Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. MENGOZZI
fremsat den 28. april 2016*

Sag C-28/15

Koninklijke KPN NV,
KPN BV,
T-Mobile Netherlands BV,
Vodafone Libertel BV,
Tele2 Nederland BV,
Ziggo BV,
Ziggo Services BV, tidligere UPC Nederland BV,
Ziggo Zakelijk Services BV, tidligere UPC Business BV,
mod
Autoriteit Consument en Markt (ACM)

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af College van Beroep voor het bedrijfsleven (appeldomstol i sager om handel og industri, Nederlandene))

»Præjudiciel forelæggelse — fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester — direktiv 2002/19/EF — artikel 8 og 13 — direktiv 2002/21/EF — artikel 4, 8 og 19 — henstilling 2009/396/EF — retsvirkning — priskontrol og forpligtelser i tilknytning til omkostningsberegningssystemet — fastnet- og mobilterminering stakster — forpligtelser, som en national tilsynsmyndighed pålægger operatører, der har en stærk markedsposition — omfanget af domstolskontrollen med en national tilsynsmyndigheds økonomiske skøn«

I – Indledning

1. Har en national ret, for hvilken der indbringes et søgsmål til prøvelse af en afgørelse truffet af en national tilsynsmyndighed, hvormed der fastsættes lofter over takster for fastnet- og mobilterminering, der leveres af operatører, som anses for at have en stærk markedsposition, beføjelser til at afvige fra en henstilling fra Europa-Kommissionen, som denne nationale tilsynsmyndighed anvender, og på grundlag af hvilke overvejelser? Har denne ret i bekræftende fald bl.a. beføjelser til at kontrollere, om den takstforanstaltning, som den nationale tilsynsmyndighed har indført, er forholdsmæssig i forhold til de mål, der forfølges med de fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, og kan den kræve af den nationale tilsynsmyndighed, at den i tilstrækkeligt omfang godtgør, at den pågældende takstforanstaltning gør det muligt effektivt at realisere de forfulgte mål?

2. Dette er i det væsentlige genstanden for de to spørgsmål, som College van Beroep voor het bedrijfsleven (appeldomstol i sager om handel og industri, Nederlandene) har forelagt i forbindelse med fortolkningen af artikel 4, stk. 1, og artikel 8 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og –

* Originalsprog: fransk.

tjenester (rammedirektivet)**, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25. november 2009*** (herefter »rammedirektivet«), samt artikel 8 og 13 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet)****, som ændret ved direktiv 2009/140 (herefter »adgangsdirektivet«).

3. Disse spørgsmål er blevet rejst i forbindelse med en tvist mellem flere nederlandske telekommunikationsoperatører, bl.a. Koninklijke KPN NV, og Autoritiet Consument en Markt (herefter »ACM«) (offentlig tilsynsmyndighed med konkurrence, telekommunikation og forbrugerret, Nederlandene) angående sidstnævntes afgørelse om at fastsætte lofter over taksterne for de pågældende operatørers fastnet- og mobilterminering på grundlag af den omkostningsberegningsmodel, der er opstillet og anbefalet i Kommissionens henstilling 2009/396/EF af 7. maj 2009 om regulering af fastnet- og mobiltermineringstakster i EU*****.

II – Retsforskrifter

A – *EU-retten*

1. Rammedirektivet

4. Rammedirektivets artikel 4 med overskriften »Klageadgang« bestemmer:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at der på nationalt plan findes effektive mekanismer, ved hjælp af hvilke enhver bruger eller en virksomhed, der udbyder elektroniske kommunikationsnet og/eller -tjenester, og som berøres af en national tilsynsmyndigheds afgørelse, kan påklage denne til en klageinstans, som er uafhængig af de involverede parter. Denne instans, som kan være en domstol, skal have den nødvendige ekspertise til at udføre sine funktioner effektivt. Medlemsstaterne sikrer, at der tages behørigt hensyn til sagens omstændigheder, og at der forefindes en effektiv klagemekanisme.

[...]«

5. I rammedirektivets artikel 7 bestemmes det:

»[...]

3. [...] en national tilsynsmyndighed, der agter at træffe en foranstaltning, som:

a) er omfattet af artikel 15 eller 16 i dette direktiv eller artikel 5 eller 8 i [adgangsdirektivet] og

b) vil få indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne,

[skal] samtidig stille udkastet til foranstaltning samt begrundelsen herfor til rådighed for Kommissionen, [Sammenslutningen af Europæiske Tilsynsmyndigheder inden for Elektronisk Kommunikation (BEREC)][******] og de nationale tilsynsmyndigheder i andre medlemsstater [...]. De nationale tilsynsmyndigheder, BEREC og Kommissionen kan kun fremsætte bemærkninger til den pågældende nationale tilsynsmyndighed inden for en måned. […]

** EFT 2002, L 108, s. 33.

*** EUT 2009, L 337, s. 37.

**** EFT 2002, L 108, s. 7.

***** EUT 2009, L 124, s. 67.

****** Dette organ blev oprettet med Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1211/2009 af 25.11.2009 (EUT 2009, L 337, s. 1).

[...]

7. Den pågældende nationale tilsynsmyndighed tager i videst mulig udstrækning hensyn til bemærkningerne fra andre nationale tilsynsmyndigheder, BEREC og Kommissionen [...]

[...]«

6. Rammedirektivets artikel 8 med overskriften »Politiske mål og tilsynsprincipper« bestemmer:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder under udførelsen af de i dette direktiv og særdirektiverne omhandlede tilsynsopgaver træffer alle rimelige foranstaltninger med henblik på opfyldelse af målene i stk. 2, 3 og 4. Foranstaltningerne skal stå i et rimeligt forhold til disse mål.

[...]

2. De nationale tilsynsmyndigheder fremmer konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet, elektroniske kommunikationstjenester og dertil hørende faciliteter og tjenester ved bl.a. at:

a) sikre, at brugerne [...] får maksimalt udbytte for så vidt angår valgmuligheder, pris og kvalitet

b) sikre, at der i sektoren for elektronisk kommunikation hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning [...]

[...]

3. De nationale tilsynsmyndigheder bidrager til udviklingen af det indre marked ved bl.a. at:

[...]

d) samarbejde indbyrdes med Kommissionen og BEREC for at sikre udviklingen af en ensartet reguleringspraksis og en ensartet anvendelse af dette direktiv og særdirektiverne[*******].

4. De nationale tilsynsmyndigheder fremmer Den Europæiske Unions borgeres interesser [...]«

7. Direktivets artikel 16 med overskriften »Markedsanalyseprocedure« bestemmer:

»[...]

2. Når en national tilsynsmyndighed i henhold til [...] artikel 8 i [adgangsdirektivet] skal afgøre, om forpligtelser for virksomheder skal opretholdes, indføres, ændres eller ophæves, træffer den på grundlag af sin markedsanalyse som anført i stk. 1 i denne artikel afgørelse om, hvorvidt der reelt er konkurrence på et relevant marked.

3. Konkluderer en national tilsynsmyndighed, at der er reel konkurrence på markedet, må den ikke indføre eller opretholde nogen af de i stk. 2 omhandlede specifikke forpligtelser [...]

******* Begrebet »særdirektiver« omfatter bl.a. adgangsdirektivet.

4. Når en national tilsynsmyndighed fastslår, at der ikke er reel konkurrence på et relevant marked, udpeger den virksomheder, som hver især eller sammen har en stærk markedsposition på det pågældende marked i overensstemmelse med artikel 14, og den nationale tilsynsmyndighed pålægger sådanne virksomheder passende specifikke forpligtelser som anført i stk. 2 i denne artikel eller opretholder eller ændrer sådanne forpligtelser, hvis de findes i forvejen.

[...]«

8. Rammedirektivets artikel 19 med overskriften »Harmonisering« bestemmer:

»1. Hvis Kommissionen finder, at afvigelser i de nationale tilsynsmyndigheders udførelse af de opgaver, de er pålagt i henhold til dette direktiv og særdirektiverne, kan skabe hindringer i det indre marked, kan den under nøje iagttagelse af BEREC's udtalelse vedtage en henstilling eller en beslutning om harmoniseret anvendelse af bestemmelserne i dette direktiv og særdirektiverne for at fremme opfyldelsen af målene i artikel 8 [...].

2. [...]

Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder under udførelsen af deres opgaver tager nøje hensyn til sådanne henstillinger. Vælger en national tilsynsmyndighed at undlade at følge en henstilling, underretter den Kommissionen herom og begrunder sin holdning.

[...]«

2. Adgangsdirektivet

9. Adgangsdirektivets artikel 8 med overskriften »Fastlæggelse, ændring eller tilbagetrækning af forpligtelser« bestemmer:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder har beføjelse til at pålægge de forpligtelser, der er beskrevet i artikel 9-13a.

2. Såfremt det som resultat af en markedsanalyse, der er foretaget ifølge artikel 16 i [rammedirektivet], fastslås, at en udbyder har en stærk markedsposition på et bestemt marked, pålægger de nationale tilsynsmyndigheder forpligtelserne i artikel 9-13 i nærværende direktiv i fornødent omfang.

[...]

