



Datum van inontvangstneming : 29/09/2021

**Zaak C-494/21**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

11 augustus 2021

**Verwijzende rechter:**

High Court (Ierland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

30 juli 2021

**Verzoekende partij:**

Eircom Limited

**Verwerende partij:**

Commission for Communications Regulation

---

**DE HIGH COURT (nationale rechter in eerste aanleg, Ierland)**

**AFDELING HANDELSZAKEN**

[*OMISSIS*]

[*OMISSIS*]

[Procedurale aspecten] [*OMISSIS*] [**Or.2**] [*OMISSIS*]

**GELAST** dat de vraag zoals verwoord in de door deze rechter op 5 mei 2021 gegeven schriftelijke beslissing krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wordt verwezen naar en verwijst die vraag hierbij naar het Hof van Justitie van de Europese Unie, zodat het Hof daarover een uitspraak kan doen. Deze vraag luidt als volgt:

Gegeven de situatie waarin:

- (i) de telecommunicatiemarkt is geliberaliseerd en er op deze markt diverse aanbieders van telecommunicatiediensten zijn;

(ii) de nationale regelgevende instantie (hierna: „NRI”) één dienstenaanbieder (hierna: „aanbieder van de universele dienst” of „USP”) heeft geselecteerd om universeledienstverplichtingen (hierna: „UDV’s”) te vervullen; **[Or.3]**

(iii) de NRI heeft vastgesteld dat bij de vervulling van UDV’s sprake is van positieve nettokosten (hierna: „nettokosten van de UDV”); en

(iv) de NRI heeft vastgesteld dat de nettokosten van de UDV aanzienlijk zijn, vergeleken met de administratieve kosten van de invoering van een gezamenlijke financieringsregeling voor marktpartijen ten aanzien van de nettokosten van de UDV:

Indien de NRI op grond van haar verplichtingen krachtens de Universeledienstrichtlijn 2002/22 moet bepalen of de nettokosten van de UDV onevenredig hoog zijn ten opzichte van de draagkracht van de betrokken USP, gelet op alle kenmerken van de USP, met name het niveau van zijn uitrusting, zijn economische en financiële situatie en zijn marktaandeel (zie punt 42 van het arrest Base), mag de NRI dan krachtens de richtlijnen bij die beoordeling uitsluitend de kenmerken/situatie van de USP in aanmerking nemen of moet de NRI de kenmerken/situatie van de USP beoordelen ten opzichte van zijn concurrenten op de betrokken markt?

[OMISSIS] **[Or.4]** [OMISSIS]

1 [OMISSIS] [Afkortingen]

[OMISSIS] **[Or.5]** [OMISSIS]

## **I. DE VERWIJZENDE RECHTER**

2 [OMISSIS]

## **II. PARTIJEN IN HET HOOFDGEDING EN HUN VERTEGENWOORDIGERS**

3 [OMISSIS]

4 [OMISSIS]

5 [OMISSIS]

6 [OMISSIS] **[Or.6]** [OMISSIS]

### III. VOORWERP VAN HET HOOFDGEDING EN RELEVANTE FEITEN

- 7 Het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie is nodig voor de juiste toepassing van het arrest van 6 oktober 2010, Base (C-389/08, EU:C:2010:584), dat gaat over de uitlegging van de universeledienstrichtlijn en meer in het bijzonder de beoordeling van een onredelijke last, waarbij geldt dat op de Ierse markt sprake is van slechts één USP, maar verschillende aanbieders van telecommunicatiediensten.
- 8 Het hoofdgeding betreft een door Eircom krachtens Regulation 4 van de European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 (kaderregeling inzake Europese Gemeenschappen (elektronischecommunicatienetwerken en -diensten) 2011; hierna: „kaderregeling”) ingesteld beroep bij de Ierse High Court.
- 9 Eircom verzoekt om een voorziening naar aanleiding van vijf beschikkingen van ComReg, die heeft geoordeeld dat de nettokosten voor Eircom voor de vervulling van UDV's met betrekking tot de aanbidding van toegang op vaste locaties over de jaren 2010-2011 tot en met 2014-2015 geen onredelijke last voor Eircom vormden en dat de financieringsverzoeken van Eircom krachtens artikel 11 van de European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 (regeling universele dienst en gebruikersrechten inzake Europese Gemeenschappen (elektronischecommunicatienetwerken en -diensten) 2011; hierna: „regeling universele dienst”) derhalve moesten worden afgewezen.

### IV. CHRONOLOGISCH OVERZICHT

- 10 Op 30 juni 2010 heeft ComReg na een openbare raadpleging Eircom opnieuw als USP aangewezen met betrekking tot de aanbidding van toegang op vaste locaties voor een periode van twee jaar en met betrekking tot alle overige aspecten van de UDV, van 1 juli 2010 tot en met 30 juni 2012. In daaropvolgende beschikkingen is Eircom opnieuw aangewezen voor bepaalde aspecten van de universele dienst en zijn de voorwaarden en verplichtingen vanwege de situatie op de markt aangepast. Eircom is tot op heden in Ierland de enige USP voor de aanbidding van toegang op vaste locaties, spraakdiensten en openbare betaaltelefoons.
- 11 Op 31 mei 2011 heeft ComReg na een aantal openbare raadplegingen beschikking 04/11 gepubliceerd, bestaande uit een reeks genummerde beschikkingen waarin de beginselen en methodes voor de berekening van de nettokosten van de UDV en de inkomsten zijn vermeld evenals de beginselen [Or.7] en methodes voor de berekening van andere voordelen van de UDV en welke benadering zou worden gehanteerd om te bepalen of als gevolg van de nettokosten sprake was van een onredelijke last voor de USP. De bepalingen van de betrokken beschikkingen waarin deze benadering is opgenomen, staan in bijlage A.

