääoman suhde.

ajanjaksosta, siten kuin ne on esitetty ComRegin vuoden 2015 markkinakatsauksessa: kuten siitä käy ilmi, Eircomin (entinen perinteinen monopoli) kotimainen markkinaosuus kiinteiden puhelinyhteyksien tilauksista putosi 74,5 prosentista (vuoden 2010 ensimmäisellä neljänneksellä) 47,2 prosenttiin (vuoden 2014 viimeisellä neljänneksellä), kun taas esimerkiksi Virgin kasvatti samalla ajanjaksolla omaa kotimaista markkinaosuuttaan 5 prosentista 21,7 prosenttiin. ComRegin vuoden 2014 markkinakatsauksessa todettiin, että vuoden 2013 kotitaloustutkimuksen mukaan Dublinissa Virginin markkinaosuus oli 42 prosenttia verrattuna Eircomin 44 prosentin osuuteen.

- 26 Eircom on ainoa yritys, jolla on määritelty olevan huomattava markkinavoima useilla kiinteiden yhteyksien markkinoilla (tukku- ja vähittäiskaupassa), joten sen tukku- ja vähittäismyyntihinnat ovat säänneltyjä ja Eircom on ainoa markkinatoimija, johon ComReg on soveltanut keskimääräistä pääomakustannusta. Säännellyn keskimääräisen pääomakustannuksen määrä ei ole riidanalainen; sen sijaan sen käytön asianmukaisuus kohtuuttoman rasitteen arvioinnissa on.
- 27 Yleispalvelun tarjoajalla on nimenomaan velvollisuus noudattaa yleisön jäsenen kohtuullista pyyntöä saada liittyä julkiseen viestintäverkkoon tietyssä paikassa yleispalvelun tarjoajan päättämällä yhdellä kansallisella hinnalla (sijainnista riippumaton keskimääräinen hinta).
- 28 Suurin osa yleispalveluvelvollisuuden nettokustannuksista (yli 85 % kaudella 2014/2015) johtuu yleispalveluvelvollisuuteen sisältyvien palvelujen tarjoamisesta taloudellisesti kannattamattomille asiakkaille taloudellisesti kannattavalla alueella tai taloudellisesti kannattaville asiakkaille taloudellisesti kannattamattomalla alueella.
- 29 Vaikka näiden seikkojen merkityksellisyys valituksen kannalta on riidanalainen, siitä ollaan yksimielisiä, että kilpailluilla televiestintämarkkinoilla myös palveluntarjoajat, jotka eivät ole yleispalvelun tarjoajia, hyötyvät lähtökohtaisesti asiakkaiden liittämistä verkkoon, johon ei muutoin tuotaisi palvelua, (positiivinen ulkoisvaikutus) ja että tällaisilla kilpailluilla markkinoilla kaikki palveluntarjoajat voivat teoriassa ”noukkia rusinat pullasta” muita tuottoisammassa maantieteellisissä keskuksissa, mikä tunnustetaan yleisesti.

VII ASIAA KOSKEVAT OIKEUSSÄÄNNÖT [alkup. s. 10]

- 30 Kyseessä olevana aikana Euroopan unionin sähköisen viestinnän sääntelykehys muodostui puitedirektiivistä ja neljästä erityisdirektiivistä, joista yleispalveludirektiivi on tämän valituksen kannalta merkityksellinen.
- 31 Puitedirektiivin mukaan jokaisen jäsenvaltion on nimitettävä yksi tai useampi toimivaltainen elin toimimaan kansallisena sääntelyviranomaisena ja annettava tälle elimelle tai näille elimille tehtäväksi hoitaa puitedirektiivissä ja erityisdirektiiveissä asetetut sääntelytehtävät. Puitedirektiivin 3 artiklan 3

kohdassa säädetään seuraavaa: ”Jäsenvaltioiden on varmistettava, että kansalliset sääntelyviranomaiset käyttävät toimivaltuuksiaan puolueettomasti ja avoimesti.”