4. Forpligtelser, der pålægges i henhold til denne artikel, skal tage udgangspunkt i det konkrete problem, være forholdsmæssige og berettigede i lyset af de målsætninger, der er fastlagt i artikel 8 i [rammedirektivet]. Sådanne forpligtelser kan kun pålægges efter høring i overensstemmelse med artikel 6 og 7 i nævnte direktiv.

[...]«

10. Adgangsdirektivets artikel 13 med overskriften »Forpligtelser vedrørende priskontrol og omkostningsregnskaber« er affattet således:

»1. De nationale tilsynsmyndigheder kan i medfør af bestemmelserne i artikel 8 pålægge forpligtelser vedrørende omkostningsdækning og priskontrol, herunder forpligtelser vedrørende omkostningsbaserede priser og udarbejdelse af omkostningsregnskabssystemer i forbindelse med udbud af bestemte former for samtrafik og/eller adgang, såfremt en markedsanalyse viser, at den pågældende udbyder som følge af en utilstrækkelig konkurrence vil kunne opretholde sine priser på et

unaturligt højt niveau eller opretholde en prisklemme til skade for slutbrugerne. For at tilskynde udbyderen til investeringer, herunder i næste generations net, skal de nationale tilsynsmyndigheder tage hensyn til udbyderens investeringer og lade udbyderen få en rimelig forrentning af den relevante investerede kapital under hensyntagen til eventuelle specifikke risici i forbindelse med et bestemt nyt netinvesteringsprojekt.

2. De nationale tilsynsmyndigheder sikrer, at alle mekanismer til omkostningsdækning eller modeller, der kan anvendes til fastlæggelse af priser, sigter mod at fremme effektiviteten og skabe holdbar konkurrence og øgede fordele for forbrugerne. I den forbindelse kan de nationale tilsynsmyndigheder også tage hensyn til de priser, der kan opnås på tilsvarende markeder med konkurrence.

3. Har en udbyder pligt til sikre, at priserne er omkostningsbaserede, er det udbyderen selv, der skal bevise, at taksterne er baseret på omkostningerne inklusivve en rimelig forrentning af investeringerne. Til fastlæggelse af omkostningerne i forbindelse med et effektivt udbud af ydelser kan de nationale tilsynsmyndigheder foretage en omkostningsberegning, der er uafhængig af virksomhedens omkostningsberegning. De nationale tilsynsmyndigheder kan anmode en udbyder om at fremlægge fuld dokumentation for priserne og om nødvendigt kræve, at priserne tilpasses.«

3. Henstilling 2009/396

11. Følgende fremgår af første betragtning til henstilling 2009/396:

»[…] En vurdering af mere end 850 forslag til foranstaltninger, som er blevet meddelt i henhold til [rammedirektivets] artikel 7, viser imidlertid, at der [...] findes uensartetheder i reguleringen af taletelefonitermineringstaksterne.«

12. Tredje betragtning til henstilling 2009/396 præciserer følgende:

»Betydelige forskelle mellem reguleringen af faste og mobile termineringstakster skaber grundlæggende konkurrencemæssige forvridninger. [...]«

13. Følgende fremgår af fjerde betragtning til samme henstilling 2009/396:

»Den hidtidige mangel på harmonisering af anvendelsen af principperne for omkostningsberegning på termineringsmarkederne demonstrerer behovet for en fælles tilgang, som vil skabe større juridisk sikkerhed og bedre incitamenter for potentielle investorer og mindske regelbyrden for operatører, der er aktive i flere medlemsstater. […]«

14. Syvende betragtning til henstilling 2009/396 præciserer følgende:

»[...] Afregningssystemet i EU er baseret på, at det opkaldende net betaler, hvilket betyder, at termineringsafgiften fastsættes af det opkaldte net og betales af det opkaldende net. Modtageren af opkaldet betaler ikke for denne tjeneste og har generelt ikke noget incitament til at forholde sig til den termineringspris, som dennes netoperatør forlanger. I denne forbindelse er det de høje prisers indvirkning på konkurrencen, som er de regulerende myndigheders største bekymring. Høje termineringspriser betales i sidste instans af slutbrugerne i form af højere opkaldsafgifter. Termineringsmarkedernes tovejskarakter betyder, at krydssubsidiering mellem operatører vil kunne give anledning til yderligere konkurrencemæssige problemer. Disse potentielle konkurrenceproblemer er fælles for både fastnet- og mobiltermineringsmarkederne. På grund af termineringsoperatørernes mulighed for og incitament til at hæve priserne væsentligt over omkostningerne synes omkostningsbaseret prisfastsættelse at være det mest hensigtsmæssige middel til at løse problemet på mellemlang sigt. [...] Som følge af termineringsmarkedernes særlige karakter og de hermed forbundne

konkurrencemæssige og distributionsmæssige problemer har Kommissionen længe erkendt, at fastsættelse af en ensartet model baseret på en effektiv omkostningsnorm og anvendelse af symmetriske termineringstakster vil fremme effektivitet og bæredygtig konkurrence og sikre forbrugerne størst mulige fordele i form af priser og udbud af tjenester.«

15. Følgende fremgår af 13. betragtning til henstilling 2009/396:

»På grund af de særlige forhold, som gør sig gældende på markederne for taleterminering, bør omkostningerne ved termineringstjenester beregnes på grundlag af de langsigtede differensomkostninger (LRIC). [...] LRIC-modellen indregner kun omkostninger, som hidrører fra tilvejebringelse af en specifik supplerende tjeneste. Differensomkostningsmodellen, der kun allokerer effektivt afholdte omkostninger, som ikke ville være påløbet, hvis den ekstra tjeneste, som omkostningen medfører, ikke længere produceres (der er således tale om sparede omkostninger), fremmer effektiv produktion og effektivt forbrug og mindsker potentielle konkurrenceforvridninger. Jo mere termineringstaksterne afviger fra differensomkostningerne, jo større konkurrencemæssig forvridning vil der være mellem fastnet- og mobilmarkedet og/eller mellem operatører med asymmetriske markedsandele og trafikmønster. Det er derfor berettiget at anvende en ren LRIC-model, hvorved den relevante supplerende tjeneste er engrostermineringstjenesten, som kun tager højde for sparede omkostninger. [...]«

16. Nr. 1) og 2) i henstilling 2009/396 er affattet således:»1) Ved fastsættelse af forpligtelser vedrørende priskontrol og omkostningsregnskabssystemer i overensstemmelse med artikel 13 i [adgangsdirektivet] over for operatører, der af deres nationale tilsynsmyndighed er udpeget som havende en stærk markedsposition på markederne for engrostaletelefoniterminering på individuelle offentlige telefonnet (i det følgende benævnt fastnet- og mobiltermineringsmarkederne) efter en markedsanalyse, der er udført i overensstemmelse med artikel 16 i [rammedirektivet], skal de nationale tilsynsmyndigheder fastsætte termineringstakster baseret på de omkostninger, som afholdes af en effektiv operatør. Dette indebærer, at termineringstaksterne også skal være symmetriske. Ved fastsættelsen heraf følger de nationale tilsynsmyndigheder anvisningerne nedenfor.

2) Det anbefales, at vurderingen af de effektive omkostninger baseres på de aktuelle omkostninger og anvendelse af en »bottom-up«-model, hvor de langsigtede differensomkostninger (LRIC) anvendes som model til beregning af omkostningerne.«

17. Det er ubestridt, at Kommissionen i henstilling 2009/396/EF anbefaler den såkaldte »rene BULRIC (Bottom-up long-run incremental costs)«-model, der i det væsentlige består i, at der kun tages hensyn til differensomkostningerne for den pågældende udbudte tjeneste, idet termineringstjenesten på engrosmarkedet betragtes som en relevant supplerende ydelse, der ikke omfatter sparede omkostninger, dvs. omkostninger, der kan spares, når der ikke længere leveres en supplerende ydelse. De uundgåelige omkostninger som f.eks. de fælles omkostninger (omkostninger, der ikke direkte kan tilskrives en bestemt ydelse) og de påløbne omkostninger (der direkte kan tilskrives mere end en enkelt tjeneste) tages således ikke i betragtning i forbindelse med denne omkostningsberegningsmodel.

B – *Nederlandsk ret*

18. Artikel 1.3, stk. 1, i Telecommunicatiewet (lov om telekommunikation) i den udgave, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen (herefter »telekommunikationsloven«), bestemmer følgende:

»1. [ACM] sikrer, at dens afgørelser bidrager til realiseringen af de i [rammedirektivets] artikel 8, stk. 2-5, opstillede mål, under alle omstændigheder via:

a. fremme af konkurrencen i forbindelse med levering af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester eller de dertil knyttede ressourcer, bl.a. ved at støtte effektive investeringer i infrastrukturer og innovation

b. udvikling af det indre marked

c. støtte til slutbrugernes interesser i form af valgmuligheder, pris og kvalitet.«

19. Telekommunikationslovens artikel 1.3, stk. 2, bestemmer, at ACM under udførelsen af sine opgaver og udøvelsen af sin kompetence skal tage størst mulig hensyn til Kommissionens henstillinger som omhandlet i rammedirektivets artikel 19, stk. 1. Anvender ACM ikke en henstilling, underretter den Kommissionen herom og redegør samtidig for baggrunden for sin beslutning.