- 12 Tussen september 2014 en maart 2016 heeft Eircom krachtens Regulation 11 van de regeling universele dienst verzoeken ingediend voor de financiering van de nettokosten van de UDV voor elk van de vijf jaren tussen 2010-2011 en 2014-2015.
- 13 Op 18 april 2019 heeft ComReg na een openbare raadpleging ten aanzien van elk van de vijf verzoeken vijf beschikkingen gepubliceerd (hierna: „beschikkingen”) en geoordeeld dat de positieve nettokosten die Eircom had gemaakt voor de vervulling van de UDV in elk van de jaren 2010-2011 tot en met 2014-2015 in geen enkel geval een onredelijke last vormden.
- 14 Op 15 mei 2019 heeft Eircom tegen de beschikkingen beroep ingesteld op grond dat ComReg ten onrechte had geoordeeld dat geen sprake was van een onredelijke last voor Eircom.

## V. BESTREDEN BESCHIKKINGEN

- 15 Voor ieder jaar waarvoor Eircom om financiering heeft verzocht heeft ComReg een afzonderlijke beschikking gegeven. Deze beschikkingen zijn tezamen gepubliceerd en in alle gevallen is bepaald dat de nettokosten geen onredelijke last voor Eircom vormden.
- 16 ComReg heeft berekend dat de nettokosten van de UDV voor Eircom voor de periode van vijf jaar in totaal bijna 43 miljoen EUR bedroegen. De positieve nettokosten die ComReg voor elk jaar heeft vastgesteld, zijn vermeld in bijlage B.
- 17 De door Eircom behaalde winst voor aftrek van rente en belastingen (EBIT) met betrekking tot haar vastelijnactiviteiten bedroeg over de betrokken periode van vijf jaar 1,397 miljard EUR. Het cijfer voor elk afzonderlijk jaar is vermeld in bijlage C.
- 18 ComReg heeft zich voor elk van de beschikkingen gebaseerd op een „Unfair Burden Report” (rapport onredelijke last) dat Oxera, een economisch adviesbureau, voor het betrokken jaar had opgesteld. Het rapport van Oxera voor het jaar 2014-2015 is bij wijze van voorbeeld bij bijlage D gevoegd en de daarbij behorende beschikking van ComReg is in bijlage E opgenomen.
- 19 In elke beschikking is bepaald dat er sprake was van verifieerbare en geverifieerde rechtstreekse nettokosten, dat de voordelen van de UDV niet opwogen tegen de nettokosten (dat wil zeggen dat de nettokosten **[Or.8]** positief waren), en dat de positieve nettokosten substantieel waren, vergeleken met de administratieve kosten van een gezamenlijke financieringsregeling (waardoor werd voldaan aan de voorwaarden van (i), (ii) en (iii)(a) in beschikking 38, zoals vermeld in bijlage A).
- 20 In elk van haar rapporten heeft Oxera geconcludeerd dat de nettokosten van de UDV in de desbetreffende periode geen significant effect hadden op de

rentabiliteit van de USP en de mogelijkheid voor de USP om een redelijk rendement op het geïnvesteerde vermogen te behalen (welke beoordeling op grond van beschikking 40 moest worden verricht, zoals vermeld in bijlage A).

- 21 De door Oxera gehanteerde (en door ComReg vastgestelde) maatstaf voor de bepaling of Eircom al dan niet een redelijk rendement behaalde, was de vergelijking van enerzijds het rendement op het geïnvesteerde vermogen („ROCE<sup>1</sup>”) in relatie tot het financiële resultaat van Eircom met anderzijds de gereguleerde gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet („WACC”), die eerder door ComReg was vastgesteld. In het rapport voor 2014-2015 bijvoorbeeld is vastgesteld dat het ROCE voor de vastlijnactiviteiten (retail en groothandel) van Eircom, inclusief de nettokosten, 11,4 % bedroeg, terwijl de gereguleerde toegestane WACC van Eircom 8,18 % bedroeg (voor de vastlijnactiviteiten was het ROCE inclusief de nettokosten in elk onderzocht jaar hoger dan de WACC). Bijlage F bevat een tabel met deze cijfers voor ieder onderzocht jaar. Oxera heeft als „bredere context” voor de door haar uitgevoerde rentabiliteitsanalyse ook bijkomende indicatoren van de financiële positie en de economische situatie van Eircom in aanmerking genomen (hoewel Eircom van mening is dat Oxera geen betekenis aan deze indicatoren toekende), zoals Eircoms eigen marktaandeel van de vastlijnenmarkt qua omzet, de ontwikkeling in de tijd van Eircoms gemiddelde omzet per gebruiker en de ontwikkeling in de tijd van het aantal klanten van Eircom. Oxera heeft voor elk onderzocht jaar geconcludeerd dat de nettokosten van de UDV geen significant effect hadden op de rentabiliteit van Eircom en op de mogelijkheid voor Eircom om een redelijk ROCE te behalen en dat derhalve, gelet op de draagkracht van Eircom, de last van de nettokosten in de betrokken periode niet onevenredig groot was.
- 22 Oxera heeft verklaard dat zij op basis van de verrichte analyse derhalve niet had beoordeeld of de nettokosten een wezenlijk effect hadden op de mogelijkheid voor Eircom om op voet van gelijkheid met concurrenten te blijven concurreren op grond van beschikking 41 (als vermeld in bijlage A).
- 23 ComReg heeft geconcludeerd dat uit de vaststelling dat er geen significant effect was op de rentabiliteit van Eircom en op de mogelijkheid voor Eircom om een redelijk ROCE te behalen, ten aanzien van elk relevant jaar bleek dat Eircom door de nettokosten geen significant concurrentienadeel had ondervonden. Bijgevolg was ComReg van oordeel dat het in beschikking 41 van beschikking 04/11 genoemde onderzoek naar concurrentievervalsing niet noodzakelijk was. **[Or.9]**
- 24 Noch ComReg noch Oxera heeft onderzoek gedaan naar de concurrenten van Eircom op deze markt. Zowel in de rapporten van Oxera als in de beschikkingen van ComReg is de aandacht gericht op de kenmerken van Eircom.