- 32 Irlannin sähköisen viestinnän alan sääntelyviranomaisen ComReg on puitedirektiivissä ja erityisdirektiiveissä tarkoitettu kansallinen sääntelyviranomaisen.
- 33 Puitedirektiivin 7 ja 8 artiklassa annetaan periaatteet, joita kansallisen sääntelyviranomaisen on sovellettava, kuten syrjimättömyys, kilpailun turvaaminen, oikeasuhteisuus ja avoimuus.²
- 34 Yleispalveludirektiivin seuraavilla säännöksillä on merkitystä tämän asian riitakysymyksille, joiden takia asianosaiset ovat pyytäneet 267 artiklan mukaista ennakkoratkaisua:
- 1 artikla, jossa asetetaan yleispalvelun tavoite ja perusluonne
 - 3 artikla, jossa asetetaan jäsenvaltioille velvoite varmistaa yleispalvelun saatavuus noudattamalla kuitenkin tiettyjä periaatteita
 - 12 artikla, jossa vahvistetaan toimet, jotka kansallisen sääntelyviranomaisen on toteutettava, jos se katsoo, että yleispalvelun tarjoajaan kohdistuu kohtuuton rasite
 - 13 artikla, jossa säädetään, että jos kansallinen sääntelyviranomaisen on todennut, että yleispalvelun tarjoajalle aiheutuu kohtuuton rasite, jäsenvaltiot voivat yleispalvelun tarjoajan pyynnöstä joko ottaa käyttöön järjestelmän, joka korvaa määritetyt nettokustannukset yleispalvelun tarjoajalle julkisista varoista siten, että korvauksen saamisen edellytykset ovat julkisia; ja/tai jakaa yleispalveluvelvollisuuksien nettokustannukset markkinoilla toimivien sähköisen viestinnän verkkojen ja palvelujen tarjoajien kesken
 - liitteessä IV oleva A osa, jossa säännellään yleispalveluvelvollisuuden nettokustannusten oikeaa laskentatapaa.³ [alkup. s. 11]
- 35 Yleispalvelusäännösten (S.I. 337/2011)⁴ 11 säännön mukaan yleispalvelun tarjoaja voi pyytää ComRegiä määrittämään, että yleispalveluvelvollisuuden nettokustannukset merkitsevät kohtuutonta rasiitta.

² Myös puitedirektiivin 2 artiklan g alakohta, 3 artiklan 1 kohta sekä johdanto-osan ensimmäinen ja 36 perustelukappale ovat tältä kannalta merkityksellisiä.

³ Myös seuraavat johdanto-osan perustelukappaleet ovat merkityksellisiä tämän asian riitakysymysten kannalta: toinen, kolmas, neljäs, 18, 21 ja 23 perustelukappale.

⁴ European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011.

- 36 Yleispalvelusäännösten 12 säännössä säädetään, että jos ComReg toteaa yleispalvelun tarjoajalle koituvan kohtuutonta rasitetta, sen on jaettava yleispalveluvollisuuden nettokustannukset oikeassa suhteessa sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen tarjoajien kesken.

VIII C-389/08, BASE

- 37 Asianosaiset ovat erimielisiä unionin tuomioistuimen asiassa C-389/08, Base, tekemien päätelmien merkityksestä ja niiden soveltamisesta kohtuuttoman rasitteen arviointiin silloin, kun markkinoilla on vain yksi yleispalvelun tarjoaja, ja yleisemmin siitä, mikä on oikea testi kohtuuttoman rasitteen määrittämiseksi. Näin ollen unionin tuomioistuimelta on pyydetty ennakkoratkaisua ensisijaisesti siitä, miten asiassa C-389/08 annettua tuomiota Base olisi sovellettava tähän valitukseen.
- 38 Kyseisessä asiassa unionin tuomioistuimelle tehdyn ennakkoratkaisupyynnön toiseikasto liittyi lainsäädäntöjärjestelmään, jossa kaikki markkinatoimijat olivat mahdollisia yleispalvelun tarjoajia, jos niiden asiakkaat olivat oikeutettuja sosiaaliin hintoihin. Belgian lain mukaan operaattori sai korvauksen, jos operaattorin osuus sosiaalisista hinnoista on markkinoilla yhteensä suurempi kuin kyseisen operaattorin markkinaosuus.
- 39 Nettokustannuksia ei kuitenkaan laskettu viittaamalla kunkin yksittäisen operaattorin ominaisuuksiin, vaan ne perustuivat entisen perinteisen tarjoajan Belgacom:n kustannuksiin.
- 40 Tuomion 42 ja 43 kohdassa unionin tuomioistuin katsoi kohtuuttoman rasitteen tarkoittavan seuraavaa:⁵