20. Telekommunikationslovens artikel 6a.1 bestemmer, at ACM i dens egenskab af national tilsynsmyndighed afgrænser de relevante markeder inden for sektoren for elektronisk kommunikation. ACM skal i denne forbindelse og i overensstemmelse med nævnte lovs artikel 6a.1, stk. 5, afgøre, om der rent faktisk er konkurrence på det pågældende marked. Er dette ikke tilfældet, afgør ACM i henhold til nævnte lovs artikel 6a.2, om en eller flere virksomheder har en stærk markedsposition, ligesom den træffer afgørelse om, hvilke egnede forpligtelser der skal pålægges dem.

21. Telekommunikationslovens artikel 6a.2, stk. 3, tilføjer, at de i stk. 1 omhandlede forpligtelser er egnede, når de er baseret på arten af det konstaterede problem på det pågældende marked, og når de er forholdsmæssige og begrundede i forhold til de i artikel 1.3 opstillede mål.

22. Telekommunikationslovens artikel 6a.7 bestemmer:

»1. ACM kan i henhold til artikel 6a.2, stk. 1, for de adgangsformer, det skal fastsætte, pålægge en forpligtelse til kontrol af de takster, der beregnes fremover, eller omkostningsberegningen, når det fremgår af markedsanalysen, at den pågældende operatør, hvis der ikke findes en effektiv konkurrence, kan opretholde priserne på et meget højt niveau eller presse avancerne, i begge tilfælde til skade for slutbrugerne. [ACM] kan til denne forpligtelse knytte de regler, der er nødvendige for opfyldelsen af den.

2. En forpligtelse i henhold til stk. 1 kan gøre adgangen betinget af en adgangstakst, der afhænger af omkostningerne, eller af, at der anvendes et omkostningsberegningssystem, der er fastsat eller godkendt af [ACM].

3. Når [ACM] har pålagt en virksomhed en forpligtelse til at fastsætte priserne på grundlag af omkostningerne, skal den pågældende virksomhed godtgøre, at dens priser rent faktisk er omkostningsbaserede.

4. Uanset bestemmelserne i stk. 1, andet punktum, kan [ACM] knytte forpligtelsen til at indføre et omkostningsberegningssystem sammen med foranstaltninger vedrørende fremlæggelse af resultaterne af den pågældende virksomheds anvendelse af systemet [...]«

III – De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

23. I forbindelse med en sag forud for hovedsagen pålagde Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) (post- og telekommunikationsmyndighed, Nederlandene, nu ACM, der er tilsynsmyndighed på telekommunikationsområdet i Nederlandene) med afgørelse af 7. juli 2010, efter at have foretaget en analyse af det relevante marked, leverandører, der leverer fastnet- og mobiltermineringstjenester i Nederlandene, en takstforanstaltning, der var baseret på en »ren BULRIC«-beregningsmodel. Ved sin afgørelse af 31. august 2011 ophævede College van Beroep voor het bedrijfsleven (appeldomstol i sager om handel og industri) denne afgørelse bl.a. med den begrundelse, at der skulle have været anvendt en anden omkostningsberegningsmodel, nemlig »plus BULRIC«-modellen, der i det væsentlige ligeledes gør det muligt at tage hensyn til eller endog refundere påløbne omkostninger (omkostninger, der direkte kan tilskrives en bestemt ydelse) og fælles omkostninger (omkostninger, der ikke direkte kan tilskrives mere end en bestemt ydelse) ********.

24. ACM konstaterede efterfølgende, at der på engrosmarkedet for termineringstjenester fandtes en risiko for, at der blev anvendt unaturligt høje takster, og traf den 5. august 2013 en afgørelse (den i hovedsagen anfægtede), hvormed den fastsatte lofter over taksterne for de pågældende tjenester. Disse takster blev fastsat i henhold til en »ren BULRIC«-model i medfør af telekommunikationslovens bestemmelser, hvormed adgangsdirektivets artikel 8 og 13 og henstilling 2009/396 gennemføres i national ret. ACM skønnede, at denne model var egnet til fastsættelse af omkostningsbaserede termineringstakster, og at den i henhold til denne henstilling er den eneste form for omkostningsbaseret prisfastsættelse, der er i overensstemmelse med EU-retten. Den fandt, at en takstforanstaltning baseret på denne beregningsmodel fjernede risikoen for unaturligt høje takster og presning af prisen, samtidig med, at konkurrencen, udviklingen af det indre marked og slutbrugernes interesser blev fremmet.

25. Koninklijke KPN, KPN BV, T-Mobile Netherlands BV og Vodafone Libertel BV, der især leverer mobiltermineringstjenester, anlagde et annullationssøgsmål ved den forelæggende ret til prøvelse af ACM's afgørelse af 5. august 2013, en afgørelse, hvis fuldbyrdelse blev udsat ved en foreløbig forholdsregel ved kendelse af 27. august 2013.

26. I forbindelse med det annullationssøgsmål, der er indbragt for den forelæggende ret, har Koninklijke KPN, KPN, T-Mobile Netherlands og Vodafone Libertel anført, at en takstforpligtelse fastsat i henhold til den »rene BULRIC«-model er i strid med telekommunikationslovens artikel 6a.2, stk. 3, og artikel 6a.7, stk. 2, der bestemmer henholdsvis, at en takst skal være omkostningsbaseret, og at en forpligtelse, der pålægges af ACM, skal være hensigtsmæssig.

27. De har tilføjet, at alle ACM's påstande vedrørende de forventede positive virkninger af anvendelsen af den »rene BULRIC«-model på takststrukturen ikke kan begrunde indførelsen af forpligtelser vedrørende prisfastsættelsen, som den i hovedsagen omhandlede. Ifølge disse operatører bevirker priser fastsat i henhold til denne model, at termineringstaksterne er lavere end de takster, der ville være opnået på et konkurrencepræget marked. Henstilling 2009/396 er følgelig ikke i overensstemmelse med adgangsdirektivets artikel 13.

28. Den forelæggende ret har for sin del anført, at ordlyden af telekommunikationslovens artikel 6a.7, stk. 2, ikke gør det muligt at underbygge argumentationen om, at der kan indføres en form for takstregulering, der går videre end en prisregulering, som måske allerede kan anses for at være omkostningsbaseret.

******** Spørgsmålet om, hvorvidt disse to omkostningskategorier kan tjenes ind igen af de berørte operatører i forbindelse med anvendelsen af den »rene BULRIC«-model, er genstand for uenighed mellem de berørte parter og behandles til dels i punkt 88-91 i dette forslag til afgørelse.

29. Retten er dog af den opfattelse, at en strengere takstforpligtelse kan tillades, hvis den er forholdsmæssig og begrundet, henset til arten af det problem, der konstateres på det pågældende marked, og hvis den forfølger de i rammedirektivets artikel 8, stk. 2-4, opstillede mål. I dette tilfælde skal ACM ifølge den forelæggende ret fastslå, om den pågældende takstforanstaltning er egnet til at nå det ønskede mål, og om den går videre end det, der er nødvendigt for at nå dette mål. ACM skal endvidere redegøre for årsagerne til sin afgørelse og foretage en afvejning af alle de berørte interesser.

30. Den forelæggende ret nærer imidlertid tvivl for det første om de interesser, der kan eller skal afvejes, og om den vægt, de kan eller skal tildele hver af disse interesser i forbindelse med den vurdering, der skal foretages, inden der pålægges takstforpligtelser. For det andet er den i tvivl om, hvilken betydning den i hovedsagen skal tillægge den omstændighed, at Kommissionen gik ind for den »rene BULRIC«-model i henstilling 2009/396 i forbindelse med vedtagelse af en egnet takstforanstaltning på engrosmarkedet for fastnet- og mobiltermineringstjenester.