<sup>1</sup> Het ROCE is een boekhoudkundige indicator voor de winstgevendheid die de relatie weergeeft tussen het bedrijfsresultaat en het geïnvesteerde vermogen in een onderneming.

## **VI. TELECOMMUNICATIEMARKT VOOR VASTE LIJNEN IN IERLAND**

- 25 In bijlage G staan de nationale marktaandelen van de marktpartijen op de Ierse markt voor vaste lijnen voor het grootste deel van de betrokken periode, zoals deze zijn opgenomen in de *Market Review* (marktanalyse) van ComReg voor 2015: zoals daaruit blijkt, daalde het nationale marktaandeel van Eircom (de vroegere monopolist) met betrekking tot het aantal aansluitingen voor vaste telefonie van 74,5 % (Q1, 2010) naar 47,2 % (Q4, 2014); het nationale aandeel van bijvoorbeeld Virgin steeg daarentegen in diezelfde periode van 5 % naar 21,7 %. Volgens de *Market Review* van ComReg voor 2014 bleek uit een enquête onder huishoudens in 2013 dat het marktaandeel van Virgin in Dublin 42 % was tegenover een aandeel van 44 % voor Eircom.
- 26 Aangezien Eircom de enige aangewezen onderneming is die op een aantal markten voor vaste lijnen (groothandel en retail) aanmerkelijke marktmacht bezit, in die zin dat haar groothandels- en retailprijzen gereguleerd zijn, is Eircom de enige marktpartij voor wie ComReg een WACC heeft toegepast. Niet het bedrag van de gereguleerde WACC wordt betwist, maar wel of de toepassing daarvan bij de beoordeling van een onredelijke last geëigend is.
- 27 De USP is in het bijzonder verplicht om gevolg te geven aan elk redelijk verzoek van een lid van het publiek om te worden aangesloten op het openbare communicatienetwerk op een vaste locatie tegen een door de USP vastgestelde nationale eenheidsprijs (geografisch gemiddelde prijs of „GAP”).
- 28 Het merendeel van de nettokosten van de UDV (meer dan 85 % in de periode 2014-2015) is het gevolg van het aanbieden van UDV-diensten aan onrendabele klanten in rendabele gebieden of rendabele klanten in onrendabele gebieden.
- 29 Hoewel het belang van deze kwesties voor het beroep wordt betwist, staat het in beginsel vast dat een van de kenmerken van een concurrerende telecommunicatiemarkt is dat andere aanbieders dan USP's ook ervan profiteren als consumenten die anders niet aangesloten zouden zijn, op het netwerk worden aangesloten („positieve externe effecten”) of dat het binnen een dergelijke concurrerende markt ook gangbaar is dat alle aanbieders van diensten in theorie de krenten uit de pap kunnen halen in meer lucratieve geografische centra.

## **VII. TOEPASSELIJKE WETTELIJKE BEPALINGEN [Or.10]**

- 30 Ten tijde van de feiten bestond het Unierechtelijke kader voor elektronische communicatienetwerken uit de kaderrichtlijn (richtlijn 2002/21/EG) en vier bijzondere richtlijnen, waarvan de universeledienstrichtlijn in casu van belang is.
- 31 In de kaderrichtlijn is bepaald dat elke lidstaat een of meer bevoegde lichamen als nationale regelgevende instantie aanwijst en dat dit lichaam of die lichamen belast

zijn met de wettelijke verplichtingen uit de kaderrichtlijn zelf en uit elk van de bijzondere richtlijnen. In artikel 3, lid 3, is bepaald dat „[de] lidstaten [...] ervoor [zorgen] dat de nationale regelgevende instanties hun bevoegdheden onpartijdig en op transparante wijze uitoefenen.”

