Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 28 kwietnia 2016 r.[1]

Sprawa C-28/15

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez College van Beroep voor het bedrijfsleven (sąd apelacyjny ds. postępowania administracyjnego w sprawach gospodarczych, Niderlandy)]

Odesłanie prejudycjalne — Wspólne ramy regulacyjne sieci i usług łączności elektronicznej — Dyrektywa 2002/19/WE — Artykuły 8 i 13 — dyrektywa 2002/21/WE — Artykuły 4, 8 i 19 — Zalecenie 2009/396/WE — Znaczenie prawne — Kontrola cen i obowiązki dotyczące systemu księgowania kosztów — Stawki za usługi zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych — Obowiązki nałożone przez krajowy organ regulacyjny (KOR) na operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową — Zakres sądowej kontroli ocen natury ekonomicznej dokonanych przez KOR

I – **Wprowadzenie**

1. Czy, rozpatrując skargę na decyzję krajowego organu regulacyjnego (KOR) ustalającą pułapy taryfowe dla usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych świadczonych przez operatorów o znaczącej pozycji rynkowej, sąd krajowy jest upoważniony do przyjęcia rozstrzygnięcia odbiegającego od zastosowanego przez wspomniany KOR zalecenia Komisji Europejskiej, a jeśli tak jest to z jakich względów? Czy, w razie odpowiedzi twierdzącej, sąd krajowy uprawniony jest w szczególności do kontroli proporcjonalności środka taryfowego nałożonego przez KOR w świetle celów realizowanych przez wspólne ramy regulacyjne sieci i usług łączności elektronicznej i czy sąd krajowy może wymagać, by KOR w wystarczającym stopniu wykazał, że dany środek taryfowy pozwala skutecznie osiągnąć założone cele?

1 — Język oryginału: francuski.

2. W istocie to właśnie jest przedmiotem dwóch pytań postawionych przez College van Beroep voor het bedrijfsleven (sąd apelacyjny ds. postępowania administracyjnego w sprawach gospodarczych, Niderlandy) w kontekście interpretacji art. 4 ust. 1 i art. 8 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywy ramowej)[2], zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r.[3]. (zwanej dalej „dyrektywą ramową") oraz art. 8 i 13 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywy o dostępie)[4], zmienionej dyrektywą 2009/140 (zwanej dalej „dyrektywą o dostępie").

3. Pytania te zostały podniesione w ramach sporu między kilkoma niderlandzkimi operatorami telekomunikacyjnymi, w tym Koninklijke KPN NV, a Autoritiet Consument en Markt (ACM) (organem ds. konsumentów i rynków, Niderlandy) w przedmiocie decyzji tego organu ustalającej – na podstawie modelu obliczania kosztów opisanego i rekomendowanego w zaleceniu 2009/396/WE Komisji z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych w UE[5] – pułapy taryfowe dla usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych świadczonych przez wspomnianych operatorów.

II – **Ramy prawne**

A – *Prawo Unii*

1. Dyrektywa ramowa

4. Artykuł 4 dyrektywy ramowej, zatytułowany „Prawo odwołania się", stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewniają, aby na poziomie krajowym istniały skuteczne mechanizmy umożliwiające użytkownikom lub przedsiębiorstwom udostępniającym sieci lub usługi łączności elektronicznej, których dotyczy dana decyzja wydana przez [KOR], korzystanie z prawa odwołania się od takiej decyzji do organu odwoławczego niezależnego od stron uczestniczących w sporze. Organ taki, który może być sądem, dysponuje odpowiednią wiedzą specjalistyczną pozwalającą mu na skuteczne wypełnianie swoich funkcji. Państwa członkowskie zapewniają, aby aspekty merytoryczne każdej sprawy zostały właściwie rozpatrzone, oraz zapewniają istnienie skutecznych środków odwoławczych.

[…]".