”Tältä osin direktiivin 2002/22 21 perustelukappaleesta ilmenee, että yhteisön lainsäätäjän tarkoituksena oli sitoa yleispalvelun tarjoamisen yritykselle mahdollisesti aiheuttamien nettokustannusten kattamisjärjestelmät siihen, että tälle yritykselle aiheutuu kohtuuton rasite. Tässä yhteydessä se katsoi, että yleispalvelun nettokustannukset eivät välttämättä merkitse kaikille kyseessä oleville yrityksille kohtuutonta rasitetta, ja sen tarkoituksena oli estää se, että kaikki yleispalvelun tarjoamisen nettokustannukset johtavat automaattisesti oikeuteen saada korvausta. Näissä olosuhteissa [alkup. s. 12] kohtuuton rasite, joka kansallisen sääntelyviranomaisen on todettava ennen korvauksen myöntämistä, on rasite, joka kullekin kyseessä olevalle yritykselle on liiallinen sen sietokykyyn nähden, kun otetaan huomioon kaikki yrityksen ominaisuudet, erityisesti sen varustetaso, taloudellinen tilanne ja rahoitustilanne sekä markkinaosuus.

⁵ Samat periaatteet esitetään komission nostamaan rikkomuskanteeseen liittyvässä asiassa C-222/08, komissio v. Belgia, annetussa tuomiossa.

Koska direktiivissä 2002/22 ei tältä osin esitetä täsmennyksiä, kansallisen sääntelyviranomaisen asiana on vahvistaa yleisesti ja erotuksetta arviointiperusteet, joiden perusteella voidaan määrittää raja-arvot, joiden ylittyessä rasitetta voidaan pitää kohtuuttomana huomioon ottaen edeltävässä kohdassa mainitut ominaisuudet, mutta kyseinen viranomainen voi tämän direktiivin 13 artiklan soveltamiseksi kuitenkin todeta, että yleispalvelun tarjoamisen aiheuttama rasite on kohtuuton, ainoastaan sillä edellytyksellä, että se tutkii kunkin kyseessä olevan yrityksen tilannetta erikseen näiden arviointiperusteiden valossa.”

- 41 Vilpittömän yhteistyön periaate, jonka mukaisesti niiden on sovellettava unionin tuomioistuimen päätelmiä, sitoo yhteisesti sekä ComRegiä että High Courtia, Irlanti. Asianosaiset ovat kuitenkin erimielisiä asiassa C-389/08 annetun tuomion Base oikeasta tulkinnasta ja sen oikeasta soveltamisesta tämän asian tosiasialliseen tilanteeseen.

IX ASIANOSAISTEN KANTA RIITAKYSYMYKSIIN

- 42 Asianosaiset ovat yhtä mieltä siitä, että ComRegillä on lakisääteinen velvoite määrittää, aiheutuuko yleispalveluvelvollisuuden suorittamisen kustannuksista (joista on vähennetty hyödyt) yleispalvelun tarjoajalle kohtuuton rasite. Asianosaiset ovat kuitenkin erimielisiä unionin tuomioistuimen asiassa C-389/08, Base, tekemien päätelmien merkityksestä ja niiden soveltamisesta kohtuuttoman rasitteen arviointiin silloin, kun markkinoilla on vain yksi yleispalvelun tarjoaja, ja yleisemmin siitä, mikä on oikea testi kohtuuttoman rasitteen määrittämiseksi.

Eircomin kanta

- 43 Eircomin kanta, siltä osin kuin se on merkityksellinen niiden riitakysymysten kannalta, joiden takia asianosaiset ovat pyytäneet 267 artiklan mukaista ennakkoratkaisua, on seuraava:
- i) Jotta voitaisiin määrittää, aiheuttaako yleispalveluvelvollisuus kohtuuttoman rasitteen kilpailluilla markkinoilla, on tehtävä kilpailuanalyysi sen arvioimiseksi, vääristääkö yleispalveluvelvollisuuden nettokustannusten yksipuolinen määrääminen yleispalvelun tarjoajalle kilpailua asettamalla yleispalvelun tarjoajan kilpailijoihinsa nähden epäedulliseen asemaan markkinoilla.
 - ii) Olisi arvioitava yleispalvelun tarjoajan suhteellinen kyky kantaa yleispalveluvelvollisuuden nettokustannukset ottamalla huomioon Eircomin ominaisuuksien lisäksi myös sen kilpailijoiden ominaisuudet. Eircomin palkkaama riippumaton asiantuntijaekonomisti katsoo, että **[alkup. s. 13]** ilman kyseistä arviota on olemassa merkittävä riski päätyä sellaiseen tilanteeseen, jossa kaikki viestintäpalvelujen tarjoajat hyötyvät yleispalveluvelvollisuuden positiivisista ulkoisvaikutuksista, mutta

