Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
P. MENGOZZI
представено на 28 април 2016 година*

Дело C-28/15

Koninklijke KPN NV
KPN BV
T-Mobile Netherlands BV
Vodafone Libertel BV
Tele2 Nederland BV
Ziggo BV
Ziggo Services BV, по-рано UPC Nederland BV
Ziggo Zakelijk Services BV, по-рано UPC Business BV
срещу
Autoriteit Consument en Markt (ACM)(Преюдициално запитване, отправено от

College van Beroep voor het bedrijfsleven (Апелативен съд по административни спорове в икономическата област, Нидерландия)

„Преюдициално запитване — Обща регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги — Директива 2002/19/ЕО — Членове 8 и 13 — Директива 2002/21/ЕО — Членове 4, 8 и 19 — Препоръка 2009/396/ЕО — Правно значение — Ценови контрол и задължения, свързани със системата на отчитане на разходите — Цени на услугите по терминиране на фиксирани и мобилни повиквания — Задължения, наложени от национален регулаторен орган (НРО) на оператори със значителна пазарна сила — Обхват на съдебния контрол върху икономическите преценки на НРО“

I – Въведение

1. Сезиран с жалба срещу решение на национален регулаторен орган (наричан по-нататък „НРО“), с което се определя таван на цените на услугите по терминиране на фиксирани и мобилни повиквания, предоставяни от оператори със значителна пазарна сила, може ли национален съд — и въз основа на какви съображения — да се отклони от препоръка на Европейската комисия, приложена от този НРО? При утвърдителен отговор на този въпрос, овластен ли е този национален съд по-конкретно да контролира дали наложената от НРО ценова мярка е пропорционална на целите, преследвани от общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги, и може ли той да изисква от НРО да докаже в достатъчна степен, че въпросната ценова мярка действително дава възможност да се осъществят преследваните цели?

* Език на оригиналния текст: френски.

2. Това е по същество предметът на двата въпроса, поставени от College van Beroep voor het bedrijfsleven (Апелативен съд по административните спорове в икономическата област, Нидерландия) в контекста на тълкуването на член 4, параграф 1 и на член 8 от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги („Рамковата“ директива“)**, изменена с Директива 2009/140/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 25 ноември 2009 година*** (наричана по-нататък „Рамковата директива“), както и на членове 8 и 13 от Директива 2002/19/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно достъпа до електронни съобщителни мрежи и тяхната инфраструктура и взаимосвързаността между тях („Директива за достъпа“)****, изменена с Директива 2009/140 (наричана по-нататък „Директива „за достъпа“).

3. Тези въпроси се поставят в рамките на спор между няколко нидерландски телекомуникационни оператори, сред които Koninklijke KPN NV, и Autoriteit Consument en Markt (Орган по потребителски и пазарни въпроси, Нидерландия, наричан по-нататък „ACM“) по повод на решението на последния да определи таван на цените на услугите за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания, предоставяни от посочените оператори, основаващо се на примера за отчитане на разходите, описан и препоръчан в Препоръка 2009/396/ЕО на Комисията от 7 май 2009 година относно подхода за регулиране на цените за терминиране на фиксирана и мобилна връзка в ЕС*****.

II – Правна уредба

А– *Правото на Съюза*

1. Рамкова директива

4. Член 4 от Рамковата директива, озаглавен „Право на обжалване“, гласи:

„1. Държавите членки гарантират наличието на ефективни механизми на национално равнище, чрез които всеки ползвател или предприятие, предоставящо електронни съобщителни мрежи и/или услуги, засегнато от решение на [НРО], да има правото да обжалва решението пред апелативен орган, независим от страните по спора. Този орган, който може да бъде и съд, разполага с подходящ експертен потенциал, за да може ефективно да изпълнява функциите си. Държавите членки гарантират, че същността на спора е надлежно отчетена и действа ефективен механизъм за обжалване.

[…]“.

5. Член 7 от Рамковата директива предвижда следното:

„[…]

3. […] когато [НРО] възнамерява да предприеме дадена мярка, която:

а) попада в обхвата на членове 15 или 16 от настоящата директива, или членове 5 или 8 от [Директивата „за достъпа“]; и

** ОВ L 108, стр. 7; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 169.

*** ОВ L 337, стр. 37 и поправка в ОВ L 241, 2013 г., стр. 8.

**** ОВ L 108, стр. 7; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13 том 35, стр. 169.

***** ОВ L 124, стр. 67.

б) би засегнала търговията между държавите членки,

той осигурява достъп до този проект за мярка едновременно на Комисията, [Органа на европейските регулатори в електронните съобщения (ОЕРЕС)]****** и на [НРО] в други държави членки, заедно с мотивите, на които се основава мярката […]. [НРО], ОЕРЕС и Комисията може да отправят бележки до въпросния [НРО] само в рамките на един месец.

[…]

7. Въпросният [НРО] отчита в максимална степен бележките на другите [НРО], ОЕРЕС и Комисията […].

[…]

6. Член 8 от Рамковата директива, озаглавен „Цели на политиката и регулаторни принципи“, предвижда следното:

„1. Държавите членки гарантират, че при изпълнение на регулаторните задачи, определени в настоящата директива и Специфични директиви, [НРО] да предприемат всички разумни мерки, насочени към постигането на целите, посочени в параграфи 2, 3 и 4. Такива мерки са пропорционални на тези цели.

[…]

2. [НРО] насърчават конкуренцията при доставката на електронни съобщителни мрежи, електронни съобщителни услуги и свързани съоръжения и услуги чрез, inter alia:

а) гарантиране, че ползвателите […] извличат максимална полза що се отнася до избора, цената и качеството;

б) гарантиране, че няма нарушаване или ограничаване на конкуренцията в сектора на електронните съобщения […];

[…]

3. [НРО] допринасят за развитието на вътрешния пазар чрез inter alia:

[…]

г) взаимно сътрудничество, сътрудничество с Комисията и ОЕРЕС, така че да бъде гарантирано развитието на последователна регулаторна практика и последователното прилагане на настоящата директива и на Специалните директиви*******.

4. [НРО] насърчават интересите на гражданите на Европейския съюз […]“.

7. Член 16 от тази директива, озаглавен „Процедура за анализ на пазара“, предвижда:

„[…]

****** Този орган е създаден с Регламент (ЕО) № 1211/2009 на Европейския парламент и на Съвета от 25 ноември 2009 г. (ОВ L 337, стр. 1).

******* Изразът „Специалните директиви“ се отнася по-специално за Директивата за достъпа.

2. Когато от [НРО] се изисква съгласно […] член 8 от [Директивата за достъпа], да определи дали да наложи, запази, измени или отмени задължения на предприятия, той определя въз основа на направения от него пазарен анализ, посочен в параграф 1 от настоящия член, дали съответният пазар е ефективно конкурентен.

3. Когато [НРО] заключи, че пазарът е ефективно конкурентен, той не налага или поддържа нито едно от специфичните регулаторни задължения, посочени в параграф 2 […]

4. Когато [НРО] определи, че съответен пазар не е ефективно конкурентен, той идентифицира предприятията, притежаващи отделно или съвместно с други значителна пазарна сила на този пазар в съответствие с член 14 и [НРО] налага на такива предприятия подходящи специфични регулаторни задължения, посочени в параграф 2 от настоящия член или запазва, или изменя такива задължения, когато те вече съществуват.

[…]

8. Член 19 от Рамковата директива, озаглавен „Процедури по хармонизация“, гласи:

„1. […] когато Комисията стигне до заключението, че различия в прилагането от страна на [НРО] на регулаторните задачи, определени в настоящата директива и в Специалните директиви, може да създадат бариера за вътрешния пазар, Комисията може, като отчита в максимална степен становището на ОЕРЕС, да приеме препоръка или решение за хармонизираното прилагане на разпоредбите от настоящата директива и Специалните директиви с оглед подпомагане постигането на целите, определени в член 8.

2. […]

Държавите членки гарантират, че [НРО] отчитат в максимална степен тези препоръки при изпълнение на своите задачи. Когато [НРО] предпочете да не следва дадена препоръка, той уведомява Комисията, като мотивира своята позиция.

[…]“.