- 32 ComReg is als regelgevende instantie in de Ierse sector elektronische communicatie de nationale regelgevende instantie in de zin van de kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen.
- 33 In de artikelen 7 en 8 van de kaderrichtlijn staan de beginselen die de nationale regelgevende instantie moet hanteren, waaronder non-discriminatie, het waarborgen van concurrentie, evenredigheid en transparantie.<sup>2</sup>
- 34 De volgende bepalingen van de universeledienstrichtlijn zijn van belang voor de kwesties in deze procedure die aanleiding hebben gegeven tot het verzoek van partijen om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU:
- artikel 1, waarin de doelstellingen en het fundamentele karakter van de universele dienst zijn omschreven;
  - artikel 3, waarin aan de lidstaten verplichtingen worden opgelegd om ervoor te zorgen dat de universele dienst beschikbaar is met inachtneming van een aantal specifieke beginselen;
  - artikel 12, waarin de te nemen stappen worden beschreven wanneer een nationale regelgevende instantie van oordeel is dat voor een USP sprake is van een onredelijke last;
  - artikel 13, waarin is bepaald dat indien een nationale regelgevende instantie heeft vastgesteld dat aan een USP een onredelijke last is opgelegd, de lidstaten op verzoek van de USP, kunnen besluiten een mechanisme in te voeren waarmee de USP voor de vastgestelde nettokosten onder transparante voorwaarden uit publieke middelen wordt gecompenseerd, en/of de nettokosten van de UDV's te verdelen onder de verschillende aanbieders van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten op de markt;
  - deel A van bijlage IV, betreffende de correcte berekening van de nettokosten van de UDV's<sup>3</sup>. **[Or.11]**
- 35 Op nationaal niveau is in Regulatorio 11 van de regeling universele dienst (S.I. nr. 337/2011)<sup>4</sup> bepaald dat de USP bij ComReg een aanvraag kan indienen voor de vaststelling dat de nettokosten van de UDV een onredelijke last vormen.

<sup>2</sup> Ook van belang zijn artikel 2, onder g), artikel 3, lid 1, en de overwegingen 1 en 36 van de kaderrichtlijn.

<sup>3</sup> De volgende overwegingen zijn ook van belang voor de kwesties in deze procedure: overwegingen 2, 3, 4, 18, 21 en 23.



- 36 In Regulation 12 is bepaald dat indien ComReg vaststelt dat sprake is van een onredelijke last voor de USP, zij de nettokosten van de UDV moet verdelen over de aanbieders van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten.

### VIII. Arrest BASE (C-389/08)

- 37 Tussen partijen bestaat verschil van mening over de betekenis van de conclusies van het Hof van Justitie in zaak C-389/08 Base en de toepassing daarvan bij de beoordeling of er sprake is van een onredelijke last indien er op de markt slechts één USP is, en over de vraag welke toets moet worden gehanteerd bij de bepaling van wat meer in het algemeen een onredelijke last is. Derhalve moet het Hof van Justitie hoofdzakelijk worden gevraagd hoe het arrest Base (C-389/08) op deze zaak moet worden toegepast.
- 38 De feitelijke achtergrond die aanleiding gaf tot de prejudiciële verwijzing in die zaak, werd gevormd door een wettelijke regeling op grond waarvan alle operatoren op de markt USP's konden zijn indien hun klanten aanspraak konden maken op sociale tarieven. Volgens het Belgische recht werd een operator gecompenseerd indien het aantal door de operator toegestane sociale tarieven hoger was dan het aantal dat overeenstemde met zijn marktaandeel.
- 39 De nettokosten werden echter niet berekend aan de hand van de kenmerken van elke operator afzonderlijk, maar waren gebaseerd op de kosten van Belgacom, de historische aanbieder.
- 40 In de punten 42 en 43 heeft het Hof van Justitie als volgt geoordeeld ten aanzien van de betekenis van „onredelijke last”:<sup>5</sup>

*„Dienaangaande blijkt uit punt 21 van de considerans van richtlijn 2002/22 dat de gemeenschapswetgever de mechanismen ter dekking van de nettokosten die de levering van de universele dienst voor een onderneming kan meebrengen heeft willen koppelen aan de voorwaarde dat deze onderneming een onredelijke last draagt. Aangezien hij dienaangaande van mening is dat de nettokosten van de universele dienst niet noodzakelijkerwijs voor alle betrokken ondernemingen een onredelijke last vormen, heeft hij willen uitsluiten dat alle nettokosten voor het aanbieden van de universele dienst automatisch recht op compensatie verlenen. Bijgevolg is de [Or.12] onredelijke last waarvan de nationale regelgevende instantie het bestaan moet vaststellen alvorens compensatie te kunnen toekennen, de last die onevenredig groot is ten opzichte van de draagkracht van elk van de*

<sup>4</sup> European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 (regeling universele dienst en gebruikersrechten inzake Europese Gemeenschappen (elektronischecommunicatienetwerken en -diensten) 2011).

<sup>5</sup> Dezelfde beginselen zijn te vinden in het arrest Commissie/België (C-222/08), over een niet-nakomingsprocedure door de Commissie.