- ainoastaan yleispalvelun tarjoaja vastaa niiden kustannuksista siitä huolimatta, ettei sillä ole muita parempia mahdollisuuksia tehdä niin, mikä olisi määriteltävä kohtuuttomaksi, koska tällaista erilaista kohtelua ei voida objektiivisesti perustella.
- iii) Asiassa C-389/08 annetussa tuomiossa Base olevaa viittausta tarpeeseen ottaa huomioon yleispalvelun tarjoajan ominaisuudet on harkittava kyseisen asian tosiseikastoon nähden: yleispalvelun tarjoajia oli useita ja kansallisen sääntelyviranomaisen toiminta oli sääntöjen vastaista, koska se käsitteli kullekin yleispalvelun tarjoajalle mahdollisesti aiheutuvaa kohtuutonta rasitetta yleisellä tavalla. Unionin tuomioistuimen huomautuksia on pohdittava tältä pohjalta eikä valtuutuksena ottaa huomioon yhden ainoan yrityksen ominaisuudet kilpailuilla markkinoilla.
- iv) Sitä paitsi ominaisuudet, jotka on otettava huomioon asiassa C-389/08 annetun tuomion Base mukaisessa testissä, kuten varustetaso ja markkinaosuus, ovat perustaltaan vertailevia käsitteitä, ja niillä on merkitystä vain sen edun tai haitan suhteen, joka yleispalvelun tarjoajalla on kilpailijoihinsa nähden.
- v) Asiassa C-389/08 annetussa tuomiossa Base tehty arviointi on myös nähtävä niiden sitovien velvoitteiden taustaa vasten, joita puitedirektiivissä ja yleispalveludirektiivissä asetetaan kansalliselle sääntelyviranomaiselle, sekä unionin oikeuden yleisten periaatteiden valossa. Puitedirektiivin ja yleispalveludirektiivin säännösten sekä unionin oikeuden yleisten periaatteiden pohjalta on selvää, että kilpailun vääristymisen minimointi on ComRegille kansallisena sääntelyviranomaisena asetettu sitova velvoite.
- vi) ComReg on vahvistanut erittäin korkean raja-arvon sille, että kannattavuuteen ja/tai kykyyn hankkia pääomalle kohtuullinen tuotto kohdistuvaa vaikutusta voitaisiin pitää merkittävänä, ja vasta raja-arvon ylittymisen jälkeen voitaisiin arvioida, asettaako rasite yleispalvelun tarjoajan epäedulliseen kilpailuasemaan. Tämän takia ComReg ei täyty puitedirektiivin ja yleispalveludirektiivin mukaisia velvoitteitaan kansallisena sääntelyviranomaisena.
- vii) Menetelmä sen arvioimiseksi, ovatko yleispalveluvelvollisuuden nettokustannukset asettaneet yleispalvelun tarjoajan epäedulliseen kilpailuasemaan, arvioimalla, onko yleispalvelun tarjoajan sijoitetun pääoman tuotto asiaankuuluvana vuonna ylittänyt sen keskimääräisen pääomakustannuksen, on virheellinen. ComRegin lähestymistavassa otetaan huomioon ainoastaan se, onko yleispalvelun tarjoaja kyennyt ottamaan kustannukset vastaan ilman, että sen sijoitetun pääoman tuotto on laskenut sen keskimääräisen pääomakustannuksen tasolle. Sitä paitsi raja-arvossa otetaan huomioon Eircomin kiinteiden yhteyksien koko liiketoiminnan eli sekä vähittäis- että tukkukaupan sijoitetun pääoman tuotto eikä (pelkästään