2. Директивата за достъпа

9. Член 8 от Директивата за достъпа, озаглавен „Налагане, промяна или оттегляне на задължения“, предвижда следното:

„1. Държавите членки гарантират, че [НРО] са оправомощени да налагат задълженията, определени в членове от 9 до 13а.

2. Когато даден оператор е определен като притежаващ значителна пазарна сила на конкретен пазар в резултат на анализ на пазара, извършен в съответствие с член 16 от [Рамковата директива], [НРО] налагат при необходимост задълженията, предвидени в членове от 9 до 13 от настоящата директива.

[…]

4. Наложените в съответствие с настоящия член задължения се основават на характера на възникналия проблем и са пропорционални и обосновани в светлината на целите, посочени в член 8 от [Рамковата директива]. Такива задължения се налагат само след съгласуване в съответствие с разпоредбите на членове 6 и 7 от посочената директива.

[…]“.

10. Член 13 от Директивата за достъпа, озаглавен „Ценови контрол и задължения във връзка с отчитането на разходите“, има следното съдържание:

„1. В съответствие с разпоредбите на член 8 [НРО] могат да налагат задължения във връзка с възстановяването на разходите и ценовия контрол, включително задължения за разходоориентираност на цените и задължения във връзка със системите за отчитане на разходите при предоставянето на определени видове взаимно свързване и/или достъп в случаите, когато анализът на пазара разкрива, че липсата на ефективна конкуренция означава възможност на съответния оператор да поддържа прекомерно завишени цени или да прилага ценови натиск в ущърб на крайните ползватели. С цел насърчаване на инвестициите от оператора, включително в мрежи от следващо поколение, [НРО] вземат предвид инвестицията, направена от оператора и допускат разумна възвръщаемост на капитала, като отчитат всички рискове, специфични за конкретен нов инвестиционен проект за мрежа.

2. [НРО] гарантират, че всички наложени механизми за възстановяване на разходите или ценови методологии допринасят за повишаване на ефективността и устойчивата конкуренция и максимална полза за потребителите. В тази връзка [НРО] могат да вземат предвид съществуващите цени на сравними конкурентни пазари.

3. Когато на операторите е наложено задължение за ориентиране на цените към себестойността, върху тях пада тежестта да докажат, че таксите произтичат от себестойността, включително разумната възвръщаемост от инвестицията. За целите на изчисляването на разходите за ефективно предоставяне на услуги [НРО] могат да използват методи за отчитане на разходите, независими от методите, прилагани от съответното предприятие. [НРО] могат да изискват от операторите пълна обосновка на техните цени и корекция на цените при необходимост“.

3. Препоръка 2009/396

11. В съображение 1 от Препоръка 2009/396 се посочва следното:

„[…] по време на оценката на повече от 850 проектомерки, съобщени съгласно член 7 от [Рамковата директива], бе установено […], че все още съществува несъгласуваност в регулирането на цените за терминиране на гласови повиквания“.

12. Съображение 3 от Препоръка 2009/396 уточнява:

„Значителните отклонения в подхода за регулиране на цените за терминиране на фиксирана и мобилна връзка причиняват фундаментални нарушения в конкуренцията […]“.

13. Съображение 4 от същата препоръка посочва:

„Липсата досега на хармонизация в прилагането на принципите за отчитане на разходите в пазара на терминиране демонстрира нуждата от общ подход, който да предостави по-голяма правна сигурност и подходящи стимули за потенциални инвеститори, както и да намали регулаторното бреме върху съществуващите оператори, които понастоящем действат в няколко държави членки. […]“.

14. Съображение 7 от Препоръка 2009/396 уточнява:

„[…] Системата за таксуване в ЕС се основава на принципа „плаща мрежата на повикващата страна“, което означава, че таксата за терминиране се определя от повикваната мрежа и се плаща от повикващата мрежа. Повикваната страна не се таксува за тази услуга и обикновено няма стимул да реагира на определената от своя мрежов доставчик цена за терминиране. В този контекст прекомерната цена е основната грижа на [НРО] по отношение на конкуренцията. Високите цени за терминиране в крайна сметка се възстановяват чрез по-високи такси за повиквания за крайните потребители. Като се има предвид характерният за пазарите на терминиране двупосочен достъп, допълнителните потенциални проблеми за конкуренцията включват кръстосаното субсидиране между оператори. Тези потенциални проблеми за конкуренцията са обичайни за пазарите за терминиране както на фиксирана, така и на мобилна връзка. Поради това, предвид […] способността на операторите, осъществяващи крайната връзка, и […] стимулите за тях да повишават цените значително над разходите, ориентирането на цените към себестойността се счита за най-подходящата намеса за справяне с този проблем в средносрочна перспектива. […] Предвид специфичните характеристики на пазарите на терминиране на повикванията и свързаните с това проблеми по конкуренцията и дистрибуцията, Комисията отдавна прие, че въвеждането на общ подход, основаващ се на ефективен стандарт за разходите, и прилагането на симетрични цени за терминиране биха повишили ефикасността и устойчивата конкуренция и биха увеличили в максимална степен ползите за потребителите по отношение на офертите за цени и услуги“.

15. Съображение 13 от Препоръка 2009/396 предвижда:

„Като се имат предвид специфичните характеристики на пазарите на терминиране на повикванията, разходите за услугите по терминиране следва да се изчисляват въз основа на перспективните дългосрочни допълнителни разходи (ДДР). […] Моделите ДДР включват само тези разходи, които са предизвикани от предоставянето на определена добавка. Подходът на допълнителните разходи, при който се разпределят само ефективно направените разходи, които не биха възникнали, ако включената в добавката услуга не се предоставя повече (т.е. разходи, които могат да се избегнат), спомага за ефективно производство и потребление и свежда до минимум потенциалните нарушения на конкуренцията. Колкото по-голямо е отклонението на цените за терминиране от допълнителните разходи, толкова повече нарастват нарушенията в конкуренцията между пазарите на фиксирана и мобилна връзка и/или между операторите с асиметрични пазарни дялове и потоци на трафика. Поради това е оправдано прилагането на чист подход ДДР, при който съответната добавка е терминирането като услуга на едро и който включва само разходи, които могат да се избегнат. […]“.

16. Точки 1 и 2 от Препоръка 2009/396 имат следния текст:„1. Когато се налагат задължения за контрол върху цените и отчетност на разходите в съответствие с член 13 от [Директивата „за достъпа“] на операторите, определени от […] (НРО) като притежаващи значителна пазарна сила на пазарите на едро за терминиране на гласови повиквания по отделни обществени телефонни мрежи (наричани по-долу „пазари за терминиране на фиксирана и мобилна връзка“) в резултат на пазарен анализ, извършен в съответствие с член 16 от [Рамковата директива], НРО следва да определят цени за терминиране въз основа на разходите, направени от ефективен оператор. Това означава, че те биха били и симетрични. При извършването на това НРО следва да действат по начина, посочен по-долу.

2. Препоръчва се оценката на ефективните разходи да се основава на текущите разходи и на използването на подход „отдолу нагоре“ за моделиране, използващ дългосрочните допълнителни разходи (ДДР) като съответна методика за отчитане на разходите“.

17. Безспорно е, че препоръчаният от Комисията подход в Препоръка 2009/396/ЕО е подходът, наречен „BULRIC (*bottom-up long-run incremental costs*) strict“, който се състои основно в това да се вземат предвид само допълнителните разходи, свързани с предлагането на съответната услуга, като се приема, че услугата за терминиране на повикванията на пазара на едро е присъща допълнителна услуга и съдържа само разходи, които могат да се избегнат, а именно разходи, които могат да се избегнат, когато вече не се предоставя допълнителна услуга. Неизбежните разходи, каквито са общите разходи (разходите, които не са пряко свързани с предоставянето на специална услуга), и присъщите разходи (които могат да бъдат пряко свързани с повече от една услуга) следователно не се вземат предвид при този подход на изчисляване на разходите.