31. Henset til det ovenstående har den forelæggende ret besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal rammedirektivets artikel 4, stk. 1, sammenholdt med adgangsdirektivets artikel 8 og 13, fortolkes således, at en national ret i en tvist om retmæssigheden af en af den nationale tilsynsmyndighed fastsat omkostningsbaseret takst på engrosmarkedet for samtaleterminering i princippet kan afvige fra henstilling [2009/396], i hvilken det som passende takstforanstaltning på markedet for samtaleterminering henstilles at anvende [den »rene BULRIC«-model], når dette efter den nationale rets opfattelse er nødvendigt ud fra de faktiske omstændigheder i den sag, den skal pådømme, og/eller ud fra regler i national henholdsvis supranational ret?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, i hvilket omfang har den nationale ret da ved bedømmelsen af en omkostningsbaseret takstforanstaltning beføjelse til:

   a) i lyset af rammedirektivets artikel 8, stk. 3, at vurdere den nationale tilsynsmyndigheds argument om, at udviklingen af det indre marked fremmes, ud fra omfanget af den faktiske hindring af det indre markeds funktion?

   b) i lyset af de politiske mål og tilsynsprincipper, der er blevet fastsat i rammedirektivets artikel 8 og adgangsdirektivets artikel 13, at fastslå, om takstforanstaltningen

      i) er forholdsmæssig

      ii) er passende

      iii) er anvendt forholdsmæssigt og berettiget?

   c) at kræve af den nationale tilsynsmyndighed, at den fuldt ud godtgør, at

      i) den i [rammedirektivets] artikel 8, stk. 2, nævnte politiske målsætning, hvorefter de nationale tilsynsmyndigheder fremmer konkurrencen inden for levering af elektroniske kommunikationsnet og elektroniske kommunikationstjenester, faktisk gennemføres, og at brugerne faktisk får maksimal udbytte for så vidt angår valgmuligheder, pris og kvalitet

      ii) den i [rammedirektivets] artikel 8, stk. 3, nævnte politiske målsætning om at bidrage til udviklingen af det indre marked faktisk gennemføres, og

      iii) den i [rammedirektivets] artikel 8, stk. 4, nævnte politiske målsætning om, at unionsborgernes interesser fremmes, faktisk gennemføres?

d) ved besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt takstforanstaltningen er passende i lyset af [rammedirektivets] artikel 16, stk. 3, og adgangsdirektivets artikel 8, stk. 2 og 4, at tage i betragtning, at foranstaltningen er pålagt på et marked, hvor de regulerede virksomheder har en stærk position, men at den i den valgte form (»ren BULRIC«) fremmer en af [rammedirektivets] målsætninger, nemlig hensynet til slutbrugernes interesser, på et andet marked, som ikke vil blive underlagt regulering?«

IV – Retsforhandlinger ved Domstolen

32. Parterne i hovedsagen, Tele 2 Nederland BV, Ziggo BV, Ziggo Services BV og Ziggo Zakelijk Services BV, de intervenerende parter i hovedsagen*********, den nederlandske, den italienske, den polske og den finske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Under retsmødet den 16. marts 2016 afgav disse parter med undtagelse af Tele2 Nederland, den italienske og den polske regering, som ikke var repræsenteret, samt den tyske regering mundtlige indlæg.

V – Bedømmelse

A – *Indledende bemærkninger*

33. Rammedirektivet skaber en harmoniseret ramme for regulering af elektroniske kommunikationstjenester, elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og tjenester. Dette direktiv fastsætter de nationale tilsynsmyndigheders opgaver og en række procedurer, der skal sikre en harmoniseret anvendelse af rammebestemmelserne inden for hele Unionen**********.

34. Rammedirektivet pålægger de nationale tilsynsmyndigheder specifikke opgaver vedrørende regulering af markederne for elektronisk kommunikation.

35. De nationale tilsynsmyndigheder skal ved udførelsen af deres opgaver tage størst muligt hensyn til målsætningerne i rammedirektivets artikel 8. I henhold til samme direktivs artikel 8, stk. 1, skal medlemsstaterne sikre, at de nationale tilsynsmyndigheder træffer alle rimelige foranstaltninger med henblik på realiseringen af målsætningerne i nævnte artikel 8. Denne artikel præciserer i øvrigt, at de foranstaltninger, der træffes af de nationale tilsynsmyndigheder, bør stå i et rimeligt forhold til målsætningerne.

36. I henhold til rammedirektivets bestemmelser er de nationale tilsynsmyndigheder forpligtede til i tæt samarbejde med Kommissionen at afgrænse de relevante markeder inden for sektoren for elektronisk kommunikation, og de vurderer, om der findes en effektiv konkurrence på disse markeder***********. Hvis der ikke findes en effektiv konkurrence på et marked, har den pågældende nationale tilsynsmyndighed bemyndigelse til at foretage en forhåndsregulering af de selskaber, der har en stærk markedsposition.

37. De nationale tilsynsmyndigheder skal, når de vedtager en sådan forhåndsregulering, iagttage målsætningerne i rammedirektivets artikel 8. Forhåndsreguleringen bør være berettiget og stå i et rimeligt forhold til de nævnte målsætninger***********.

********* Disse fire parter har anlagt søgsmål mod ACM's afgørelse, som vedrører spørgsmål, der hverken ligger til grund for tvisten i hovedsagen eller for de præjudicielle spørgsmål. Repræsentanten for Ziggo, Ziggo Services og Ziggo Zakelijk Services oplyste under retsmødet, at disse selskaber var de vigtigste operatører, der betaler termineringstakster i Nederlandene.

********** Jf. i denne retning dom af 3.12.2009, Kommissionen mod Tyskland (C-424/07, EU:C:2009:749, præmis 53).

*********** Rammedirektivets artikel 15 og 16.

************ Jf. adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, og dom af 3.12.2009, Kommissionen mod Tyskland (C-424/07, EU:C:2009:749, præmis 60).

38. Denne forhåndsregulering kan i medfør af bestemmelserne i adgangsdirektivets artikel 13 bl.a. omfatte forpligtelser vedrørende omkostningsdækning og priskontrol, herunder forpligtelser vedrørende omkostningsbaserede priser og forpligtelser i tilknytning til omkostningsberegningssystemerne i forbindelse med levering af bestemte former for samtrafik og/eller adgang, såfremt en markedsanalyse viser, at den/de pågældende udbyder/udbydere som følge af en utilstrækkelig konkurrence vil kunne opretholde sine priser på et unaturligt højt niveau eller opretholde en prisklemme til skade for slutbrugerne. Adgangsdirektivets artikel 13, stk. 2, kræver, at mekanismerne til omkostningsdækning og de obligatoriske takstfastsættelsesmetoder sigter mod at fremme den økonomiske effektivitet og en holdbar konkurrence og mod at optimere fordelene for forbrugerne.

39. Det er ubestridt i tvisten i hovedsagen, at ACM har fastsat forhåndstakstforpligtelser i henhold til bl.a. adgangsdirektivets artikel 13, stk. 1,********** over for operatører, som ACM anser for at have en stærk position på engrosmarkedet for terminering i Nederlandene, i form af omkostningsbaserede takstlofter baseret på den beregningsmodel, som Kommissionen anbefalede i henstilling 2009/396, dvs. den »rene BULRIC«-model. Det er endvidere vigtigt at præcisere, at den forelæggende ret har anmodet Domstolen om at besvare et spørgsmål om denne henstillings gyldighed i modsætning til, hvad sagsøgerne i hovedsagen synes at have foreslået den**********.

40. Det er ligeledes ubestridt i hovedsagen, at forhåndsfastsættelse af takstforpligtelser på grundlag af en omkostningsbaseret prisfastsættelse er begrundet, henset til den manglende konkurrence på markedet for engrosfastnet- og mobilterminering, og dette markeds særlige karakter, som det bl.a. fremhæves i syvende betragtning til henstilling 2009/396, nævnt i punkt 14 i dette forslag til afgørelse.

41. Den forelæggende ret er dog i det væsentlige i tvivl om, hvorvidt de takstforanstaltninger, som ACM har vedtaget på grundlag af den »rene BULRIC«-omkostningsberegningsmodel, som anbefales i henstilling 2009/396, er unaturligt høje, og hvorvidt et takstloft baseret på en lidt anden omkostningsberegningsmodel, nemlig »plus BULRIC«, der giver de berørte operatører mulighed for at opkræve uundgåelige omkostninger som f.eks. påløbne og fælles omkostninger********** på det pågældende marked, er tilstrækkeligt, fordi en takstforanstaltning baseret på denne model opfylder allerede kravene til en omkostningsbaseret prisfastsættelse, som sagsøgerne i hovedsagen har anført.

42. Rent konkret vil anvendelsen af den »rene BULRIC«-omkostningsberegningsmodel, som det fremgår af sagsakterne, føre til fastsættelsen af et takstloft over mobilterminеringen på 1,019 eurocent pr. minut, mens det ville være på 1,861 eurocent pr. minut ved anvendelse af »plus BULRIC«-modellen. I forbindelse med fastnetterminering er takstloftet på 0,108 eurocent pr. minut ved anvendelse af den »rene BULRIC«-model mod 0,302 eurocent pr. minut ved anvendelse af »plus BULRIC«-modellen.

43. I begge tilfælde ville anvendelsen af »plus BULRIC«-modellen således give de berørte operatører mulighed for at fastsætte deres termineringstakster på et højere niveau end det, der følger af anvendelsen af den »rene BULRIC«-model, som ACM har valgt på grundlag af henstilling 2009/396.

44. Den økonomiske indsats i hovedsagen er nu klarlagt, og de af den forelæggende ret forelagte spørgsmål kan således inddeles i to grupper, nemlig dels spørgsmålet, om en national ret har beføjelser til at afvige fra en henstilling vedtaget af Kommissionen, som anvendes af en national tilsynsmyndighed, og hvilke overvejelser der skal ligge til grund for en sådan afvigelse? Dels

********** Under alle omstændigheder skal det anføres, at Domstolen allerede har fastslået, at en national tilsynsmyndigheds udstedelse af en godkendelse af priser på mobilterminering henhører under »forpligtelser vedrørende […] priskontrol [i forbindelse med] udbud af bestemte former for samtrafik og/eller adgang« som omhandlet i adgangsdirektivets artikel 13, stk. 1, jf. dom af 14.1.2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, præmis 42 og 43).