*betrokken ondernemingen, gelet op al haar eigen kenmerken, met name het niveau van haar uitrusting, haar economische en financiële situatie en haar marktaandeel.*

*Bij gebreke van preciseringen dienaangaande in richtlijn 2002/22 staat het weliswaar aan de nationale regelgevende instantie om op algemene en objectieve wijze de criteria vast te stellen op basis waarvan drempels kunnen worden bepaald waarboven een last, gelet op de in het vorige punt genoemde kenmerken, als onredelijk kan worden beschouwd, maar dat neemt niet weg dat deze instantie slechts kan vaststellen dat de last voor het aanbieden van de universele dienst onredelijk is in de zin van artikel 13 van deze richtlijn, indien zij de situatie van elk van de betrokken ondernemingen specifiek aan deze criteria toetst.”*

- 41 Het staat vast dat zowel ComReg als de Ierse High Court gebonden zijn aan het beginsel van loyale samenwerking bij de toepassing van de conclusies van het Hof van Justitie. Maar partijen zijn het oneens over de correcte uitlegging van het arrest Base (C-389/08) en de correcte toepassing ervan op de onderhavige feitelijke situatie.

## **IX. STANDPUNTEN VAN PARTIJEN OVER DE JURIDISCHE KWESTIES**

- 42 Partijen zijn het erover eens dat ComReg wettelijk verplicht is om vast te stellen of de kosten (exclusief de voordelen) van de vervulling van de UDV een onredelijke last vormen voor de USP. Tussen partijen bestaat echter verschil van mening over de betekenis van de conclusies van het Hof van Justitie in het arrest Base (C-389/08) en de toepassing daarvan bij de beoordeling of er sprake is van een onredelijke last indien er op de markt slechts één USP is, en over de vraag welke toets moet worden gehanteerd bij de bepaling wat meer in het algemeen een onredelijke last is.

### ***Standpunt van Eircom***

- 43 Voor zover van belang voor de kwesties die aanleiding hebben gegeven tot het verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, heeft Eircom het volgende standpunt ingenomen:
- (i) voor de vaststelling of de UDV op een concurrerende markt een onredelijke last vormt, is een analyse van de concurrentie vereist om te beoordelen of de eenzijdige oplegging van de nettokosten van de UDV op de USP de concurrentie verstoort doordat de USP ten opzichte van zijn concurrenten op de markt een concurrentienadeel ondervindt;
  - (ii) bij de beoordeling in hoeverre de USP in staat is de nettokosten van de UDV te dragen, moet niet alleen naar de eigen kenmerken van Eircom worden gekeken, maar ook naar die van haar concurrenten. De door Eircom

- ingeschakelde onafhankelijke deskundige econoom heeft aangevoerd dat **[Or.13]** er zonder die beoordeling een gerede kans zou zijn dat er een situatie ontstaat waarin alle aanbieders van communicatiediensten profiteren van de positieve externe effecten van de UDV, maar alleen de USP de kosten ervan draagt, ondanks het feit dat de USP daartoe niet veel beter in staat is, hetgeen per definitie als onredelijk moet worden beschouwd omdat voor een dergelijk verschil in behandeling geen objectieve rechtvaardiging bestaat;
- (iii) de verwijzingen in het arrest Base (C-389/08) naar de noodzaak om de eigen kenmerken van een USP in aanmerking te nemen, moeten in de feitelijke context van die zaak worden beschouwd, waarin sprake was van meerdere USP's en de aan de nationale regelgevende instantie verweten handelwijze erin betond de mogelijk onredelijke last die op elk van die USP's rustte, op algemene wijze te beoordelen. De opmerkingen van het Hof van Justitie moeten in dat licht worden gezien en niet als een opdracht om de kenmerken van slechts één onderneming op een concurrerende markt in aanmerking te nemen;
  - (iv) voorts zijn de kenmerken die op grond van de in het arrest Base (C-389/08) genoemde toets in aanmerking moeten worden genomen, zoals de kwaliteit van de uitrusting en het marktaandeel, in wezen vergelijkende kenmerken waarvan het belang slechts in het voordeel of in het nadeel van de USP kan zijn ten opzichte van zijn concurrenten;
  - (v) de conclusies in het arrest Base (C-389/08) moeten ook worden begrepen in het kader van de op de nationale regelgevende instantie rustende bindende verplichtingen krachtens de kaderrichtlijn en de universeledienstrichtlijn en in het licht van de algemene beginselen van het Unierecht. Uit de bepalingen van de kaderrichtlijn en van de universeledienstrichtlijn en uit de algemene beginselen van het Unierecht blijkt duidelijk dat aan ComReg als nationale regelgevende instantie de bindende verplichting is opgelegd om verstoring van de mededinging tot een minimum te beperken;
  - (vi) het feit dat ComReg een zeer hoge drempel vaststelt die moet worden gehaald alvorens zij in overweging neemt of er een „*significant effect*” is op de rentabiliteit en/of de mogelijkheid om een redelijk rendement te behalen voordat de vraag wordt beoordeeld of de USP door een last al dan niet een concurrentienadeel ondervindt, zorgt ervoor dat ComReg als nationale regelgevende instantie niet voldoet aan haar verplichtingen krachtens de kaderrichtlijn en de universeledienstrichtlijn;
  - (vii) de methode om te beoordelen of de USP door de nettokosten van de UDV een concurrentienadeel ondervindt door te bepalen of het ROCE van de USP in het desbetreffende jaar hoger was dan de WACC, is onjuist. ComReg houdt bij haar benadering alleen rekening met de vraag of de USP in staat is geweest om de kosten te dragen zonder dat zijn ROCE is gedaald tot het