Б– *Нидерландското право*

18. Член 1.3, параграф 1 от Telecommunicatiewet (Закон за далекосъобщенията) в приложимата към фактите в главното производство редакция (наричан по-нататък „Закон за далекосъобщенията“) гласи следното:

„1. [ACM] гарантира, че решенията му ще допринасят за осъществяване на целите, посочени в член 8, параграфи 2—5 от [Рамковата директива], във всички случаи чрез:

a. поощряване на конкуренцията при доставка на електронни съобщителни мрежи, електронни съобщителни услуги и свързани с тях съоръжения, по-специално чрез насърчаване на ефективни инвестиции в инфраструктурата и иновациите;

b. развитие на вътрешния пазар;

c. подкрепа на интересите на крайните ползватели по отношение на избора, цената и качеството“.

19. Член 1.3, параграф 2 от Закона за далекосъобщенията предвижда, че при упражняване на задачите и компетентността си ACM трябва да държи сметка най-вече за препоръките на Комисията, за които става въпрос в член 19, параграф 1 от Рамковата директива. Ако ACM не приложи дадена препоръка, той трябва да информира Комисията за това, като ѝ съобщи мотивите за своето решение.

20. В член 6a.1 от този закон се посочва, че ACM, като НРО, трябва да определи съответните пазари в сектора на електронните съобщения. За тази цел, съгласно член 6a.1, параграф 5 от този закон, той трябва да определи дали въпросният пазар е действително конкурентен. Ако това не е така, ACM трябва, по силата на член 6a.2 от същия закон, да определи дали едно или повече предприятия имат значителна пазарна сила, както и целесъобразните задължения, които трябва да им бъдат наложени.

21. Член 6a.2, параграф 3 от Закона за далекосъобщенията добавя, че задължението по параграф 1 е целесъобразно, когато се основава на естеството на констатирания проблем на съответния пазар и е пропорционално и обосновано с оглед на целите по член 1.3.

22. Член 6a.7 от този закон предвижда следното:

„1. Съгласно член 6a.2, параграф 1 за форми на достъп, които той трябва да определи, [ACM] може да наложи задължение за контрол върху изчислените непосредствено преди това цени или върху отчитането на разходите, когато анализът на пазара показва, че съответният оператор може при липса на ефикасна конкуренция да поддържа цените на прекалено високо ниво или да свие маржовете, и в единия, и в другия случай в ущърб на крайните ползватели. [ACM] може да свърже със задължението правила, необходими за неговото правилно прилагане.

2. Задължение по параграф 1 може да предвижда обуславяне на достъпа от цена за достъп, ориентирана към себестойността или от прилагането на система за отчитане на разходите, определена или одобрена от [ACM].

3. Когато [ACM] наложи на определено предприятие задължение за ориентиране на цените към себестойността, това предприятие доказва, че неговите цени действително са определени в зависимост от разходите.

4. Без да се засягат разпоредбите на параграф 1, второ изречение, [ACM] може да свърже задължението за прилагане на система за отчитане на разходите с мерки за представяне на резултатите от прилагане на системата от предприятието, върху което тежи задължението. […]“.

III – Фактите в спора по главното производство и преюдициалните въпроси

23. В рамките на производство, предхождащо главното производство, Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) (Независим орган по пощи и далекосъобщения, Нидерландия, понастоящем ACM, който има качеството на НРО в областта на телекомуникациите), след като прави анализ на съответния пазар, с решение от 7 юли 2010 г. налага на операторите, предоставящи услуги по терминиране на фиксирани и мобилни повиквания в Нидерландия, ценови мерки съгласно модел за отчитане на разходите, наречен „BULRIC strict“. На 31 август 2011 г. College van Beroep voor het bedrijfsleven (Апелативен съд по административните спорове в икономическата област) отменя това решение, с мотива по-специално че трябва да се приложи друг модел на отчитане на разходите, а именно моделът „BULRIC plus“, който по същество също позволява да се вземат предвид и дори да се възстановят присъщи разходи (разходите, които могат да бъдат пряко свързани с повече от една услуга) и общи разходи (разходите, които не са пряко свързани с предоставянето на специална услуга) ********.

24. Впоследствие, след като ACM констатира, че на пазара на едро на услугите за терминиране на повиквания съществува опасност от прилагането на прекомерно високи цени, на 5 август 2013 г. приема решение (обжалваното в главното производство), с което определя таван на цените на посочените услуги. Тези цени са установени съгласно модела „BURLIC strict“, в съответствие с разпоредбите на Закона за далекосъобщенията, с които се транспонират членове 8 и 13 от Директивата за достъпа и Препоръка 2009/396. ACM приема, че този модел е целесъобразен за определяне на цените за терминиране на повиквания, ориентирани към себестойността, и че според тази препоръка това е единственият модел за ориентация на цените, който е в съответствие с правото на Съюза. Той приема, че ценова мярка, основаваща се на този модел на изчисление, отстранява опасността от прекомерно високи цени и от ценови натиск, като същевременно благоприятства конкуренцията, развитието на вътрешния пазар и интересите на крайните ползватели.

******** Въпросът дали съответните оператори могат да си възстановят тези две категории разходи при прилагане на модела „BULRIC strict“, е предмет на спорове между заинтересованите страни и отчасти е разгледан в точки 88—91 от настоящото заключение.

25. Koninklijke KPN, KPN BV, T-Mobile Netherlands BV и Vodafone Libertel BV, които са оператори, предоставящи именно услуги по терминиране на мобилни обаждания, подават жалба до запитващата юрисдикция за отмяна на решението на ACM от 5 август 2013 г., чието изпълнение е спряно в обезпечително производство с определение от 27 август 2013 г.

26. В производството по жалбата за отмяна, с която е сезирана запитващата юрисдикция, Koninklijke KPN, KPN, T-Mobile Netherlands и Vodafone Libertel поддържат, че ценово задължение, определено съгласно модела „BULRIC strict“, противоречи на член 6a.2, параграф 3 и на член 6a.7, параграф 2 от Закона за далекосъобщенията, които предвиждат съответно, че цената трябва да бъде ориентирана към себестойността и че задължението, наложено от ACM, трябва да бъде подходящо.

27. Те добавят, че всички доводи, изтъкнати от ACM относно очакваното положително въздействие на прилагането на модела „BULRIC strict“ върху структурата на цените, не могат да обосноват налагането на ценови задължения като тези, разглеждани в главното производство. Според тези оператори цените, определени в съответствие с този модел, водят до по-ниски цени за терминиране на повиквания от тези, които биха се постигнали на конкурентен пазар. Ето защо Препоръка 2009/396 не била съвместима с член 13 от Директивата за достъпа.

28. Запитващата юрисдикция отбелязва, че според нея текстът на член 6a.7, параграф 2 от Закона за далекосъобщенията не позволява да се подкрепи доводът, че може да бъде наложена форма на ценово регулиране, която надхвърля ценово регулиране, вече прието като ориентирано към себестойността.

29. Тя счита обаче, че по-строго задължение за определяне на цени може да бъде разрешено, ако е пропорционално и обосновано с оглед на естеството на проблема, констатиран на съответния пазар, и ако то преследва целите, определени в член 8, параграфи 2—4 от Рамковата директива. В този случай според запитващата юрисдикция ACM трябва да определи дали съответната ценова мярка е подходяща за постигане на набелязаната цел и дали тя не надхвърля необходимото за постигане на тази цел. Освен това той трябва да обясни причините за решението си и да установи баланс между всички засегнати интереси.

30. Същевременно запитващата юрисдикция си поставя въпроса, първо, за интересите, между които може или трябва да се установи баланс, както и за тежестта, която може или трябва да бъде придадена на всеки от тези интереси при анализа, който трябва да се извърши преди налагане на ценови задължения. Второ, тя си поставя въпроса какво значение трябва да бъде придадено в делото по главното производство на факта, че в Препоръка 2009/396 Комисията препоръчва модела „BULRIC strict“ за приемане на подходяща ценова мярка на пазара на едро на услуги за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания.

31. При тези условия запитващата юрисдикция решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли член 4, параграф 1 от Рамковата директива във връзка с членове 8 и 13 от Директивата „за достъпа“ да се тълкува в смисъл, че когато разглеждат спор относно законосъобразността на наложена от [НРО] разходоориентирана цена на пазара на едро за терминиране на повиквания, националните съдилища могат да се произнесат в различен смисъл от този, който би съответствал на Препоръка [2009/396], в която [моделът „BULRIC strict“] е препоръчан като подходяща ценова мярка на пазарите на терминиране на повиквания, ако смятат, че това е необходимо с оглед на фактическите обстоятелства по отнесения до тях случай и/или с оглед на съображения, произтичащи от националното, съответно наднационалното право?