********** Jf. punkt 27 i dette forslag til afgørelse.

********** Jf. vedrørende disse omkostninger punkt 17 og 23 i dette forslag til afgørelse.

spørgsmålet, om denne ret i bekræftende fald bl.a. har beføjelser til at kontrollere, om den af den nationale reguleringsmyndighed indførte takstforanstaltning er forholdsmæssig i forhold til de målsætninger, der forfølges med rammedirektivet og adgangsdirektivet, og om den kan kræve, at den nationale reguleringsmyndighed i tilstrækkeligt omfang godtgør, at den pågældende takstforanstaltning gør det muligt effektivt at realisere de forfulgte mål?

B – *Om omfanget af den retlige prøvelse, værdien af henstilling 2009/396 og de overvejelser, der gør det muligt for den nationale ret at træffe en anden afgørelse*

45. Det fremgår ret klart af den sammenhæng, hvori den forelæggende ret anvender udtrykket »afvige fra« i det første præjudicielle spørgsmål, at den overvejer muligheden for at erstatte den »rene BULRIC«-omkostningsberegningsmodel, som Kommissionen anbefaler i sin henstilling 2009/396, og som ACM har anvendt i den afgørelse, der anfægtes ved den pågældende ret, med »plus BULRIC«, som denne ret allerede tidligere har gjort**********, og som sagsøgerne i hovedsagen har nedlagt påstand om. Det ser således ud til, at den forelæggende ret er tilbøjelig til at mene, at takster fastsat i henhold til »plus BULRIC«-modellen allerede svarer til kravene til omkostningsbaserede takster i henhold til bl.a. adgangsdirektivets artikel 13, stk. 1.

46. Den forelæggende rets kompetence til at sætte sin egen vurdering af de økonomiske og regnskabsmæssige oplysninger i stedet for ACM's vurdering af disse oplysninger, der tilsyneladende går så langt som til at indføre en model til beregning af operatørernes omkostninger i stedet for en anden, er, selv om den kan være kontroversiel**********, hverken udtrykkeligt påkrævet eller forbudt i henhold til rammedirektivets artikel 4, stk.1, som den forelæggende ret i henhold til sit første præjudicielle spørgsmål ønsker fortolket.

47. Denne artikel begrænser sig således til at kræve, at medlemsstaterne i forbindelse med søgsmål anlagt til prøvelse af afgørelser truffet af de nationale tilsynsmyndigheder skal sikre, at »der tages behørigt hensyn til sagens omstændigheder, og at der forefindes en effektiv klagemekanisme«**********.

48. Det følger heraf, at rammedirektivets artikel 4, stk. 1, ikke harmoniserer de nationale regler og praksis vedrørende de gældende retsforhandlinger og heller ikke omfanget af den prøvelse, som den nationale ret foretager af de nationale tilsynsmyndigheders afgørelser. Det kan allerhøjst udledes af ordlyden af rammedirektivets artikel 4, stk. 1, at denne bestemmelse fastsætter en grænse, under hvilken medlemsstaterne anses for ikke at sikre effektiviteten af søgsmålsmekanismerne, dvs. at det er udelukket, at den prøvelse, der foretages af klageinstansen, er rent formel. Som jeg vil gå mere i detaljer med i forbindelse med besvarelsen af det andet præjudicielle spørgsmål**********, kræver rammedirektivets og adgangsdirektivets bestemmelser endvidere, at den prøvelse, der foretages af de nationale tilsynsmyndigheders afgørelser, hvori der fastsættes forhåndsbetingelser, omfatter en undersøgelse af disse betingelsers forholdsmæssighed i forhold til de mål, der forfølges med rammedirektivet.

********** Jf. punkt 23 i dette forslag til afgørelse. Det skal bemærkes, at fristen for indførelse af en takstfastsættelse baseret på den »rene BULRIC«-model, der anbefales i henstilling 2009/396, ikke var udløbet på tidspunktet for den første sag.

********** Mens den nederlandske regering i sine skriftlige indlæg har anført, at det i en situation som den i hovedsagen omhandlede ikke tilkommer den nederlandske ret at pålægge ACM en takstforanstaltning, som den finder hensigtsmæssig, har samme regering under retsmødet anført, at den nederlandske rets prøvelse var meget indgående eller meget streng, idet den var defineret som en fuld prøvelse. Nogle af parterne i hovedsagen har ligeledes forsvaret denne fortolkning af den retlige prøvelse af ACM's afgørelser.

********** Under alle omstændigheder skal det anføres, at Domstolen allerede har fastslået, at rammedirektivets artikel 4, stk. 1, udspringer af princippet om effektiv retsbeskyttelse, i henhold til hvilket det tilkommer medlemsstaternes domstole at sikre domstolsbeskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til EU-retten: jf. bl.a. dom af 22.1.2015, T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24, præmis 33).

********** Jf. punkt 80 og 81 i dette forslag til afgørelse.

49. Derimod kræver hverken rammedirektivets artikel 4, stk. 1, eller mere generelt EU-retten, i modsætning til hvad den italienske regering i det væsentlige har anført i sine skriftlige indlæg, at en national ret, der befinder sig i en situation som den i hovedsagen omhandlede, indskrænker sig til at foretage en begrænset prøvelse af de komplekse økonomiske vurderinger, som en national tilsynsmyndighed har foretaget, f.eks. prøvelsen af et åbenbart urigtigt skøn.

50. Det skal endvidere bemærkes, at Domstolen allerede har forkastet et tilsvarende argument i dom af 24.4.2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, præmis 163-169). I denne sag, der indgik i den telekommunikationslovgivning, der gik umiddelbart forud for vedtagelsen af rammedirektivet og adgangsdirektivet, men som fortsat er relevant i denne forbindelse, fastslog Domstolen således vedrørende rækkevidden af den retlige prøvelse af en national tilsynsmyndigheds afgørelser om takster for adgang til store telekommunikationsoperatørers abonnentlinje, herunder de af den nationale tilsynsmyndighed foretagne vurderinger af de omkostninger, der skal tages i betragtning, beregningen af disse og regnskabsdokumentationen, at EU-retten ikke indeholder nogen bestemmelser om, at medlemsstaterne skal indføre en særlig form for kontrol med disse afgørelser, idet den udtrykkeligt forkastede det af en af de berørte parter fremførte argument om, at denne kontrol burde have været marginal eller begrænset.

51. Det følger af ovenstående betragtninger, at det, når der ikke findes EU-retlige bestemmelser på området, tilkommer hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne, under overholdelse af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet **********.

52. Den omstændighed, at den forelæggende ret er af den opfattelse, at den er bemyndiget til at foretage en særlig indgående kontrol af ACM's afgørelser, herunder i givet fald at sætte sin egen vurdering i stedet for den vurdering, som ACM har anlagt på grundlag af henstilling 2009/396, er således på ingen måde forbudt i henhold til EU-retten, forudsat at de to ovennævnte principper overholdes. Jeg vil også vende tilbage til dette aspekt i den foreliggende sag, særlig i lyset af overholdelsen af effektivitetsprincippet i forbindelse med besvarelsen af det andet præjudicielle spørgsmål **********.

53. Ikke desto mindre skal en national ret i forbindelse med udøvelsen af denne kompetence handle yderst forsigtigt, hvis den påtænker at afvige fra de økonomiske og regnskabsmæssige vurderinger, der er underlagt dens kontrol, og som er baseret på en henstilling vedtaget af Kommissionen, som f.eks. henstilling 2009/396.

54. Der er således ingen tvivl om, at en national ret, for hvilken et søgsmål til prøvelse af en afgørelse truffet af en national tilsynsmyndighed i henhold til henstilling 2009/396 er anlagt, ikke er bundet af vurderingerne i denne afgørelse.

55. Som alle procesdeltagerne har medgivet, er en sådan henstilling i henhold til artikel 288 TEUF nemlig ikke bindende, hvilket bekræftes i rammedirektivets artikel 19, stk. 2 – hvori det ganske vist kræves, at de nationale tilsynsmyndigheder tager nøje hensyn til sådanne henstillinger, der er vedtaget af Kommissionen i medfør af rammedirektivets artikel 19, stk. 1 – der udtrykkeligt tillader dem at afvige herfra, forudsat at de underretter Kommissionen herom og begrunder deres holdning **********.

********** Jf. i denne retning bl.a. dom af 24.4.2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, præmis 166 og den deri nævnte retspraksis).

********** Jf. punkt 92-97 i dette forslag til afgørelse.

********** Jf. i denne retning også dom af 11.9.2008, Kommissionen mod Litauen (C-274/07, EU:C:2008:497, præmis 50).

56. I den foreliggende sag ændrer den omstændighed, at ACM med vedtagelsen af den afgørelse, der er anfægtet ved den forelæggende ret, har anvendt henstilling 2009/396 i hovedsagen, ikke ved denne henstillings retlige karakter som sådan. En national ret, for hvilken der indbringes et søgsmål til prøvelse af en afgørelse truffet af en national tilsynsmyndighed i medfør af en sådan henstilling, er således ikke bundet af vurderingerne i denne henstilling.