- niveau van zijn WACC. Bovendien heeft de drempel betrekking op het ROCE van alle vastelijnactiviteiten van Eircom (retail en groothandel) en niet op dat van de UDV-activiteiten (waarbij het slechts gaat om retailactiviteiten);
- (viii) het aan één onderneming op een concurrerende markt opleggen van een eenzijdige verplichting om een universele dienst te financieren enkel en alleen omdat de nationale regelgevende instantie van mening is dat die onderneming zich dat op korte tot middellange termijn kan veroorloven, kan nimmer een objectieve rechtvaardiging daarvoor vormen. Het feit dat de USP een ROCE heeft dat hoger is dan zijn WACC, toont zonder nadere informatie [Or.14] niet aan dat de USP in staat is om de kosten te dragen zonder dat dit nadelige gevolgen voor zijn concurrentiepositie op de markt heeft. Het zegt niets over de marktmacht van de USP of de macht van zijn concurrenten en is een zwakke indicator voor de marktsituatie en het concurrentie-effect van de UDV;
  - (ix) het door de econoom van Eircom berekende ROCE van elk van de marktpartijen over de betrokken periode is te vinden in bijlage H. De door Eircom ingeschakelde onafhankelijke econoom heeft aangevoerd dat uit de cijfers blijkt dat Eircom over de periode 2010-2015 van alle onderzochte exploitanten het laagste gemiddelde ROCE had;
  - (x) de door ComReg voor Eircom vastgestelde WACC is geen goede maatstaf: de onafhankelijke econoom heeft aangetoond dat bedrijven in veel sectoren een rendement behalen dat boven de WACC ligt en dat elke exploitant op deze markt winstcijfers heeft die ruim boven de voor Eircom toegepaste WACC liggen. De UDV is een wettelijke verplichting die tot doel heeft om ervoor te zorgen dat gebruikers voor betaalbare prijzen toegang hebben tot een aantal basistelecommunicatiediensten, en niet om de door de USP in een concurrerende omgeving behaalde rendementen in te perken. Het eenzijdig aan een USP opleggen van de kosten van de UDV is, ook als de USP daardoor een concurrentienadeel ondervindt en ongeacht het feit dat voor zijn grootste concurrenten geen maatregelen gelden om hun winsten tot een vergelijkbaar niveau te verlagen, in strijd met de doelstellingen van de kaderrichtlijn en de universeledienstrichtlijn om te zorgen voor evenredigheid en om discriminatie en verstoring van mededinging te voorkomen;
  - (xi) volgens de door de econoom van Eircom geleverde bewijzen, die niet door de econoom van ComReg zijn betwist, hadden de nettokosten om aan deze toets te voldoen in 2010-2011 244 miljoen EUR moeten bedragen (gelijk aan 62 % van de winst voor aftrek van rente en belastingen) en zou in de jaren waarvoor om financiering was verzocht het laagste bedrag aan nettokosten dat in een van de jaren aan deze toets zou hebben voldaan 51 miljoen EUR zijn geweest (gelijk aan 23 % van de winst voor aftrek van rente en belastingen);

- (xii) de door ComReg in haar beschikkingen gehanteerde toets zou inhouden dat er slechts sprake is van een onredelijke last wanneer het ROCE van Eircom voor alle vastelijactiviteiten – langdurig – tot een niveau zou dalen waarop het voor Eircom, volgens de econoom, problematisch zou worden om nieuw kapitaal aan te trekken. Dit is in strijd met de regelgeving die tot doel heeft om daadwerkelijke mededinging te stimuleren.
- (xiii) voor zover de conclusies uit het arrest Base (C-389/08) van belang zijn voor markten met één enkele USP, volgt hieruit dat de nationale regelgevende instantie ten eerste de werkelijke nettokosten voor een USP afzonderlijk moet beoordelen zonder algemene aannames te hanteren over de relatie tussen positieve nettokosten en een onredelijke last, maar moet zij vervolgens, ten tweede, voldoen aan haar bindende verplichting krachtens de universeledienstrichtlijn om vast te stellen of in de volledige feitelijke context van de markt waarin de USP actief is sprake is van een onredelijke last; en **[Or.15]**
- (xiv) de nettokosten van de UDV hebben een significant effect op de rentabiliteit van Eircom en op de mogelijkheid voor Eircom om een redelijk rendement te behalen, omdat aan Eircom extra kosten worden opgelegd die haar concurrenten niet hebben, zonder dat Eircom ter compensatie van de extra kostenlast een voordeel krijgt (zoals marktmacht als quasimonopolist op de retailmarkt). De vraag of er een „*significant effect*” is op de rentabiliteit en/of de mogelijkheid om een redelijk rendement te behalen kan niet worden bepaald op basis van een rentabiliteitsdrempel waarbij overwegingen van verstoring van mededinging en objectieve rechtvaardiging worden uitgesloten.