5. Artykuł 7 dyrektywy ramowej stanowi, co następuje:

„[…]

3. […] w przypadku gdy [KOR] zamierza podjąć środek, który:

a) jest objęty zakresem stosowania art. 15 lub art. 16 niniejszej dyrektywy lub art. 5 lub art. 8 [dyrektywy o dostępie]; oraz

b) może oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi,

2 — Dz.U. 2002, L 108, s. 33.
3 — Dz.U. 2009, L 337, s. 37.
4 — Dz.U. 2002, L 108, s. 7.
5 — Dz.U. 2009, L 124, s. 67.

udostępnia on projekt planowanego środka Komisji, [Organowi Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC)][6] i [KOR] w innych państwach członkowskich, jednocześnie, wraz z uzasadnieniem tego środka […]. [KOR], BEREC i Komisja mogą przedstawić swoje uwagi danemu [KOR] wyłącznie w terminie jednego miesiąca […].

[…]

7. [KOR] uwzględnia w jak największym stopniu uwagi innych [KOR], BEREC i Komisji […].

[…]".

6. Artykuł 8 dyrektywy ramowej, zatytułowany „Cele prowadzonej polityki oraz zasady prawne", stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewnią, by [KOR], wypełniając swoje zadania wynikające z postanowień niniejszej dyrektywy lub dyrektyw szczegółowych, podejmowały stosowne środki zmierzające do realizacji celów określonych w ust. 2, 3 oraz 4. Takie środki winny być proporcjonalne do celów, jakie mają zostać osiągnięte.

[…]

2. [KOR] będą wspierać konkurencję w dziedzinie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej oraz urządzeń i usług [towarzyszących], m.in.:

a) zapewniając, by użytkownicy […] czerpali maksymalne korzyści, z różnorodności, ceny i jakość usług;

b) zapewniając, aby nie było zakłóceń lub ograniczeń konkurencji w sektorze łączności elektronicznej […];

[…]

3. [KOR] będą wspierać rozwój rynku wewnętrznego m.in.:

[…]

d) współpracując z Komisją i z BEREC, tak, aby zapewnić rozwój spójnych praktyk regulacyjnych i spójnego stosowania niniejszej dyrektywy oraz dyrektyw szczegółowych[7].

4. [KOR] będą promować interesy obywateli Unii Europejskiej […]".

7. Artykuł 16 dyrektywy ramowej, zatytułowany „Procedura analizy rynku", przewiduje, co następuje:

„[…]

2. W przypadku gdy na podstawie przepisów […] art. 8 dyrektywy [o dostępie] [KOR] zobowiązany jest podjąć decyzję w sprawie nałożenia, utrzymania, zmiany lub uchylenia obowiązków w odniesieniu do przedsiębiorstw, stwierdza on na podstawie dokonanej analizy rynku, o której mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, czy na odnośnym rynku występuje skuteczna konkurencja.

6 — Organ ten został ustanowiony na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1211/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz.U. 2009, L 337, s. 1).

7 — Określenie „szczegółowe dyrektywy" obejmuje między innymi dyrektywę o dostępie.

3. Jeżeli [KOR] ustali, że na danym rynku występuje efektywna konkurencja, nie będzie nakładać ani utrzymywać żadnych specyficznych wymogów, o których mowa w ustępie 2 […]

4. W przypadku gdy [KOR] ustali, że na odnośnym rynku nie występuje skuteczna konkurencja, wskazuje on przedsiębiorstwa, które samodzielnie lub wspólnie z innymi posiadają znaczącą pozycję na tym rynku, zgodnie z art. 14. [KOR] nakłada na takie przedsiębiorstwa odpowiednie szczególne wymogi regulacyjne, o których mowa w ust. 2 niniejszego artykułu, lub utrzymuje lub zmienia już istniejące wymogi.

[…]

8. Artykuł 19 dyrektywy ramowej, zatytułowany „Procedury harmonizacji”, stanowi:

„1. […] w przypadku gdy Komisja stwierdzi, że rozbieżności we wdrażaniu przez [KOR] zadań regulacyjnych określonych w niniejszej dyrektywie i w dyrektywach szczegółowych mogą stwarzać przeszkody w tworzeniu rynku wewnętrznego, może ona wydać zalecenie lub decyzję co do zharmonizowanego stosowania przepisów niniejszej dyrektywy i dyrektyw szczegółowych w celu przyspieszenia realizacji celów określonych w art. 8.

2. […]

Państwa członkowskie zapewniają, aby [KOR] w jak największym stopniu uwzględniały te zalecenia przy wypełnianiu swoich zadań. W przypadku gdy [KOR] postanowi nie stosować się do danego zalecenia, informuje o tym Komisję, uzasadniając swoje stanowisko.