2) Ако отговорът на първия въпрос е утвърдителен, доколко в такъв случай при преценката на разходоориентираната ценова мярка националните съдилища могат:

   а) в светлината на член 8, параграф 3 от Рамковата директива да оценяват довода на НРО, че се насърчава развитието на вътрешния пазар, в зависимост от мащаба на действителното въздействие върху функционирането на вътрешния пазар?

   б) в светлината на целите на политиката и на регулаторните принципи, закрепени в член 8 от Рамковата директива и в член 13 от Директивата „за достъпа“, да проверяват дали ценовата мярка е:

      i) съразмерна;

      ii) подходяща;

      iii) пропорционална и обоснована?

   в) да изискват от НРО да докаже в достатъчна степен:

      i) че действително се осъществява посочената в член 8, параграф 2 от [Рамковата директива] политическа цел НРО да насърчават конкуренцията при доставката на електронни съобщителни мрежи и електронни съобщителни услуги и че ползвателите действително извличат максимална полза, що се отнася до избора, цената и качеството;

      ii) че действително се осъществява посочената в член 8, параграф 3 от [Рамковата директива] политическа цел да се допринася за развитието на [вътрешния] пазар; и

      iii) че действително се осъществява посочената в член 8, параграф 4 от Рамковата директива политическа цел да се насърчават интересите на гражданите [на Европейския съюз]?

   г) в светлината на член 16, параграф 3 от [Рамковата директива] и на член 8, параграфи 2 и 4 от Директивата „за достъпа“ при проверката дали ценовата мярка е подходяща да вземат предвид обстоятелството, че мярката действа на пазар, на който регулираните предприятия притежават значителна пазарна сила, но в избраната форма [„BULRIC strict“] обслужва една от целите на [Рамковата директива], а именно насърчаването на интересите на крайните потребители, на друг пазар, който не попада в обхвата на регулиране?“.

IV – Производство пред Съда

32. Тези въпроси са предмет на писмените становища на част от страните — жалбоподатели в главното производство, на Tele2 Nederland BV, на Ziggo BV, на Ziggo Services BV и на Ziggo Zakelijk Services BV, встъпили страни в спора по главното производство********, на нидерландското, италианското, полското и финландското правителство, както и на Комисията. В съдебното заседание от 16 март 2016 г. са изслушани устните състезания на тези заинтересовани страни, както и на германското правителство, с изключение на Tele2 Nederland и на италианското и полското правителство, които не бяха представлявани.

V – Анализ

A– *Предварителни бележки*

33. Рамковата директива установява хармонизирана рамка за регулирането на електронните съобщителни услуги, електронните съобщителни мрежи и свързаните с тях съоръжения и услуги. Тази директива определя задачите, възложени на НРО, и установява съвкупност от процедури за осигуряване на хармонизираното прилагане на регулаторната рамка в целия Съюз*********.

34. Рамковата директива възлага на НРО специфични задачи по регулиране на пазарите на електронни съобщения.

35. При изпълнение на своите задачи НРО трябва да държат сметка най-вече за целите съгласно член 8 от Рамковата директива. В съответствие с член 8, параграф 1 от тази директива държавите членки са задължени да гарантират, че НРО предприемат всички разумни мерки, насочени към постигането на посочените в същия член цели. Последната разпоредба уточнява и че взетите от НРО мерки трябва да бъдат пропорционални на тези цели.

36. По силата на разпоредбите на Рамковата директива НРО са задължени, в тясно сътрудничество с Комисията, да определят съответните пазари в сектора на електронните съобщения и да преценят дали тези пазари са ефективно конкурентни**********. Ако пазарът не е ефективно конкурентен, съответният НРО е овластен да налага регулаторни задължения ex ante на предприятията, които имат значителна пазарна сила на този пазар.

37. Когато НРО налага такива задължения, той трябва да взема предвид прогласените в член 8 от Рамковата директива цели, а регулаторните задължения ex ante трябва да бъдат пропорционални и обосновани с оглед на посочените цели**********.

38. Съгласно член 13, параграф 1 от Директивата за достъпа, тези регулаторни задължения ex ante могат да съдържат, наред с други, и задължения за ориентация на цените към себестойността и задължения във връзка със системите за отчитане на разходите при предоставянето на определени видове взаимосвързаност и/или достъп в случаите, когато анализът на пазара разкрива, че липсата на ефективна конкуренция означава възможност на

******** Тези четири страни са подали жалби срещу решението на АСМ, които се отнасят до въпроси, които не са нито в основата на спора по главното производство, нито на преюдициалните въпроси. В съдебно заседание представителят на Ziggo, на Ziggo Services и на Ziggo Zakelijk Services посочва, че тези дружества са главните оператори, които прилагат цените за терминиране на обаждания в Нидерландия.

********* Вж. в този смисъл решение от 3 декември 2009 г., Комисия/Германия (C-424/07, EU:C:2009:749, т. 53).

********** Членове 15 и 16 от Рамковата директива.

********** Вж. член 8, параграф 4 от Директивата за достъпа и решение от 3 декември 2009 г., Комисия/Германия (C-424/07, EU:C:2009:749, т. 60).

съответния оператор да поддържа прекомерно завишени цени или да прилага ценови натиск в ущърб на крайните потребители. Член 13, параграф 2 от Директивата за достъпа изисква наложените механизми за възстановяване на разходите или ценови методологии да допринасят за повишаване на ефективността и устойчивата конкуренция и максимална полза за потребителите.

39. В главното производство не се спори, че АСМ е наложил ценови задължения ex ante, по смисъла по-специално на член 13, параграф 1 от Директивата за достъпа********** на операторите, които този орган е определил като имащи значителна пазарна сила на пазара на едро за терминиране на повиквания в Нидерландия, под формата на таван на цени, ориентирани към себестойността, основани на модела за отчитане на разходите, препоръчан от Комисията в Препоръка 2009/396, а именно модела, наречен „BULRIC strict“. Освен това е важно да се уточни, че запитващата юрисдикция не поставя въпрос на Съда за валидността на тази препоръка, противно на това, което изглежда са предложили жалбоподателите в главното производство**********.

40. В делото по главното производство не се оспорва също така, че налагането на ценови задължения ex ante, въз основа на ориентация на цените към себестойността, е оправдано с оглед на липсата на конкуренция и на особеностите на пазара на едро за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания, както се подчертава в съображение 7 от Препоръка 2009/396, цитирано в точка 14 от настоящото заключение.

41. Запитващата юрисдикция обаче си поставя по същество въпроса дали ценовите мерки, приети от АСМ въз основа на препоръчания в Препоръка 2009/396 модел за отчитане на разходите „BULRIC strict“, не са прекомерни и дали, както изтъкват жалбоподателите в главното производство, ценовият таван, основан на малко по-различен модел за изчисление, а именно на модела, наречен „BULRIC plus“, даващ възможност на съответните оператори да възстановят неизбежните разходи, каквито са общите и присъщите разходи**********, на съответния пазар, би бил достатъчен, тъй като ценовата мярка, която се основава на този модел, вече отговаря на изискванията за ориентация на цените към себестойността.

42. Конкретно, както става ясно от преписката по делото, прилагането на модела за отчитане на разходите „BULRIC strict“ води до установяване на ценови таван за терминиране на мобилните повиквания на 1,019 евроцента на минута, докато при прилагане на модела „BULRIC plus“ той е 1,861 евроцента на минута. Относно терминиране на фиксираните повиквания, ценовият таван е в размер на 0,108 евроцента на минута при прилагане на модела „BULRIC strict“ срещу 0,302 евроцента на минута в съответствие с модела „BULRIC plus“.

43. И в двата случая се вижда, че прилагането на модела „BULRIC plus“ следователно дава възможност на съответните оператори да установяват цените си за терминиране на повиквания на по-високо равнище от това, което произтича от прилагането на модела „BULRIC strict“, възприет от АСМ съгласно Препоръка 2009/396.