- vähittäiskauppaa koskevaan) yleispalveluvollisuuteen liittyvän liiketoiminnan sijoitetun pääoman tuottoa.
- viii) Yleispalvelun rahoituksen määrääminen yksipuolisesti yhden liikeyrityksen velvollisuudeksi kilpailluilla markkinoilla yksinomaan sillä perusteella, että kansallinen sääntelyviranomaisen arvioi liikeyrityksellä olevan siihen varaa lyhyellä tai keskipitkällä aikavälillä, ei voi koskaan muodostaa objektiivista oikeutusta tehdä niin. Se seikka, että yleispalvelun tarjoajan sijoitetun pääoman tuotto on korkeampi kuin sen keskimääräinen pääomakustannus, ei ilman muita tietoja riitä **[alkup. s. 14]** osoittamaan, että yleispalvelun tarjoaja kykenee ottamaan kustannukset vastaan sen vaikuttamatta haitallisesti yleispalvelun tarjoajan kilpailuasemaan markkinoilla. Se ei kerro mitään yleispalvelun tarjoajan tai sen kilpailijoiden markkinavoimasta, ja se indikoi huonosti markkinaedellytyksiä ja yleispalveluvollisuuden kilpailuvaikutuksia.
- ix) Eircomin asiantuntijaekonomistin laskema jokaisen markkinatoimijan sijoitetun pääoman tuotto asianomaisella kaudella esitetään liitteessä H. Eircomin palkkaama riippumaton asiantuntijaekonomisti katsoo lukujen osoittavan, että Eircomin keskimääräinen sijoitetun pääoman tuotto ajanjaksolla 2010–2015 on heikoin kaikista analyysissä tarkastelluista operaattoreista.
- x) ComRegin Eircomille määrittämän keskimääräisen pääomakustannuksen käyttö ei ole asianmukainen viitearvo: riippumaton asiantuntijaekonomisti todistaa, että monilla toimialoilla yritysten tuotto on keskimääräisen pääomakustannuksen yläpuolella ja jokaisen näillä markkinoilla toimivan operaattorin kannattavuustaso on reippaasti yli Eircomiin sovelletun keskimääräisen pääomakustannuksen. Yleispalveluvollisuuden tavoitteena on taata, että tietyt perusviestintäpalvelut ovat käyttäjien saatavilla kohtuuhintaan. Sen tavoitteena ei ole leikata yleispalvelun tarjoajan liikevoittoa kilpaillussa ympäristössä. Yleispalveluvollisuuden kustannusten määrääminen yksipuolisesti yleispalvelun tarjoajalle, vaikka se saattaa yleispalvelun tarjoajan epäedulliseen kilpailuasemaan ja vaikka yleispalvelun tarjoajan tärkeimpiin kilpailijoihin ei ole kohdistettu mitään toimenpiteitä, joilla niiden tuottoja alennettaisiin vastaavasti, on vastoin puitedirektiivin ja yleispalveludirektiivin tavoitteita varmistaa oikeasuhteisuus ja välttää syrjintä ja kilpailun vääristyminen.
- xi) Eircomin asiantuntijaekonomisti todistaa, että kyseisen testin läpäiseminen olisi vuonna 2010/2011 edellyttänyt 244 miljoonan euron nettokustannuksia (62 % tuloksesta ennen korkoja ja veroja) ja vuosina, joilta rahoitusta on haettu, alhaisin määrä, joka olisi läpäissyt tämän testin jonakin vuonna, olisi ollut 51 miljoonan euron nettokustannukset (23 % tuloksesta ennen korkoja ja veroja), eikä ComRegin asiantuntijaekonomisti kiistä tätä.

- xii) ComRegin päätöksiinsä omaksuma testi merkitsisi, että kohtuutonta rasietta aiheutuisi ainoastaan, jos Eircomin koko kiinteiden yhteyksien liiketoimintaa koskeva sijoitetun pääoman tuotto olisi laskenut tasolle, jolla, jos tilanne jatkuisi, Eircomilla alkaisi asiantuntijaekonomistin todistuksen mukaan olla vaikeuksia hankkia uutta pääomaa. Tämä on vastoin sääntelyjärjestelmää, jonka tavoitteena on edistää tehokasta kilpailua.
- xiii) Siltä osin kuin asiassa C-389/08 annetussa tuomiossa tehdyt arviot ovat merkityksellisiä sellaisten markkinoiden kannalta, joilla on vain yksi yleispalvelun tarjoaja, siitä siis seuraa, että kansallisen sääntelyviranomaisen on ensiksi tehtävä yritysکوhtainen arvio yleispalvelun tarjoajalle aiheutuvista todellisista nettokustannuksista soveltamatta mitään yleisiä oletamia positiivisten nettokustannusten ja kohtuuttoman rasiitteen välisestä suhteesta ja toiseksi sääntelyviranomaisen on täytettävä yleispalveludirektiivin mukainen sitova velvoite ja määritettävä, onko kyseessä kohtuuton rasite ottamalla huomioon täydellinen tosiasiallinen tilanne markkinoilla, joilla yleispalvelun tarjoaja toimii; ja [alkup. s. 15]
- xiv) Yleispalvelun tarjoajan nettokustannukset vaikuttavat merkittävästi Eircomin kannattavuuteen ja kykyyn hankkia kohtuullinen tuotto, koska nettokustannukset merkitsevät Eircomille ylimääräisiä kustannuksia, joita sen kilpailijoilla ei ole, eikä Eircomilla ole mitään tasoittavaa etua (kuten kvasimonopolin markkinavoimaa vähittäiskaupan markkinoilla), jolla ylimääräisistä kustannuksista koituvan rasiitteen aiheuttama haitta voitaisiin kuitata. Sitä, *vaikuttavatko* nettokustannukset *merkittävästi* kannattavuuteen ja/tai kykyyn hankkia kohtuullinen tuotto, ei voida määrittää kannattavuutta koskevan raja-arvon avulla ja sulkemalla samalla pois kilpailun vääristymiä ja objektiivisia perusteluja koskevat näkökohdat.