57. Domstolen har imidlertid ved flere lejligheder fastslået, at henstillinger, selv om de ikke tilsigter at være bindende, dog ikke kan anses for at være ganske uden retsvirkninger. De nationale retsinstanser skal således også ved afgørelsen af tvister, der indbringes for dem, tage hensyn til henstillinger, navnlig når disse kan bidrage til fortolkningen af nationale bestemmelser udstedt til gennemførelse heraf, eller når der er tale om henstillinger, som har til formål at supplere bindende EU-retlige bestemmelser**********.

58. Denne retspraksis finder fuldt ud anvendelse på henstilling 2009/396.

59. I modsætning til, hvad Koninklijke KPN og KPN har gjort gældende i deres indlæg, har denne henstilling efter min opfattelse nemlig til formål at supplere bestemmelserne i den gældende lovgivning om elektroniske kommunikationstjenester. Henstilling 2009/396, der er vedtaget på grundlag af rammedirektivets artikel 19, stk. 1, efter at Kommissionen havde påvist afvigelser og uoverensstemmelser i gennemførelsen af de nationale tilsynsmyndigheders reguleringsopgaver i tilknytning til fastsættelse af takster for fastnet- og mobilterminering i Unionen, har således til formål at sikre en harmoniseret anvendelse af rammedirektivets og adgangsdirektivets bestemmelser. Henstilling 2009/396 påviser nærmere bestemt, idet den anbefaler den »rene BULRIC«-model, den omkostningsberegningsmodel, som de nationale tilsynsmyndigheder opfordres til at anvende ved fastsættelsen af engrostermineringstakster for operatører, der anses for at have en stærk markedsposition, når de pålægger dem forpligtelser vedrørende priskontrol og navnlig vedrørende omkostningsbaseret prisfastsættelse i medfør af adgangsdirektivets artikel 13**********.

60. Den forelæggende ret skal i forbindelse med den tvist, der er indbragt for den, og som vedrører retmæssigheden af fastsættelsen af takstlofter, som ACM har pålagt sagsøgerne i hovedsagen på engrosmarkedet for fastnet- og mobilterminering, og som er baseret på den »rene BULRIC«-omkostningsberegningsmodel, der anbefales i henstilling 2009/396, tage denne henstilling behørigt i betragtning.

61. Efter min opfattelse kan retten i denne forbindelse ikke se bort fra den omstændighed, at henstilling 2009/396 netop er blevet vedtaget, fordi der er blevet påvist store forskelle og uoverensstemmelser mellem de nationale tilsynsmyndigheder i Unionen med hensyn til fastsættelsen af takster for fastnet- og mobilterminering, der bl.a. ifølge syvende betragtning til denne henstilling har medført alvorlige konkurrenceforvridninger.

62. Den »rene BULRIC«-omkostningsberegningsmodel, som Kommissionen anbefaler i denne henstilling, er således blevet fastsat med det formål at bringe disse forskelle og forvridninger i Unionen, der ifølge henstillingen er skadelige for en effektiv konkurrence og for slutforbrugerne, til ophør.

********** Jf. i denne retning ligeledes dom af 11.9.2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, præmis 41), af 18.3.2010, Alassini m.fl. (C-317/08 – C-320/08, EU:C:2010:146, præmis 40), og af 24.4.2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, præmis 94).

********** Jf. særlig 21. betragtning til henstilling 2009/396 og punkt 1 heri. Selv om formålet med denne henstilling ikke var at supplere de EU-retlige bestemmelser, kunne de nationale retter under alle omstændigheder ikke se bort fra den. Ifølge Domstolens retspraksis er den forpligtelse, der påhviler de nationale retter, til at tage henstillinger i betragtning en generel forpligtelse, »særlig« når henstillingerne har til formål at supplere bindende EU-retlige bestemmelser.

63. Opfordringen til de nationale tilsynsmyndigheder i henstilling 2009/396 er således at ensrette de takstforpligtelser, de pålægger på grundlag af den »rene BULRIC«-model med henblik på at sikre en effektiv konkurrence i det indre marked, der ligeledes er til gavn for slutbrugerne og forbrugerne**********.

64. I denne forbindelse skal en national ret under udøvelsen af den retlige prøvelse af en afgørelse truffet af en national tilsynsmyndighed, hvormed henstilling 2009/396 gennemføres på det relevante marked i den pågældende medlemsstat handle med tilbageholdenhed, hvis den agter at afvige fra den omkostningsberegningsmodel, der anbefales i denne henstilling, og som er blevet anvendt af denne nationale tilsynsmyndighed.

65. For så vidt som der på ingen måde er blevet sat spørgsmålstegn ved denne henstillings gyldighed, må den omkostningsberegningsmodel, som Kommissionen foreslår heri, dels anses for at udgøre en passende foranstaltning til at undgå konkurrenceforvridning, herunder krydssubsidiering, og til at sikre slutforbrugerne maksimalt udbytte. Dette synes i øvrigt at være præmissen for den forelæggende rets ræsonnement, som det fremgår af ordlyden af det første præjudicielle spørgsmål.

66. Dels skal det sikres, at de konkurrenceforvridninger på EU-plan, der fremhæves i henstilling 2009/396, og som denne henstilling har til formål at udligne eller nedbringe via anvendelsen af den »rene BULRIC«-omkostningsberegningsmodel, ikke genindføres af de nationale retter, eller at disse i det mindste kun kan basere sig på seriøse begrundelser for at afvige fra den model, som anbefales på EU-plan, og som anvendes af en national tilsynsmyndighed.

67. Den forelæggende ret har i det første præjudicielle spørgsmål netop spurgt om, hvilke præcise overvejelser den kan lægge til grund for en afvigelse fra henstilling 2009/396, sådan som den er gennemført af ACM. Retten har som begrundelse generelt henvist til »de faktiske omstændigheder i den sag, den skal pådømme, og/eller ud fra regler i national henholdsvis supranational ret«.

68. Den forelæggende ret har på ingen måde forklaret betragtningerne omkring »supranational ret«, og jeg må indrømme, at jeg ikke er klar over, hvilke regler eller retsakter den henviser til. Det er derfor ikke muligt at udtale sig om en sådan begrundelse.

69. Overvejelser omkring national ret er langt lettere at identificere. Det undrer mig dog meget, at man, som den forelæggende ret ser ud til at gøre, udelukkende baserer sig på disse betragtninger og forkaster den »rene BULRIC«-omkostningsberegningsmodel, som ACM har anvendt i den foreliggende sag, når den juridiske sammenhæng, sagen indgår i, tages i betragtning.

70. Hvis jeg har forstået den forelæggende rets ræsonnement korrekt, har den af telekommunikationslovens artikel 6a.2, stk. 3, og 6a.7, stk. 2 – der i det væsentlige tillader ACM at indføre en takstforpligtelse i form af en omkostningsbaseret prisfastsættelse, når en sådan forpligtelse er baseret på det konstaterede problems art og er forholdsmæssig og begrundet i forhold til målene i samme lovs artikel 1.3 – udledt, at der ikke kan pålægges en form for prisregulering (nemlig prisregulering baseret på den »rene BULRIC«-model), der går videre end en prisregulering, der allerede kan anses for at være omkostningsbaseret (underforstået prisregulering baseret på den »rene BULRIC«-model).

********** Dette mål ser i dag ud til at være nået delvist, idet Kommissionen under retsmødet oplyste, at den »rene BULRIC«-model anvendes i 24 ud af 28 medlemsstater. Ud over Kongeriget Nederlandene er det kun Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Cypern og Republikken Finland, der ikke anvender en omkostningsberegningsmetode baseret på denne model. Kommissionen tilføjede under retsmødet, at situationen i Republikken Cypern er begrundet i henhold til punkt 12 i henstilling 2009/396, der åbner mulighed for, at nationale tilsynsmyndigheder med begrænsede ressourcer på visse vilkår kan anvende en alternativ metode.

71. Ses der bort fra værdivurderingerne i forbindelse med de to omkostningsberegningsmodeller, skal det, som den nederlandske regering også bemærkede under retsmødet, anføres, at de bestemmelser i intern ret, som den forelæggende ret henviser til, gennemfører rammedirektivets og adgangsdirektivets bestemmelser, ofte med en identisk ordlyd. Ifølge den forelæggende ret gennemfører telekommunikationslovens artikel 1.3 rammedirektivets artikel 8 i national ret, idet den fastsætter de generelle mål i lovgivningen om elektroniske kommunikationstjenester, som de nationale tilsynsmyndigheder skal bidrage til. Telekommunikationslovens artikel 6a.2, stk. 3, gengiver endvidere adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, bl.a. hvad angår kravet om, at de nationale tilsynsmyndigheder indfører forhåndsregulerede forpligtelser, mens telekommunikationslovens artikel 6a.7, stk. 2, gennemfører adgangsdirektivets artikel 13, stk. 1, særlig vedrørende kravet om omkostningsbaserede priser.