44. След като се изясни икономическият залог в делото по главното производство, поставените от запитващата юрисдикция въпроси могат да се разделят на две части по следния начин: от една страна, може ли национален съд — и с оглед на какви съображения — да се отклони от препоръка на Комисията, приложена от НРО? От друга страна, при утвърдителен отговор,

********** Следва да се припомни, че Съдът вече е постановил, че издаването на разрешение за цени за терминиране на повикванията в мобилна мрежа от НРО се отнася към „задължения[та] във връзка с […] ценовия контрол […], [отнасящ] се до предоставянето на определени видове взаимосвързаност и/или достъп“ по смисъла на член 13, параграф 1 от Директивата за достъпа; вж. решение от 14 януари 2016 г., Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, т. 42 и 43).

********** Вж. точка 27 от настоящото заключение.

********** Вж. относно тези разходи точки 17 и 23 от настоящото заключение.

може ли този национален съд да контролира доколко ценовата мярка, наложена от НРО, е пропорционална на преследваните от Рамковата директива и от Директивата за достъп цели и може ли тя да изисква от НРО да доказва в достатъчна степен, че въпросната ценова мярка позволява да се реализират действително преследваните цели?

Б– *Относно обхвата на съдебния контрол, значението на Препоръка 2009/396 и съображенията, които позволяват на националния съд да се отклони от нея*

45. В контекста, в който запитващата юрисдикция използва израза „да се произнесе в различен смисъл“ в първия си преюдициален въпрос, е достатъчно ясно, че тя възнамерява евентуално да замести модела за изчисление „BULRIC strict“, препоръчан от Комисията в нейната Препоръка 2009/396 и приложен от АСМ в решението, обжалвано пред посочената юрисдикция, с модела „BULRIC plus“, както тази юрисдикция вече е постъпвала в миналото********** и както са поискали жалбоподателите в главното производство. Действително изглежда, че запитващата юрисдикция е предразположена да приеме, че цените, установени в съответствие с модела „BULRIC plus“ вече отговарят на изискванията за ориентиране на тези цени към себестойността по смисъла по-специално на член 13, параграф 1 от Директивата за достъпа.

46. Дори да изглежда противоречива**********, тази компетентност на запитващата юрисдикция да замени със собствената си преценка на икономическите и счетоводни данни преценката на същите тези данни, извършена от АСМ въз основа на Препоръка 2009/396, която изглежда достига до налагането на модел за отчитане на разходите на операторите за сметка на друг, не е нито изрично предвидена, нито забранена от член 4, параграф 1 от Рамковата директива, чието тълкуване е поискала запитващата юрисдикция в първия си преюдициален въпрос.

47. Всъщност този член само най-общо предвижда, че при обжалване на решенията на НРО държавите членки трябва да гарантират, че „същността на спора е надлежно отчетена и действа ефективен механизъм за обжалване“**********.

48. От това следва, че член 4, параграф 1 от Рамковата директива не хармонизира правилата и националните практики относно приложимите съдебни производства, нито обхвата на контрола, упражняван от националния съд върху решенията на НРО. От съдържанието на член 4, параграф 1 от Рамковата директива би могло да се изведе най-много, че тази разпоредба поставя ограничение, извън което се приема, че държавите членки не гарантират ефективността на механизмите на обжалване, тоест че е изключено контролът, упражняван от органа, пред който се обжалва, да е само формален. Впрочем, както ще бъде разгледано по-подробно в рамките на отговора, който трябва да се даде на втория преюдициален въпрос**********, разпоредбите на Рамковата директива и на Директивата за достъпа изискват съдържанието на контрола, упражняван върху решенията на НРО, с които се налагат регулаторни задължения ex ante, да включва изследване на това доколко тези задължения са пропорционални на целите, преследвани от Рамковата директива.

********** Вж. точка 23 от настоящото заключение. Следва да се отбележи, че към момента на първото дело срокът за прилагане на ценообразуване, основано на модела „BULRIC strict“, препоръчан с Препоръка 2009/396, не е бил изтекъл.

********** Докато в писменото си становище нидерландското правителство посочва, че в положение като това в делото по главното производство нидерландският съд не може да наложи на АСМ ценова мярка, която той счита за подходяща, същото това правителство посочва в съдебното заседание пред Съда, че контролът на нидерландския съд е много задълбочен или много стриктен, достигаш до неограничена компетентност. Някои от страните в главното производство също застъпват последното тълкуване за обхвата на съдебния контрол, осъществяван върху решенията на АСМ.

********** Следва да се припомни, че Съдът вече е постановил, че член 4 параграф 1 от Рамковата директива представлява израз на принципа за ефективна съдебна защита, по силата на който юрисдикциите на държавите членки са длъжни да осигурят съдебната защита на правата, които правните субекти черпят от правото на Съюза: вж. по-специално решение от 22 януари 2015 г., T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24, т. 33).

********** Вж. точки 80 и 81 от настоящото заключение.

49. Обратно на това, което по същество защитава италианското правителство в писменото си становище обаче, нито член 4, параграф 1 от Рамковата директива, нито правото на Съюза по-общо задължават националния съд в положение като това по настоящото дело да упражнява само ограничен контрол върху сложните икономически преценки, извършени от НРО, какъвто е контролът за явна грешка в преценката.

50. Отбелязвам също, че подобен довод вече е отхвърлен от Съда в решение от 24 април 2008 г., Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, т. 163—169). Действително по това дело — което се вписва в контекста на регулаторната рамка на телекомуникациите, непосредствено предхождаща приемането на Рамковата директива и на Директивата за достъпа, но която продължава да е релевантна по този въпрос — Съдът постановява по отношение на обхвата на съдебния контрол върху решенията на НРО относно тарифите за достъп до абонатната линия на имащи значителна пазарна сила телекомуникационни оператори, включително преценките на този НРО за разходите, които следва да бъдат взети предвид, тяхното изчисляване и осчетоводяването им, че правото на Съюза не предвижда никакво правило, което да задължава държавите членки да установят особен начин на контрол върху посочените решения, отхвърляйки изрично довода, приведен от една от заинтересованите страни, че този контрол е трябвало да бъде второстепенен, ако не и ограничен.

51. С оглед на тези съображения, при липса на такива установени от правото на Съюза правила, във вътрешния правен ред на всяка държава членка трябва да се уредят процесуалните правила за съдебните производства, предназначени да гарантират защитата на правата, които страните в процеса черпят от правото на Съюза, при спазване на принципите на равностойност и на ефективност ********.

52. Следователно фактът, че запитващата юрисдикция се счита компетентна да контролира по особено задълбочен начин решенията на АСМ, включително при необходимост да замени със собствените си преценки преценките, извършени от този орган на основата на Препоръка 2009/396, не е забранен по никакъв начин от правото на Съюза, при условие че са спазени двата горепосочени принципа. Ще се върна също така към този аспект на настоящото дело, от гледна точка по-специално на спазването на принципа на ефективност, в контекста на отговора, който следва да се даде на втория преюдициален въпрос **********.

53. При упражняването на тази компетентност обаче остава валидно изискването националният съд да действа изключително предпазливо, ако при осъществяване на контрола възнамерява да се отклони от преценките от икономическо и счетоводно естество, основаващи се на препоръка на Комисията, каквато е Препоръка 2009/396.

54. Разбира се, малко съмнително е национален съд, сезиран с жалба срещу решение на НРО, което прилага Препоръка 2009/396, да не е обвързан от преценките, съдържащи се в последната.

55. В действителност, както приемат всички заинтересовани страни, съгласно член 288 ДФЕС такава препоръка няма правно обвързващ характер, което се потвърждава от член 19 параграф 2 от Рамковата директива, като разбира се изисква НРО в най-голяма степен да отчита препоръките на Комисията, приети на основание член 19, параграф 1 от Рамковата директива, но изрично им позволява да се отклоняват от тях, при условие че информират Комисията за това и ѝ съобщят мотивите за своята позиция **********.

******** Вж. в този смисъл по-специално решение от 24 април 2008 г., Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, т. 166 и цитираната съдебна практика).

********** Вж. точки 92—97 от настоящото заключение.

********** Вж. също в този смисъл решение от 11 септември 2008 г., Комисия/Литва (C-274/07, EU:C:2008:497, т. 50).

56. В конкретния случай обстоятелството, че с приемането на обжалваното пред запитващата юрисдикция решение ACM прилага Препоръка 2009/396 в контекста на делото по главното производство, не променя правната природа на тази препоръка като такава. Следователно националният съд, сезиран с жалба срещу решение на НРО, с което се прилага такава препоръка, не е обвързан от преценките, които последната съдържа.