ComRegin kanta

- 44 ComRegin kanta, siltä osin kuin se on merkityksellinen niiden riitakysymysten kannalta, joiden takia asianosaiset ovat pyytäneet 267 artiklan mukaista ennakkoratkaisua, on seuraava:
- i) Asiassa C-389/08 annetussa tuomiossa tehtyjen arvioiden mukaan on keskityttävä yleispalvelun tarjoajan kykyyn kestää nettokustannukset yleispalvelun tarjoajan ominaisuuksien pohjalta. Testissä analysoidaan yksipuolisesti yhteisön kykyä kestää rasite, siinä ei analysoida kaikkia markkinoilla toimivia kilpailijoita ja niiden kunkin kykyä kestää nettokustannukset.
- ii) Yleispalveludirektiivissä ei ainoastaan sallita, että kansalliset sääntelyviranomaiset vahvistavat yleisesti ja erotuksetta arviointiperusteet, joiden avulla on mahdollista määrittää, voidaanko rasietta pitää kohtuuttomana, vaan asiassa C-389/08 annetun tuomion Base pohjalta siinä suorastaan vaaditaan kansallisia sääntelyviranomaisia tekemään niin.

Arviointiperusteita ei ole vahvistettu direktiivissä eikä unionin tuomioistuin ole vahvistanut niitä, vaan jokaisen kansallisen sääntelyviranomaisen on ratkaistava perusteet. Siitä syystä ei ole mikään ihme, että jokainen jäsenvaltio on hyväksynyt omat arviointiperusteensa ja että ne vaihtelevat eri jäsenvaltioissa.

- iii) Asiassa C-389/08 annetussa tuomiossa lähtökohdaksi otettu testi on suunnattu siihen, ovatko nettokustannukset liiallisia yleispalvelun tarjoajan sietokykyyn nähden mainittujen arviointiperusteiden pohjalta, ja niissä keskitytään yleispalvelun tarjoajan ominaisuuksiin.
- iv) Asiassa C-389/08 annetussa tuomiossa lähtökohdaksi otettu testi huomioon ottaen kannattavuus on ratkaiseva peruste, kun määritetään Eircomin kykyä kestää nettokustannukset.
- v) ComReg väittää lujasti, että Eircomin kannattavuus ja kyky hankkia sijoitetulle pääomalle kohtuullinen tuotto ovat sen rahoitustilanteen mittareita, joita on asianmukaista käyttää, kun arvioidaan Eircomin kykyä kestää nettokustannusten aiheuttama rasite. ComReg vakuuttaa, että sääntelyelimen määräämä sallittu keskimääräinen pääomakustannus on asianmukainen kilpailukykyä osoittava tuottotason viitearvo arvioinnissa käytettäväksi. Sääntelyviranomaiset ja kilpailuasioita käsittelevät viranomaiset käyttävät yleisesti keskimääräistä pääomakustannusta viitearvona mitaamaan tuottoa, jonka sijoittajat (eli osakkeenomistajat ja luotonantajat) voivat odottaa saavansa liikeyritykseen tekemästään sijoituksesta. Keskimääräinen pääomakustannus edustaa sijoittajalle yritykseen sijoittamisesta koituvan riskin ottamisen vaihtoehtokustannusta tai toisin sanoen tuottoa, jonka sijoittaja vaatisi sijoituksen viitearvona. **[alkup. s. 16]**
- vi) Oxeran raporteissa ja ComRegin päätöksissä on keskitytty Eircomin ominaisuuksiin ja Eircomin kykyyn kestää nettokustannukset, ja niissä on päätelty, että nettokustannukset eivät olleet Eircomin sietokykyyn nähden testin mukaisesti liiallisia.
- vii) Yhteisön kyky kompensoida jonkin osa-alueen tappioita toisella osa-alueella tekemiensä voittojen avulla on merkityksellinen suhteessa kykyyn kestää yleispalveluvollisuuden nettokustannukset, ja tällä periaatteella on yhtymäkohtia asiassa C-389/08 annetun tuomion perusteluihin.
- viii) Eircom korostaa olevan kohtuutonta, että sen on pitänyt kestää 45 miljoonan euron rasite viiden vuoden aikana, ottamatta huomioon, että samalla ajanjaksolla Eircomin tulos ennen korkoja ja veroja oli 1,397 miljardia euroa. Se on merkittävää, kun otetaan huomioon, että kohtuuttoman rasitteen arviointi on suunnattu yleispalvelun tarjoajan kykyyn kestää nettokustannukset.