72. Under disse omstændigheder, og selv om jeg må medgive, at det tilkommer den forelæggende ret at fortolke national ret, har jeg vanskeligt ved at tro, at intern ret, sådan som den forelæggende ret har beskrevet den, dvs. sådan som den følger af EU-retten, efter sin ordlyd og som sådan kræver, at der ses bort fra den beregningsmodel, som Kommissionen har anbefalet, og som bl.a. har til formål at supplere og præcisere bestemmelserne i adgangsdirektivets artikel 13 med hensyn til, hvad der forstås ved indførelse af omkostningsbaserede takstforpligtelser.

73. Som den tyske, den finske og den polske regering med rette har fremhævet, betyder dette ganske vist ikke, at der kun findes en enkelt teoretisk omkostningsberegningsmodel, der præciserer kravene til omkostningsbaserede priser fastsat i adgangsdirektivets artikel 13, stk. 1.

74. Dette betyder i den foreliggende sag blot, at rent juridiske begrundelser i intern ret ikke efter min opfattelse som sådan kan kræve, at der ses bort fra den omkostningsberegningsmodel, der anbefales i henstilling 2009/396 og gennemføres af ACM i den ved den forelæggende ret anfægtede afgørelse.

75. Som navnlig Tele 2 Nederland, Ziggo, den italienske regering og Kommissionen bl.a. har anført, og som T-Mobile Netherlands har medgivet, er det derimod betragtninger i tilknytning til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, særlig det nederlandske markeds særlige karakter, der efter min opfattelse vil kunne foranledige den forelæggende ret til at afvige fra den beregningsmodel, som ACM har anvendt på grundlag af henstilling 2009/396.

76. Dette bør efter min opfattelse udgøre besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål.

77. Det er imidlertid ikke muligt at undersøge dette aspekt af hovedsagen mere indgående. Den forelæggende ret har på ingen måde præciseret de faktiske og/eller specifikke omstændigheder i hovedsagen, der vil kunne føre til en afvigelse fra vurderingerne i henstilling 2009/396, som gennemføres af ACM i den afgørelse, hvis lovlighed bestrides ved den forelæggende ret.

78. Jeg foreslår således, at det første præjudicielle spørgsmål besvares således: Rammedirektivets artikel 4, stk. 1, skal fortolkes således, at en national ret, for hvilken der indbringes en sag om lovligheden af en forhåndsreguleret forpligtelse i form af et omkostningsbaseret takstloft, der pålægges af en national tilsynsmyndighed på et engrosmarked for fastnet- og mobilterminering stjenester uden konkurrence i medfør af henstilling 2009/396, der anbefaler den »rene BULRIC«-omkostningsberegningsmodel som en egnet foranstaltning til regulering af priserne på det pågældende marked, kan afvige fra en sådan henstilling i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 19, stk. 1, hvis den nationale ret mener, at årsager i tilknytning til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, bl.a. markedets særlige karakter i den pågældende medlemsstat, gør det påkrævet.

C – Om indholdet af den retlige prøvelse og om det bevisniveau, der kræves af den nationale tilsynsmyndighed vedrørende realiseringen af de mål, der forfølges med rammedirektivet og adgangsdirektivet

79. Med det andet præjudicielle spørgsmål, der er opdelt i flere delspørgsmål, ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst dels, om indholdet af den prøvelse, der foretages af ACM's afgørelse, kan omfatte en undersøgelse af forholdsmæssigheden med hensyn til den takstforpligtelse, som denne myndighed har pålagt, henset til de mål og tilsynsprincipper, der er fastsat i rammedirektivet og adgangsdirektivet, herunder undersøgelsen af den omstændighed, at takstforanstaltningen er blevet indført på et marked uden konkurrence, men har til formål at fremme målet om at tilgodese slutforbrugerne på et konkurrencepræget marked [det andet præjudicielle spørgsmål, litra b) og d)]. Dels ønsker den oplyst, for det første om den i forbindelse med den prøvelse, den skal foretage af ACM's afgørelse, kan tage hensyn til den *effektive* indvirkning på den interne funktion af den takstforanstaltning, som denne myndighed har vedtaget, og for det andet om den kan kræve af ACM, at den fuldt ud godtgør, at den pågældende foranstaltning *rent faktisk* realiserer tre af de i rammedirektivets artikel 8 opstillede mål [det andet præjudicielle spørgsmål, litra a) og c)].

80. Hvad angår første del af det andet spørgsmål er jeg enig med samtlige procesdeltagerne i, at det tilkommer de nationale retter at kontrollere forholdsmæssigheden af en takstforanstaltning som den, ACM har anvendt i hovedsagen.

81. Som størstedelen af procesdeltagerne har anført, fremgår det klart af adgangsdirektivets artikel 8, stk. 4, at de forpligtelser, der pålægges af de nationale tilsynsmyndigheder, herunder også forpligtelserne i henhold til direktivets artikel 13 om omkostningsbaserede priser, skal tage udgangspunkt i det konkrete problem samt være forholdsmæssige og begrundede i lyset af de målsætninger, der er fastlagt i rammedirektivets artikel 8**********. Denne kompetence, der er tillagt de nationale tilsynsmyndigheder, kan dog ikke undslippe den retlige prøvelse af sagens »realitet« som omhandlet i rammedirektivets artikel 4, stk. 1. Som bl.a. den nederlandske regering og Kommissionen har anført, og som det navnlig fremgår af den nyere dom af 17. september 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, præmis 43, 47 og 49), skal de nationale retter således sikre, at de nationale tilsynsmyndigheder overholder alle de krav, der følger af adgangsdirektivets artikel 8 og 13, herunder opgaven med at sikre, at den af de nationale tilsynsmyndigheder indførte takstforpligtelse er forholdsmæssig og berettiget i forhold til de mål, der er opstillet i rammedirektivets artikel 8**********.

82. Den omstændighed, at en sådan takstforanstaltning er baseret på en henstilling vedtaget af Kommissionen, såsom henstilling 2009/396, ændrer ikke denne vurdering. Med andre ord fratager eksistensen af en henstilling alene ikke den nationale ret dens kompetence til at prøve forholdsmæssigheden af en takstforanstaltning vedtaget af en national tilsynsmyndighed i forhold til de mål, der er opstillet i rammedirektivets artikel 8.

83. Ikke desto mindre skal den nationale ret som allerede anført tage en sådan henstilling behørigt i betragtning. Den »rene BULRIC«-model, som denne henstilling anbefaler, hvis retmæssighed, der ikke sættes spørgsmålstegn ved, og som ACM har baseret sin analyse og sin afgørelse på, må efter min opfattelse antages at være forholdsmæssig i forhold til de mål, der er opstillet i rammedirektivets artikel 8.

********** Jf. også i denne retning dom af 19.6.2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, præmis 44).

********** Jf. ligeledes vedrørende Domstolens opfordring til en national ret til at vurdere forholdsmæssigheden af den forpligtelse, som en national tilsynsmyndighed har pålagt en operatør, som har en stærk markedsposition, til at etablere stikledninger mellem fordelingspunktet i et accessnet og netterminering spunktet hos slutbrugeren dom af 19.6.2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, præmis 47).

84. I denne forbindelse bør undersøgelsen af takstforanstaltningens forholdsmæssighed i forhold til de mål, der er opstillet i rammedirektivets artikel 8, efter min opfattelse foranledige den forelæggende ret til i medfør af de nationale bestemmelser om de processuelle regler for sagsanlæg, herunder reglerne vedrørende bevisbyrden, at kontrollere, dels, om parterne i hovedsagen har fremlagt tilstrækkeligt mange relevante oplysninger til, at ovennævnte antagelse kan ændres under de omstændigheder, der gør sig gældende i hovedsagen, henset i givet fald til det nederlandske markeds særlige karakter, dels, om ACM's begrundelse for at afvise anvendelsen af »plus BULRIC«-modellen, sådan som sagsøgerne i hovedsagen har anmodet om, er fyldestgørende begrundet.

85. Rammedirektivets og adgangsdirektivets bestemmelser er i øvrigt ikke til hinder for, at den nationale ret i forbindelse med prøvelsen af den af ACM vedtagne takstforanstaltnings forholdsmæssighed undersøger den omstændighed, at denne foranstaltning er blevet indført på engrosmarkedet (uden konkurrence) for fastnet- og mobilterminering stjenester, men at den fremmer målet om at tilgodese slutbrugerne og forbrugerne på markederne i efterfølgende omsætningsled, der er konkurrenceprægede.

86. Det er i denne forbindelse vigtigt at understrege, at de nationale tilsynsmyndigheder i henhold til rammedirektivets artikel 8, stk. 2, litra a), og artikel 4, ved fremme af konkurrencen skal sikre, at brugerne får maksimalt udbytte for så vidt angår især pris, og fremmer Den Europæiske Unions borgeres interesser, mens de nationale tilsynsmyndigheder i henhold til adgangsdirektivets artikel 13, stk. 2, når de indfører mekanismer til omkostningsdækning, ligeledes skal sikre øgede fordele for forbrugerne. Som den nederlandske regering og Kommissionen med føje har bemærket i deres skriftlige indlæg, følger det heraf, at de nationale tilsynsmyndigheder skal tage slutbrugernes interesser i betragtning, uanset hvilket marked forhåndsforpligtelserne pålægges. De nationale tilsynsmyndigheders vurdering af slutbrugernes og forbrugernes interesser kan ikke unddrages den retlige prøvelse.