57. Както Съдът признава многократно, въпреки факта, че препоръките не са насочени към пораждане на задължителни последици, те все пак не са лишени от каквото и да е правно действие. Поради това националните съдилища също са длъжни да ги вземат предвид при разрешаването на разглежданите от тях спорове по-конкретно когато препоръките изясняват тълкуването на национални разпоредби, приети с оглед на изпълнението им, или когато имат за цел да допълнят разпоредби на правото на Европейския съюз с обвързващ характер**********.

58. Тази съдебна практика е приложима изцяло за Препоръка 2009/396.

59. По-конкретно, обратно на това, което Koninklijke KPN и KPN изтъкват в писмените си съображения, тази препоръка според мен е предназначена именно да допълни разпоредбите на регулаторната рамка, приложими за електронните съобщителни услуги. Всъщност, приета на основание член 19, параграф 1 от Рамковата директива, след като Комисията констатира различия и несъответствия в изпълнението на регулаторните задачи на НРО, отнасящи се до определяне на цените за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания в Съюза, Препоръка 2009/396 цели да осигури хармонизирано прилагане на разпоредбите на Рамковата директива и на Директивата за достъпа. По-конкретно, препоръчвайки модела „BULRIC strict“, Препоръка 2009/396 определя модела за отчитане на разходите, на който предлага да се основават НРО, за да определят цените за терминиране на повиквания на едро на операторите, определени като притежаващи значителна сила на този пазар, когато те налагат на последните задължения за ценови контрол и по-конкретно задължения за ориентация на цените към себестойността съгласно член 13 от Директивата за достъпа**********.

60. В рамките на спора, с който е сезирана относно целесъобразността на определянето на таван на цените, наложен от ACM на жалбоподателите по главното производство на пазара на едро за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания, основано на модела за отчитане на разходите „BULRIC strict“, препоръчан в Препоръка 2009/396, запитващата юрисдикция следователно трябва надлежно да вземе предвид тази препоръка.

61. В това отношение според мен тя не може да не съобрази, че Препоръка 2009/396 е приета именно след като са констатирани съществени различия и несъответствия между НРО на равнището на Съюза, що се отнася до определянето на цените за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания, създали по-конкретно според съображение 7 от тази препоръка сериозни нарушения на конкуренцията.

62. Следователно моделът на отчитане на разходите „BULRIC strict“, препоръчан от Комисията в тази препоръка, е установен с цел да се сложи край на тези различия и нарушения вътре в Съюза, пагубни според препоръката за ефикасната конкуренция и за крайните потребители.

********** Вж. по-специално в този смисъл решения от 11 септември 2003 г., Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, т. 41), от 18 март 2010 г., Alassini и др. (C-317/08—C-320/08, EU:C:2010:146, т. 40), и от 24 април 2008 г., Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, т. 94).

********** Вж. по-специално съображение 21 и точка 1 от Препоръка 2009/396. Във всички случаи, дори ако тази препоръка не цели да допълни разпоредбите на правото на Съюза, тя не може да се игнорира от националните съдилища. Действително съгласно практиката на Съда задължението, което тежи върху последните, да вземат предвид препоръките, е задължение с общ характер „по-специално“ когато те се стремят да допълнят правно обвързващите разпоредби на правото на Съюза.

63. Затова предложението, отправено към НРО в Препоръка 2009/396, е да се сближат ценовите задължения, които те налагат въз основа на модела „BULRIC strict“, за да се осигури осъществяването на ефикасна конкуренция на вътрешния пазар, изгодна също така за крайните ползватели и за потребителите**********.

64. В този контекст, при упражняването на съдебен контрол върху решение на НРО, който прилага Препоръка 2009/396 на съответния пазар в дадената държава членка, националният съд трябва да действа с голямо внимание и предпазливост, ако намира, че трябва да се произнесе в смисъл, различен от модела на отчитане на разходите, препоръчан в тази препоръка и както е приложен от този НРО.

65. Наистина, от една страна, доколкото валидността на тази препоръка изобщо не се поставя на обсъждане, трябва да се презумира, че моделът за отчитане на разходите, препоръчан в нея от Комисията, представлява подходяща мярка за избягване на нарушенията на конкуренцията, включително кръстосаното субсидиране, и за постигане на максимална полза за крайните потребители. Впрочем изглежда от тази предпоставка изхожда запитващата юрисдикция в своите разсъждения, както следва от текста на първия преюдициален въпрос.

66. От друга страна, следва да се гарантира, че нарушенията на конкуренцията на равнището на Съюза, подчертани в Препоръка 2009/396 и които тази препоръка се стреми да премахне или да ограничи чрез прилагането на модела за отчитане на разходите „BULRIC strict“, няма да бъдат допуснати отново от националните съдилища или поне че последните могат да се произнесат в различен смисъл от модела, препоръчан на равнището на Съюза и приложен от НРО, само въз основа на сериозни мотиви.

67. В първия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция си поставя въпроси именно относно точните съображения, които биха ѝ позволили да се отклони от Препоръка 2009/396, както тя е приложена от АСМ. Така например като такива мотиви тя изтъква най-общо „фактическите обстоятелства в отнесения до нея случай и/или с оглед на съображения от националното, съответно наднационалното право“.

68. Съображенията за „наднационалното право“ изобщо не са изяснени от запитващата юрисдикция и трябва да призная, че не зная на какви норми или на какви актове се позовава тя. Поради това не е възможно да се произнеса по такъв мотив.

69. Изведените от националното право съображения са значително по-ясни. Въпреки това основаването изключително на тези съображения, както изглежда възнамерява запитващата юрисдикция, за да се отклони от модела за изчисляване на разходите „BULRIC strict“, приложен от АСМ по настоящото дело, ме озадачава.

70. Ако правилно разбирам изложените от запитващата юрисдикция съображения, тя извежда от член 6а.2, параграф 3 и от член 6а.7, параграф 2 от Закона за далекосъобщенията — които по същество оправомощават АСМ да налага ценово задължение под формата на ориентация на цените към себестойността, когато такова задължение се основава на естеството на установения проблем и е пропорционално и обосновано с оглед на целите по член 1.3 от същия закон — че форма на ценово регулиране (а именно основаната върху модела „BULRIC strict“), която надхвърля ценово регулиране, вече прието като ориентирано към себестойността (подразбира се основано върху модела „BULRIC plus“), не може да бъде наложена.

********** Тази цел днес изглежда постигната отчасти, тъй като в съдебното заседание Комисията посочи, че моделът „BULRIC strict“ се прилага в 24 от 28 държави членки. Като се изключи положението в Кралство Нидерландия, само Федерална република Германия, Република Кипър и Република Финландия не прилагат метод на изчисление, основан върху този модел. В съдебното заседание Комисията добавя още, че положението на Република Кипър се обосновава с точка 12 от Препоръка 2009/396, позволяваща на НРО с ограничени средства да прилагат при определени условия метод на заместване.

71. Като се изключат стойностните преценки на двата модела за отчитане на разходите, следва да се отбележи, както прави и нидерландското правителство в съдебното заседание, че разпоредбите на вътрешното право, на които се позовава запитващата юрисдикция, транспонират, често със същите думи, разпоредбите на Рамковата директива и на Директивата за достъпа. Така по думите на самата запитваща юрисдикция член 1.3 от Закон за далекосъобщенията транспонира член 8 от Рамковата директива, който установява общите цели на регулаторната рамка на електронните съобщителни услуги, за които трябва да допринасят НРО. Освен това член 6a.2, параграф 3 от този закон възпроизвежда член 8, параграф 4 от Директивата за достъпа по-специално що се отнася до необходимостта НРО да налагат пропорционални регулаторни задължения ex ante, докато член 6a.7, параграф 2 от Закона за далекосъобщенията транспонира член 13, параграф 1 от същата Директива за достъпа по-конкретно що се отнася до изискването за ориентиране на цените към себестойността.