- ix) Vakavaa kyllä, Eircom ei esitä näyttöä siitä, että yleispalveluvollisuuden nettokustannukset olisivat vaikuttaneet merkittävästi sen kannattavuuteen ja kykyyn hankkia sijoitetulle pääomalleen kohtuullinen tuotto. Eircom ei liioin väitä, että yleispalveluvollisuuden nettokustannus johtaisi kannattamattomuuteen (koska yritys on kannattava) tai, mikä vielä tärkeämpää, että se ei kykenisi kestämään kustannuksia. Voittojen absoluuttinen taso sekä sijoitetun pääoman tuottoa ja keskimääräistä pääomakustannusta koskeva analyysi osoittavat, etteivät nettokustannukset ole merkittävästi vaikuttaneet Eircomin kannattavuuteen. Otetaan esimerkiksi vuosi 2010/2011, jolloin Eircom toimi kilpaillussa ympäristössä, ja sen tulos ennen korkoja ja veroja oli 388 miljoonaa euroa, kun taas sen vastattavana olevat kyseisen vuoden nettokustannukset olivat 7,5 miljoonaa euroa.
- x) Asiassa C-389/08 annetussa tuomiossa Base ei missään kohdin esitetä tai tueta ehdotusta, jonka mukaan ComRegin olisi arvioitava yleispalvelun tarjoajan kilpailijoita, niiden voittoa, markkinaosuutta tai hyötyä, jonka ne saavat yleispalveluvollisuudesta. Asiassa C-389/08 annetussa tuomiossa Base ei ehdoteta, että olisi toteutettava tämältyyppinen markkina-analyysi tai että olisi tehtävä jonkinlaista vertailua Eircomin ja sen kilpailijoiden välillä, ennen kuin määritetään, kykeneekö Eircom kestämään nettokustannuksista aiheutuvan rasitteen.
- xi) ComReg väittää lujasti, että kilpailijoiden markkinaosuudet ja niiden menestymistrendit (joita Eircom puoltaa käytettäväksi) tuskin indikoivat ja vielä vähemmän määrittävät Eircomin kykyä kestää nettokustannukset. Eircomin liitteessä H esittämästä muiden markkinatoimijoiden sijoitetun pääoman tuotosta ComReg toteaa, että kyseinen sijoitetun pääoman tuottoa koskeva analyysi esittää kilpailijoiden kannattavuudesta vaihtelevia ja ristiriitaisia tietoja ja että tiedoilla ei missään tapauksessa ole mitään merkitystä arvioinnin kannalta.
- xii) Jos kohtuuttoman rasitteen arviointi edellyttäisi tällaista markkina-analyysia, voitaisiin kohtuudella odottaa, että se olisi ilmoitettu samanlaisin tai vastaavin sanamuodoin puitedirektiivissä tai yleispalveludirektiivissä, taikka unionin tuomioistuimien olisi voinut mainita tämän asiassa C-389/08 annetussa tuomiossa Base; unionin tuomioistuimien ei kuitenkaan tehnyt niin.
- xiii) ComRegin menetelmässä otetaan huomioon kilpailutilanne markkinoilla, koska jos todettaisiin, että positiiviset nettokustannukset vaikuttavat merkittävästi yleispalvelun tarjoajan kannattavuuteen, tällöin ComReg arvioisi, vaikuttavatko kyseiset nettokustannukset yleispalvelun tarjoajan kykyyn kilpailla tasapuolisin edellytyksin kilpailijoiden kanssa tulevaisuudessa. Lisäksi ComReg ja [alkup. s. 17] Oxera tarkastelivat päätöksen 40 mukaisen analyysin yhteydessä markkinanäkökohtia kannattavuusarvioinnin laajempina kontekstina (myös Eircomin hinnoittelua ja sen osuutta kiinteiden yhteyksien markkinoista). Tämä voidaan nähdä

esimerkiksi taulukosta 5.1 ja jokaiseen päätökseen liitetystä Oxeran raporttien päätelmistä. Liitteessä D on esimerkkinä vuotta 2014/2015 koskeva raportti.