### ***Standpunt van ComReg***

- 44 Voor zover van belang voor de kwesties die aanleiding hebben gegeven tot het verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, heeft ComReg het volgende standpunt ingenomen:
- (i) uit de conclusies in het arrest Base (C-389/08) volgt dat moet worden gekeken naar de mogelijkheid voor de USP om de nettokosten te dragen gelet op de eigen kenmerken van de USP. De toets voorziet in een eenzijdige analyse van de eigen draagkracht van een onderneming en niet in een analyse van alle concurrenten op de markt en de mogelijkheid voor hen om de nettokosten te dragen;
  - (ii) de universeledienstrichtlijn staat het de nationale regelgevende instanties niet alleen toe om op algemene en objectieve wijze de criteria vast te stellen op basis waarvan kan worden bepaald of een last als onredelijk kan worden beschouwd, maar verplicht de nationale regelgevende instanties daartoe ook gelet op het arrest Base (C-389/08). Deze criteria zijn niet in de richtlijn of door het Hof vastgelegd, maar dienen door elke nationale regelgevende

- instantie te worden bepaald. Het is dan ook geen verrassing dat elke lidstaat zijn eigen criteria heeft vastgesteld en dat deze van lidstaat tot lidstaat verschillen;
- (iii) bij de in het arrest Base (C-389/08) aangevoerde toets gaat het om de vraag of de nettokosten, gelet op de draagkracht van de USP, onevenredig hoog zijn in het licht van de vastgestelde criteria die zien op de kenmerken van de USP;
  - (iv) gelet op de in het arrest Base (C-389/08) aangevoerde toets is rentabiliteit een beslissende variabele voor de bepaling of Eircom in staat is de nettokosten te dragen;
  - (v) ComReg betoogt dat de rentabiliteit van Eircom en de mogelijkheid voor Eircom om een redelijk ROCE te behalen, maatstaven van haar financiële positie zijn en dat zij correct worden toegepast bij de beoordeling van de vraag of Eircom in staat is de last van de nettokosten te dragen. ComReg voert aan dat de gereguleerde toegestane WACC een correcte, marktconforme rendementsnorm is voor gebruik bij de beoordeling. De WACC wordt vaak door regelgevende en andere instanties in mededingingszaken gebruikt als maatstaf voor het rendement dat beleggers (dat wil zeggen aandeelhouders en kapitaalverstrekkers) kunnen verwachten van hun investering in een onderneming. WACC staat voor de alternatieve kosten voor een belegger voor het aanvaarden van het risico om in een onderneming te investeren of met andere woorden het rendement dat een belegger nodig heeft om een investering te doen; **[Or.16]**
  - (vi) de rapporten van Oxera en de beschikkingen van ComReg zijn gericht op de kenmerken van Eircom en op de mogelijkheid voor Eircom om de nettokosten te dragen en komen tot de conclusie dat de nettokosten gelet op de draagkracht van Eircom niet onevenredig hoog waren, conform die toets;
  - (vii) de mogelijkheid van kruissubsidiëring uit behaalde winst is voor een onderneming van belang voor de mogelijkheid om de nettokosten van de UDV te dragen en aan de redenering van het arrest Base (C-389/08) ligt het beginsel van kruissubsidiëring ten grondslag;
  - (viii) Eircom benadrukt dat zij het onredelijk vindt een last van 45 miljoen EUR over vijf jaar te moeten dragen, maar gaat eraan voorbij dat Eircoms EBIT in diezelfde periode 1,397 miljard EUR bedroeg. Dat is van belang aangezien de beoordeling of sprake is van een onredelijke last zich richt op de mogelijkheid voor de USP om de nettokosten te dragen;
  - (ix) Eircom levert geen bewijs dat de nettokosten van de UDV een significant effect hadden op de rentabiliteit van Eircom en op de mogelijkheid voor Eircom om een redelijk ROCE te behalen. Eircom stelt evenmin dat de nettokosten van de UDV zorgen voor een gebrek aan rentabiliteit (aangezien er geen gebrek aan rentabiliteit is) of belangrijker nog voor het ontbreken