72. При тези условия, дори и като отчитам, че запитващата юрисдикция е компетентна да тълкува националното си право, ми е много трудно да приема, че вътрешното право, както е представено от тази юрисдикция, а именно така както произтича от правото на Съюза, само по себе си изрично изисква да се отклони от модела на изчисляване, препоръчан от Комисията, с който се цели по-конкретно да се допълнят и уточнят разпоредбите на член 13 от Директивата за достъпа относно това какво трябва да се разбира под налагане на ценови задължения, ориентирани към себестойността.

73. Разбира се, това не означава, както правилно подчертават германското, финландското и полското правителство, че съществува само един теоретичен модел на отчитане на разходите, който може да уточни изискванията за ориентация на цените към себестойността, предвидени в член 13, параграф 1 от Директивата за достъпа.

74. Това просто означава, че с оглед на контекста по настоящото дело ми се струва невъзможно само чисто вътрешноправните съображения сами по себе си да изискват произнасяне в смисъл, различен от модела на отчитане на разходите, препоръчан в Препоръка 2009/396 и приложен от АСМ в решението, обжалвано пред запитващата юрисдикция.

75. От друга страна, както по същество поддържат Tele2 Nederland, Ziggo, италианското правителство и Комисията, и както приема T-Mobile Netherlands, съображенията, свързани с фактическите обстоятелства по делото в главното производство, по-конкретно характерните особености на нидерландския пазар, са тези, които според мен могат да мотивират запитващата юрисдикция да се отклони от модела за изчисляване, приложен от АСМ въз основа на Препоръка 2009/396.

76. Такова би трябвало според мен да бъде съдържанието на отговора, който трябва да се даде на първия преюдициален въпрос.

77. Невъзможно е обаче да се изследва по-подробно този аспект на делото по главното производство. Всъщност запитващата юрисдикция изобщо не е уточнила фактическите обстоятелства и/или спецификата на делото по главното производство, които биха могли да я мотивират да се произнесе в смисъл, различен от преценките в Препоръка 2009/396, приложени от АСМ в решението, чиято законосъобразност се оспорва пред нея.

78. Поради това предлагам на Съда да отговори на първия преюдициален въпрос по следния начин: член 4, параграф 1 от Рамковата директива трябва да се тълкува в смисъл, че когато разглежда спор относно законосъобразността на регулаторно задължение ex ante, под формата на ценови таван, ориентиран към себестойността, наложен от НРО на неконкурентен пазар на едро на услуги за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания съгласно Препоръка 2009/396/ЕО, препоръчваща модела за отчитане на разходите „BULRIC strict“ като подходяща

ценова мярка на този пазар, националният съд може да се отклони от такава препоръка, приета съгласно член 19, параграф 1 от Рамковата директива, ако този национален съд счита, че причини, свързани с фактическите обстоятелства по делото в главното производство, по-точно с характерните особености на пазара на въпросната държава членка, налагат това.

B– *По съдържанието на съдебния контрол и изискванията от НРО степен на доказване по отношение на постигането на целите, преследвани от Рамковата директива и от Директивата за достъпа*

79. С втория си преюдициален въпрос, подразделен на няколко подвъпроса, запитващата юрисдикция иска по същество да се установи, от една страна, дали съдържанието на контрола върху решението на АСМ може да включва разглеждане на въпроса доколко ценовото задължение, наложено от този орган, е пропорционално на регулаторните цели и принципи, установени от Рамковата директива и от Директивата за достъпа, включително изследване на обстоятелството, че ценовата мярка е наложена на неконкурентен пазар, но обслужва целта да облагодетелства крайните потребители на конкурентен пазар (втори преюдициален въпрос, букви б) и г). От друга страна, тя си поставя въпроса, на първо място, дали контролът, който тя трябва да осъществи върху решението на АСМ, може да отчита *действителното* въздействие върху вътрешното функциониране на ценовата мярка, наложена от този орган, и на второ място, дали тя може да изисква от АСМ да докаже в достатъчна степен, че посочената мярка осъществява *действително* три от целите, изброени в член 8 от Рамковата директива (втори преюдициален въпрос, букви а) и в).

80. Що се отнася до първата част от втория въпрос, споделям становището на всички заинтересовани страни, че националният съд е компетентен да контролира доколко ценова мярка като приложената от АСМ в делото по главното производство е пропорционална.

81. Както припомнят повечето от тези страни, от член 8, параграф 4 от Директивата за достъпа произтича ясно, че наложените от НРО задължения, каквито са предвидените в член 13 от посочената директива относно ориентацията на цените към себестойността, трябва да се основават на характера на възникналия проблем и да са пропорционални и обосновани в светлината на целите, посочени в член 8 от Рамковата директива**********.Такова правомощие на НРО обаче не може да бъде изключено от съдебния контрол относно „същността на спора“, предвиден в член 4, параграф 1 от Рамковата директива. Както изтъкват в частност и нидерландското правителство, и Комисията, и както става ясно по-конкретно от неотдавнашното решение от 17 септември 2015 г., KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, т. 43, 47 и 49), националните съдилища трябва следователно да следят НРО да спазват всички изисквания, произтичащи от членове 8 и 13 от Директивата за достъпа, включително да проверяват дали ценовото задължение, наложено от НРО, е пропорционално и обосновано в светлината на целите, посочени в член 8 от Рамковата директива**********.

82. Фактът, че такава ценова мярка се основава на препоръка на Комисията, каквато е Препоръка 2009/396, не променя този анализ. С други думи, само съществуването на такава препоръка не лишава националния съд от компетентността му да контролира доколко е пропорционална приета от НРО ценова мярка с оглед на целите, посочени в член 8 от Рамковата директива.

********** Вж. също в този смисъл решение от 19 юни 2014 г., TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, т. 44).

********** Вж. също така относно поканата на Съда, отправена до национален съд, да прецени пропорционалността на задължението, наложено от НРО на оператор със значителна пазарна сила, да инсталира абонатен кабел, свързващ разпределителната точка в мрежата за достъп и крайния сегмент в обекта на крайния потребител, решение TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, т. 47).

83. Това не променя факта, че както вече посочих, такава препоръка задължително трябва надлежно да се вземе предвид от националния съд. Моделът „BULRIC strict“, препоръчан в тази препоръка, чиято валидност не се оспорва и върху който ACM основава анализа и решението си, според мен се ползва с презумпция за пропорционалност с оглед на целите, посочени в член 8 от Рамковата директива.

84. В този контекст считам, че изследването доколко ценовата мярка е пропорционална на целите, посочени в член 8 от Рамковата директива, би трябвало да накара запитващата юрисдикция, в съответствие с националните правила относно процесуалните средства за съдебна защита, включително тези, които се отнасят до тежестта на доказване, да провери, от една страна, дали жалбоподателите в главното производство са представили достатъчно доказателства за оборване на посочената по-горе презумпция при обстоятелствата по делото в главното производство, като се имат предвид при необходимост характерните особености на нидерландския пазар, и от друга страна, дали обясненията, предоставени от ACM, за да се отклони от модела „BULRIC plus“, както са поискали жалбоподателите в главното производство, са достатъчно мотивирани.

85. Освен това, в контекста на контрола за пропорционалност на ценовата мярка, приета от ACM, разпоредбите на Рамковата директива и на Директивата за достъпа допускат националният съд да изследва обстоятелството, че тази мярка е наложена на (неконкурентен) пазар на едро на услугите за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания, но обслужва целта да облагодетелства крайните ползватели и потребителите на пазар или пазари надолу по веригата, открити за конкуренция.

86. В това отношение е важно да се припомни, че съгласно член 8, параграф 2, буква а) и параграф 4 от Рамковата директива, НРО трябва, насърчавайки конкуренцията, да следят ползвателите да извличат максимална полза по отношение по-конкретно на цената и да насърчават интересите на гражданите на Съюза, докато съгласно член 13, параграф 2 от Директивата за достъпа същите НРО, когато налагат механизми за възстановяване на разходите, трябва също така да следят за максималната полза за потребителите. От това следва, както правилно посочват нидерландското правителство и Комисията в писмените си становища, че НРО трябва да вземат предвид интереса на всички крайни ползватели, независимо от пазара, на който са наложени задълженията ex ante. Тази преценка на интересите на крайните ползватели и потребителите от страна на НРО не се изключва от съдебния контрол.