- xiv) Kannattavuus on kilpaillussa ympäristössä vahva indikaattori, eikä kannattavuusarvioinnin tulos ole irrallinen kilpailunäkökohdista.
- xv) Yleispalveluvollisuuden nettokustannukset – rahamäärän vaikutus – ovat tämän valituksen riitakysymys, eivät muut yleispalveluvollisuuden laatuvaatimukset, joilla saattaisi olla vaikutuksia kilpailuun, kuten sijainnista riippumaton keskimääräinen hinta.
- xvi) Ei ole epäilystäkään siitä, että kun unionin tuomioistuin ratkaistessaan asiaa C-389/08, Base, määrittäi asianmukaisen testin kohtuuttoman rasisitteen toteamiseksi, unionin tuomioistuin piti tärkeinä vaatimuksia, jotka koskevat syrjimättömyyttä ja oikeasuhteisuutta sekä sitä, että markkinoiden vääristyminen ja markkinaehdoista poikkeaminen pidetään niin vähäisenä kuin mahdollista; ja
- xvii) ComRegin palkkaama asiantuntijaekonomisti on vakuuttunut siitä, että sijoitetun pääoman tuoton ja keskimääräisen pääomakustannuksen vertailu on asianmukaista osana yleispalvelun tarjoajan taloudellisen tilanteen ja rahoitustilanteen arviointia.

X ENNAKKORATKAISUPYYNNÖN PERUSTELUT

- 45 Asianosaiset ovat erimielisiä unionin tuomioistuimen asiassa C-389/08, Base, tekemien päätelmien merkityksestä ja niiden soveltamisesta kohtuuttoman rasisitteen arviointiin silloin, kun markkinoilla on vain yksi yleispalvelun tarjoaja, ja yleisemmin siitä, mikä on oikea testi kohtuuttoman rasisitteen määrittämiseksi.
- 46 Asiassa C-389/08, Base, tehty ratkaisu ei koske tilannetta, jossa asianomaisilla markkinoilla on useita televiestintäpalvelujen tarjoajia mutta vain yksi yleispalvelun tarjoaja. Tällainen tilanne vallitsee Irlannissa. Pääasian riitakysymysten ratkaisemiseen tarvitaan unionin tuomioistuimen ohjausta. Lisäksi unionin tuomioistuimen ohjeet kiinnostavat todennäköisesti tuomioistujia muissa jäsenvaltioissa, sillä Irlanti tuskin on ainoa jäsenvaltio, jonka televiestintämarkkinat on vapautettu ja jossa tällainen riitakysymys voi tulla esiin.

XI ENNAKKORATKAISUKYSYMYKSIÄ

Olosuhteissa, joissa **[alkup. s. 18]**

- i) televiestintämarkkinat on vapautettu ja markkinoilla toimii useita televiestintäpalvelujen tarjoajia

ii) kansallinen sääntelyviranomaisen on valinnut yhden palveluntarjoajan hoitamaan yleispalveluvollisuuksia (jäljempänä yleispalvelun tarjoaja)

iii) kansallinen sääntelyviranomaisen on määrittänyt, että yleispalveluvollisuuksien hoitamiseen liittyy positiivisia nettokustannuksia (jäljempänä yleispalveluvollisuuden nettokustannukset), ja

iv) kansallinen sääntelyviranomaisen on määrittänyt, että yleispalveluvollisuuden nettokustannukset ovat olennaisia verrattuna hallinnollisiin kustannuksiin, joita syntyy kustannusten jakojärjestelmän perustamisesta yleispalveluvollisuuden nettokustannusten jakamiseksi markkinoille osallistujien kesken,

jos kansallisen sääntelyviranomaisen on yleispalveludirektiivin 2002/22 mukaisten velvoitteidensa nojalla harkittava, ovatko yleispalveluvollisuuden nettokustannukset liiallisia yleispalvelun tarjoajan sietokykyyn nähden, kun otetaan huomioon kaikki yrityksen ominaisuudet, erityisesti sen varustetaso, taloudellinen tilanne ja rahoitustilanne sekä markkinaosuus (kuten tuomion Base 42 kohdassa määrätään), onko kansallisen sääntelyviranomaisen direktiivien mukaisesti sallittua tehdä kyseinen arviointi ottamalla huomioon yksinomaan yleispalvelun tarjoajan ominaisuudet tai tilanne, vai onko arvioitava yleispalvelun tarjoajan ominaisuudet tai tilanne suhteessa sen kilpailijoihin asianomaisilla markkinoilla?