87. For så vidt som slutbrugerne og forbrugerne pr. definition ikke er til stede på engrosmarkedet for fastnet- og mobilterminering stjenester, er det i øvrigt vigtigt, at deres interesser kan tages i betragtning og vurderes i forbindelse med undersøgelsen af, hvilken virkning den takstforanstaltning, som den nationale tilsynsmyndighed indfører på engrosmarkedet, vil få på detailmarkedet.

88. Sagsøgerne i hovedsagen, der behandler det forelagte spørgsmål ud fra en anden vinkel, har i deres skriftlige indlæg i det væsentlige gjort gældende, at en national tilsynsmyndighed som ACM ikke er kompetent til at fastsætte forhåndsforpligtelser på et konkurrencepræget marked som detailmarkedet for fastnet- og mobilterminering, hvilket ville være resultatet af anvendelsen af den »rene BULRIC«-model.

89. Det er korrekt, at det i rammedirektivets artikel 16, stk. 3, forbydes de nationale tilsynsmyndigheder at indføre eller opretholde en af de i adgangsdirektivets artikel 8 omhandlede takstforpligtelser, når de konkluderer, at der er reel konkurrence på markedet. En national tilsynsmyndighed kan således ikke pålægge en forhåndstakstforpligtelse på et marked, der er åbent for konkurrence, i omsætningsled efter engrosmarkedet for fastnet- og mobilterminering.

90. Som Kommissionen bl.a. har medgivet i sine skriftlige indlæg, er indførelsen af en omkostningsbaseret prisfastsættelse baseret på den »rene BULRIC«-model til hinder for, at de berørte aktører kan indtjene uundgåelige omkostninger på engrosmarkedet (uden konkurrence) for fastnet- og mobilterminering. Den har ligeledes fremhævet, at anvendelsen af en metode baseret på en sådan model imidlertid ikke forhindrer de berørte operatører i at indtjene disse omkostninger på andre konkurrenceprægede markeder, hvilket ifølge Kommissionen er mere optimalt, både ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt og af hensyn til slutforbrugerne.

91. En takstmetode baseret på den »rene BULRIC«-model har med andre ord ikke til formål at indføre forhåndstakstbetingelser på konkurrenceprægede markeder. Som Kommissionen har bekræftet under retsmødet, kan de berørte operatører fortsat frit indtjene hele eller en del af deres uundgåelige omkostninger på visse eller flere af disse markeder, navnlig afhængigt af deres forretningsstrategi og/eller af en mere retfærdig økonomisk vurdering af disse omkostninger på de pågældende markeder.

92. Hvad angår anden del af det andet præjudicielle spørgsmål, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt den forelæggende ret i forbindelse med prøvelsen af ACM's afgørelse har ret til at tage hensyn til den *faktiske* indflydelse på den af ACM indførte takstforanstaltnings interne funktion og kan kræve, at ACM fuldt ud godtgør, at den realiserede foranstaltning *rent faktisk* gennemfører tre af de i rammedirektivets artikel 8 opstillede mål, må det efter min opfattelse besvares benægtende.

93. Det skal således bemærkes, at rammedirektivets artikel 8 bestemmer, at de nationale tilsynsmyndigheder under udførelsen af deres tilsynsopgaver som omhandlet i rammedirektivet og navnlig adgangsdirektivet skal træffe alle rimelige (og forholdsmæssige) foranstaltninger med henblik på opfyldelse af målene i denne artikel, som består i at *fremme* konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, at *bidrage* til udviklingen af det indre marked samt at *fremme* unionsborgernes interesser**********.

94. Med henblik på en virkeliggørelse af målsætningerne i rammedirektivets artikel 8 præciseres det i adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1, at de nationale tilsynsmyndigheder skal varetage deres ansvar med *henblik på at fremme* effektivitet, holdbar konkurrence, effektive investeringer og innovation samt *skabe* flest mulige fordele for slutbrugerne**********.

95. De forhåndsforpligtelser, som de nationale tilsynsmyndigheder kan indføre, herunder takstforpligtelser som de i hovedsagen omhandlede, skal således *have til formål at* bidrage til realiseringen af de i rammedirektivets artikel 8 opstillede målsætninger.

96. Det kan derimod ikke efter min opfattelse kræves, at en national tilsynsmyndighed godtgør, at disse forpligtelser reelt når disse mål, eller at den nationale ret prøver disse forpligtelsers retmæssighed afhængigt af den faktiske indflydelse, de har på det indre markeds funktion**********.

97. Som bl.a. Ziggo og den nederlandske regering har fremhævet, ville den omstændighed, at en sådan bevisbyrde pålægges en national tilsynsmyndighed, se bort fra den omstændighed, at vedtagelsen af forhåndsregulerede forpligtelser er baseret på en fremtidsanalyse baseret på markedsudviklingen, der som reference ved afhjælpning af de konstaterede konkurrenceproblemer anvender en effektiv operatørs adfærd og/eller omkostninger. Der er således tale om fremtidige foranstaltninger, og det kan pr. definition ikke kræves, at de effektivt realiserer de i rammedirektivets artikel 8 opstillede mål. Såfremt en national tilsynsmyndighed skulle være forpligtet til at levere et sådant bevis, er jeg enig med Kommissionen i, at effektiviteten af rammedirektivets og adgangsdirektivets bestemmelser ville blive berørt. En sådan hypotese ville bevirke, at det kræves af en national tilsynsmyndighed, at den fremlægger et bevis, der er umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at fremlægge.

********** Jf. også i denne retning dom af 19.6.2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, præmis 39) (min fremhævelse).

********** Jf. dom af 19.6.2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, præmis 40) (min fremhævelse).

********** Under alle omstændigheder skal det understreges, at Domstolen i forbindelse med fortolkningen af udtrykket »indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne« fastsat i rammedirektivets artikel 7, stk. 3, litra b), har fastslået, at en foranstaltning vedtaget af en national tilsynsmyndighed er omfattet af dette udtryk, hvis den har en direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne: jf. i denne retning dom af 16.4.2005, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej og Telefonia Dialog (C-3/14, EU:C:2015:232, præmis 59), og af 14.1.2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, præmis 55) (min fremhævelse). I sidstnævnte doms præmis 56 præciserede Domstolen, at det fremgik af de indlæg, der var indgivet til den, at mobiltermineringspriserne har en betydning for de priser, som brugere i andre medlemsstater skal betale, når de foretager et opkald til kunder hos den pågældende operatør i en bestemt medlemsstat, idet disse mobiltermineringspriser overvæltes på opkaldspriserne for slutbrugeren.

VI – Forslag til afgørelse

98. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af College van Beroep voor het bedrijfsleven (appeldomstol i sager om handel og industri, Nederlandene) forelagte spørgsmål på følgende måde:

»1) Artikel 4, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25. november 2009, skal fortolkes således, at en national ret, for hvilken der er indbragt en tvist om lovligheden af en forhåndsreguleret forpligtelse i form af et omkostningsbaseret takstloft pålagt af en national tilsynsmyndighed på et engrosmarked uden konkurrence for fastnet- og mobilterminering stjenester i medfør af Kommissionens henstilling 2009/396 af 7. maj 2009 om regulering af fastnet- og mobilterminering stakster i EU, hvori anbefales den såkaldte »rene Bottom-up long-run incremental costs (BULRIC)«-omkostningsberegningsmetode som en passende foranstaltning til regulering af priserne på det pågældende marked, kan afvige fra en sådan henstilling i medfør af artikel 19, stk. 1, i direktiv 2002/21 som ændret, såfremt denne nationale ret finder, at hensyn i tilknytning til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, særligt den specifikke karakter af den pågældende medlemsstats marked, gør det påkrævet.

2) I forbindelse med den retlige prøvelse af en forhåndsreguleret, omkostningsbaseret takstforpligtelse, såsom den af den nationale tilsynsmyndighed i hovedsagen indførte, har en national ret beføjelser til at prøve denne forpligtelses forholdsmæssighed i forhold til de politiske mål og tilsynsprincipper, der er fastsat i artikel 8 i direktiv 2002/21 som ændret ved direktiv 2009/140, og i artikel 13 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet), som ændret ved direktiv 2009/140. Prøvelsen af forholdsmæssigheden med hensyn til den pågældende forhåndsregulerede forpligtelse kan tage hensyn til målene om at fremme slutbrugernes og forbrugernes interesser på detailmarkederne, der er åbne for konkurrence, og som befinder sig i efterfølgende omsætningsled i forhold til engrosmarkedet for fastnet- og mobilterminering stjenester, hvor denne forpligtelse pålægges.

3) I forbindelse med prøvelsen af forholdsmæssigheden af en forhåndsreguleret omkostningsbaseret takstforpligtelse som den af den nationale tilsynsmyndighed i hovedsagen indførte kan det ikke kræves af denne myndighed, at den godtgør, i hvilket omfang en sådan forhåndsreguleret forpligtelse faktisk vil nå de i artikel 8 i direktiv 2002/21, som ændret ved direktiv 2009/140, opstillede mål og/eller rent faktisk vil indvirke på det indre markeds funktion.«