87. Освен това, доколкото по начало крайните ползватели и потребителите не присъстват на пазара на едро на услугите за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания, от съществено значение е да могат да се отчетат и оценят техните интереси в контекста на изследване на действието, което цели да предизвика на пазара на дребно ценовата мярка, наложена от НРО на пазара на едро.

88. Разглеждайки въпроса, поставен от друга гледна точка, жалбоподателите в главното производство изтъкват по същество в писмените си становища, че НРО като ACM не е компетентен да установява задължения ex ante на конкурентен пазар, какъвто е пазарът на дребно за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания, до което все пак би довело прилагането на модела „BULRIC strict“.

89. Вярно е, че член 16, параграф 3 от Рамковата директива забранява на НРО да налагат или да поддържат което и да било от ценовите задължения по член 8 от Директивата за достъпа, когато достигнат до заключение, че определен пазар е действително конкурентен. От това следва, че даден НРО не може да налага ценово задължение ex ante на открит за конкуренция пазар надолу по веригата от пазара на едро за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания.

90. Както признава по-конкретно Комисията в писмените си съображения, налагането на ценови метод в зависимост от разходите, основан на модела „BULRIC strict“, затруднява съответните оператори да възстановят неизбежните разходи на (неконкурентния) пазар на едро за терминиране на фиксирани и мобилни повиквания. Тя подчертава също така, че прилагането на такъв метод, основаващ се на такъв модел, все пак не възпрепятства съответните оператори да възстановят тези разходи на други пазари, открити за конкуренция, което според нея е по-оптимално както от гледна точка на конкуренцията, така и на крайните потребители.

91. С други думи, ценови метод, основан на модела „BULRIC strict“, няма за цел да налага ценови задължения ex ante на конкурентните пазари. Както потвърждава Комисията в съдебното заседание, поради това съответните оператори остават свободни да възстановят изцяло или отчасти своите неизбежните разходи на някои или на няколко от тези пазари, в зависимост по-конкретно, от търговската им стратегия и/или от по-точна икономическа оценка на тези разходи на тези пазари.

92. Що се отнася до втората част от втория преюдициален въпрос, тоест въпроса дали запитващата юрисдикция може в рамките на контрола, осъществяван върху решението на АСМ, да отчита *действителното* въздействие върху вътрешното функциониране на ценовата мярка, наложена от този орган, и може да изисква от АСМ да докаже в достатъчна степен, че съответната мярка осъществява *действително* три от целите, изброени в член 8 от Рамковата директива, считам, че следва да се даде отрицателен отговор.

93. Действително следва да се припомни, че член 8 от Рамковата директива предвижда, че при изпълнение на регулаторните задачи, конкретизирани в тази директива, както и по-специално в Директивата за достъпа, НРО трябва да предприемат всички разумни (и пропорционални) мерки, *насочени* към постигането на посочените в този член цели, които се състоят в *насърчаване* на конкуренцията при доставката на електронни съобщителни мрежи и услуги, в *принос* за развитието на вътрешния пазар и *защита* на интересите на гражданите на Съюза**********.

94. За постигане на целите, посочени в член 8 от Рамковата директива, член 5, параграф 1 от Директивата за достъпа уточнява, че НРО трябва по-конкретно да изпълняват своите задачи по *начин, който утвърждава* икономическата ефикасност, устойчивата конкуренция, ефикасното инвестиране и иновациите и *осигурява* максимална полза за крайните потребители**********.

95. Следователно задълженията ex ante, които могат да налагат НРО, сред които са и ценовите задължения като тези по делото в главното производство, трябва *да се насочват* към постигане на целите, посочени в член 8 от Рамковата директива.

96. Според мен обаче не трябва да се изисква НРО да доказва, че тези задължения постигат действително тези цели или националният съд да проверява законността на такива задължения според действителното въздействие, което те упражняват върху функционирането на вътрешния пазар**********.

********** Вж. в този смисъл решение от 19 юни 2014 г., TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, т. 39) (курсивът е мой).

********** Вж. решение от 19 юни 2014 г., TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, т. 40) (курсивът е мой).

********** В контекста на тълкуване на израза „би засегнала търговията между държавите членки“, използван в член 7, параграф 3, буква б) от Рамковата директива, Съдът приема, че този израз се отнася за мярка, приета от НРО, ако тази мярка би могла да упражни пряко или непряко, действително или *потенциално* въздействие върху тази търговия: вж. в този смисъл решения от 16 април 2005 г., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej и Telefonia Dialog (C-3/14, EU:C:2015:232, т. 59), и от 14 януари 2016 г., Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, т. 55) (курсивът е мой). В точка 56 от последното решение Съдът уточнява, че от представените пред него оценки и становища става ясно, че цените за терминиране на повикванията в мобилна мрежа се отразяват върху цените, които потребителите в други държави членки трябва да заплащат, когато набират клиенти на съответния оператор в дадена държава членка, доколкото тези цени се включват в цените за повиквания на крайния потребител.

97. Както подчертават по-конкретно Ziggo и нидерландското правителство, да се възложи такава тежест на доказване върху НРО, означава да не се отчете обстоятелството, че приемането на регулаторни задължения ex ante почива на прогнозен анализ на развитието на пазара, за който се отнасят, за да се преодолеят констатираните проблеми на конкуренцията, поведението и/или разходите на даден ефикасен оператор. Следователно става въпрос за мерки, насочени към бъдещето, за които по дефиниция не може да се иска доказателство, че ще осъществят действително целите, посочени в член 8 от Рамковата директива. Ако НРО трябваше да представя такова доказателство, бих споделил становището на Комисията, че ефективността на разпоредбите на Рамковата директива и на Директивата за достъпа би била нарушена. Всъщност такава хипотеза би довела до това да се изисква от НРО да представи доказателство, което е невъзможно или изключително трудно да бъде представено.

VI – Заключение

98. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на въпросите, поставени от College van Beroep voor het bedrijfsleven (Апелативен съд по административни спорове в икономическата област), както следва:

„1) Член 4, параграф 1 от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги, изменена с Директива 2009/140/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 25 ноември 2009 година, трябва да се тълкува в смисъл, че когато разглежда спор относно законосъобразността на регулаторно задължение ex ante, под формата на ценови таван, ориентиран към себестойността, наложен от национален регулаторен орган на неконкурентен пазар на едро на услуги за терминиране на повиквания във фиксирана и мобилна мрежа съгласно Препоръка 2009/396/ЕО на Комисията от 7 май 2009 година относно подхода за регулиране на цените за терминиране на фиксирана и мобилна връзка в ЕС, препоръчваща модела за отчитане на разходите, наречен „bottom-up long-run incremental costs (BULRIC) strict“, като подходяща ценова мярка на този пазар, националният съд може да се отклони от тази препоръка, приета съгласно член 19, параграф 1 от изменената Директива 2002/21, ако счете, че причини, свързани с фактическите обстоятелства по делото в главното производство, и по-точно с характерните особености на пазара на въпросната държава членка, налагат това.

2) В рамките на съдебния контрол относно регулаторно задължение ex ante от ценови характер, ориентирано към себестойността, като наложеното от национален регулаторен орган в делото по главното производство, националният съд може да изследва доколко това задължение е пропорционално на политическите цели и на регулаторните принципи, установени в член 8 от Директива 2002/21, изменена с Директива 2009/140, и в член 13 от Директива 2002/19/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно достъпа до електронни съобщителни мрежи и тяхната инфраструктура и взаимосвързаността между тях (Директивата за достъпа), изменена с Директива 2009/140. Преценката доколко въпросното регулаторно задължение ex ante е пропорционално, може да отчете целите за насърчаване на интересите на крайните ползватели и на потребителите на откритите за конкуренция пазари на дребно надолу по веригата от пазара на едро за услуги за терминиране на повиквания във фиксирана и мобилна мрежа, на който е било наложено това задължение.

3) При преценката за това доколко регулаторно задължение ex ante от ценови характер, ориентирано към себестойността, като наложеното от националния регулаторен орган в делото по главното производство, е пропорционално, не трябва да се изисква този орган да

доказва до каква степен това регулаторно задължение ex ante действително постига целите, посочени в член 8 от Директива 2002/21, изменена с Директива 2009/140, и/или действително влияе върху функционирането на вътрешния пазар“.