- van draagkracht. De absolute winsten en de analyse van het ROCE ten opzichte van de WACC tonen aan dat de nettokosten geen significant effect hadden op de rentabiliteit van Eircom. Voor bijvoorbeeld het jaar 2010-2011, waarin Eircom in een concurrerende omgeving actief was, bedroeg haar EBIT 388 miljoen EUR terwijl de positieve nettokosten voor dat jaar 7,5 miljoen EUR bedroegen;
- (x) in het arrest Base (C-389/08) is geenszins vastgesteld en daarin wordt op geen enkele wijze de stelling ondersteund dat ComReg een onderzoek moet doen naar de concurrenten van de USP, hun winst, hun marktaandeel en de voordelen die zij met de UDV behalen. In het arrest Base (C-389/08) wordt op geen enkele wijze gesuggereerd dat een dergelijke marktanalyse moet worden verricht of dat Eircom en haar concurrenten op enige wijze moeten worden vergeleken alvorens te bepalen of Eircom de last van de nettokosten kan dragen;
  - (xi) ComReg betoogt dat de marktaandelen van de concurrenten en hun groeicijfers (zoals door Eircom naar voren gebracht) niets zeggen over – laat staan bepalend zijn voor – de mogelijkheid voor Eircom om de nettokosten te dragen. Ten aanzien van het door Eircom in bijlage H genoemde ROCE van andere marktpartijen betoogt ComReg dat deze ROCE-analyse veranderlijke en tegenstrijdige gegevens over de rentabiliteit van concurrenten laat zien en hoe dan ook niet relevant is voor het onderzoek;
  - (xii) als voor de beoordeling van een onredelijke last een dergelijke marktanalyse vereist is, valt redelijkerwijs te verwachten dat dit vereiste in de kaderrichtlijn of in de universeledienstrichtlijn in soortgelijke bewoordingen was opgenomen, of had het Hof van Justitie dat in het arrest Base (C-389/08) kunnen noemen, hetgeen niet het geval is;
  - (xiii) de methode van ComReg houdt wel degelijk rekening met de concurrentiesituatie op de markt aangezien ComReg, wanneer vaststaat dat positieve nettokosten een significant effect op de rentabiliteit van een USP hebben, zal beoordelen of dergelijke nettokosten een wezenlijk effect hebben op de mogelijkheid voor een USP om op voet van gelijkheid met concurrenten te blijven concurreren. Daarnaast hebben ComReg en [Or.17] Oxera, in het kader van de analyse van beschikking 40, als bredere context voor de rentabiliteitsbeoordeling marktfactoren in aanmerking genomen (waaronder de tariefstelling van Eircom en haar marktaandeel vaste lijnen), zoals bijvoorbeeld te zien is in tabel 5.1 en in de conclusie van de aan elk van de beschikkingen gehechte rapporten van Oxera, waarvan een voorbeeld voor 2014-2015 te vinden is in bijlage D;
  - (xiv) rentabiliteit is een sterke indicator voor een door concurrentie gekenmerkt klimaat en de uitkomst van een rentabiliteitsbeoordeling staat niet los van concurrentieoverwegingen;

- (xv) in deze procedure gaat het om de nettokosten van de UDV – de impact van een geldbedrag – en niet om andere kwalitatieve vereisten van de UDV die gevolgen voor de mededinging kunnen hebben, zoals GAP;
- (xvi) bij de uitspraak in het arrest Base (C-389/08) Base had het Hof van Justitie, toen het de correcte toets vaststelde om te bepalen of sprake is van een onredelijke last, ongetwijfeld voornamelijk de vereisten van non-discriminatie, evenredigheid en minimale beperking van verstoring van de markt alsmede de mogelijke afwijking van marktvoorwaarden voor de USP, in gedachten, en
- (xvii) de door ComReg ingeschakelde econoom heeft zich ervan vergewist dat de vergelijking van het ROCE met de WACC in het kader van de beoordeling van de economische en financiële positie van een USP opportuun is.

## **X. MOTIVERING VAN DE PREJUDICIËLE VERWIJZING**

- 45 Tussen partijen bestaat verschil van mening over de betekenis van de conclusies van het Hof van Justitie in het arrest Base (C-389/08) en de toepassing daarvan bij de beoordeling of er sprake is van een onredelijke last indien er op de markt slechts één USP is, en over de vraag welke toets moet worden gehanteerd bij de bepaling wat meer in het algemeen een onredelijke last is.
- 46 De uitspraak in het arrest Base (C-389/08) biedt geen oplossing voor de situatie waarin er op de markt meerdere aanbieders van telecommunicatiediensten zijn, maar slechts één USP. Die situatie doet zich voor in Ierland. Voor de beslechting van de kwesties in het hoofdgeding is een richtsnoer van het Hof van Justitie noodzakelijk. Daarbij is het aannemelijk dat het richtsnoer van het Hof van Justitie van belang is voor rechterlijke instanties in andere lidstaten. Ierland is waarschijnlijk niet de enige lidstaat met een geliberaliseerde telecommunicatiemarkt waar deze kwestie speelt.

## **XI. PREJUDICIËLE VRAAG:-**

Gegeven de situatie waarin:-**[OR.18]**

- (i) de telecommunicatiemarkt is geliberaliseerd en er op deze markt diverse aanbieders van telecommunicatiediensten zijn;
- (ii) de nationale regelgevende instantie (hierna: „NRI”) één dienstenaanbieder (hierna: „aanbieder van de universele dienst” of „USP”) heeft geselecteerd om universeledienstverplichtingen (hierna: „UDV’s”) te vervullen;
- (iii) de NRI heeft vastgesteld dat bij de vervulling van UDV’s sprake is van positieve nettokosten (hierna: „nettokosten van de UDV”); en



(iv) de NRI heeft vastgesteld dat de nettokosten van de UDV aanzienlijk zijn, vergeleken met de administratieve kosten van de invoering van een gezamenlijke financieringsregeling voor marktpartijen ten aanzien van de nettokosten van de UDV:

Indien de NRI op grond van haar verplichtingen krachtens de Universeledienstrichtlijn 2002/22 moet bepalen of de nettokosten van de UDV onevenredig hoog zijn ten opzichte van de draagkracht van de betrokken USP, gelet op alle kenmerken van de USP, met name het niveau van zijn uitrusting, zijn economische en financiële situatie en zijn marktaandeel (zie punt 42 van het arrest Base), mag de NRI dan krachtens de richtlijnen bij die beoordeling uitsluitend de kenmerken/situatie van de USP in aanmerking nemen of moet de NRI de kenmerken/situatie van de USP beoordelen ten opzichte van zijn concurrenten op de betrokken markt?