[…]”.

2. Dyrektywa o dostępie

9. Artykuł 8 dyrektywy o dostępie, zatytułowany „Nakładanie, zmiana albo uchylenie obowiązków”, stanowi, co następuje:

„1. Państwa członkowskie zapewnią, by [KOR] były upoważnione do nakładania obowiązków, o których mowa w art. 9–13a.

2. Jeżeli, w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 [dyrektywy ramowej], dany operator został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję na danym rynku, stosownie do okoliczności, [KOR] nałożą na niego obowiązki wymienione w art. 9–13 niniejszej dyrektywy.

[…]

4. Obowiązki nałożone zgodnie z niniejszym artykułem muszą opierać się na charakterze stwierdzonego problemu, oraz muszą być proporcjonalne oraz uzasadnione w świetle celów określonych w art. 8 [dyrektywy ramowej]. Obowiązki te mogą być nałożone tylko po przeprowadzeniu konsultacji zgodnie z art. 6 oraz 7 wspomnianej dyrektywy.

[…]”.

10. Artykuł 13 dyrektywy o dostępie, zatytułowany „Kontrola cen i obowiązki związane z systemem księgowania kosztów”, stanowi, co następuje:

„1. [KOR] mogą nałożyć na operatorów, zgodnie z przepisami art. 8, obowiązki związane ze zwrotem kosztów oraz kontrolą cen, w tym obowiązki związane z oparciem cen o koszty oraz obowiązki dotyczące systemów księgowania kosztów, w odniesieniu do udostępniania szczególnych rodzajów wzajemnych połączeń lub dostępu, w sytuacjach gdy analiza rynku wskazuje, że brak skutecznej konkurencji oznacza, że dany operator może utrzymywać ceny na nadmiernie wysokim poziomie lub stosować zaniżanie cen ze szkodą dla użytkowników końcowych. W celu zachęcenia operatorów do inwestowania, w tym również w sieci nowej generacji, krajowe organy regulacyjne biorą pod uwagę dokonane przez operatora inwestycje oraz umożliwiają mu uzyskanie zwrotu stosownej części zainwestowanego kapitału, uwzględniając wszelkie ryzyko typowe dla konkretnego nowego przedsięwzięcia inwestycyjnego.

2. [KOR] zapewnią, by wszelkie mechanizmy uzyskiwania zwrotu kosztów oraz metodologie taryfikacji, jakie mają obowiązywać, zmierzały do promowania wydajności oraz zrównoważonej konkurencji i maksymalizacji korzyści konsumenta. W tym względzie [KOR] mogą także wziąć pod uwagę ceny obowiązujące na porównywalnych rynkach konkurencyjnych.

3. Jeżeli dany operator ma obowiązek określania cen w zależności od kosztów, to na nim spoczywa ciężar dowodu, że należności są określone w zależności od kosztów, uwzględniając stopę zwrotu inwestycji. W celu obliczenia kosztów skutecznego świadczenia danej usługi, [KOR] mogą zastosować metody księgowania kosztów inne od tych, które stosuje przedsiębiorstwo. [KOR] mogą zażądać od danego operatora całościowego uzasadnienia stosowanych cen, a w razie potrzeby – odpowiedniego dostosowania tych cen”.

3. Zalecenie 2009/396

11. Motyw 1 zalecenia 2009/396 wskazuje, co następuje:

„[…] Podczas oceny ponad 850 projektów środków przedłożonych zgodnie z art. 7 [dyrektywy ramowej] stwierdzono […] brak spójności uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń głosowych.

12. Motyw 3 zalecenia 2009/396 uściśla:

„Istotne różnice w zakresie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych prowadzą do istotnych zakłóceń konkurencji […]”.

13. Motyw 4 tego zalecenia wskazuje, co następuje:

„Obecny brak harmonizacji w zakresie stosowania zasad księgowania kosztów na rynkach zakańczania połączeń świadczy o potrzebie wspólnego podejścia, które zapewni większą pewność prawną oraz właściwe zachęty dla potencjalnych inwestorów, a także obniży obciążenie administracyjne operatorów, którzy działają już w kilku państwach członkowskich.[…]”.

14. Motyw 7 zalecenia 2009/396 uściśla:

„[…] System pobierania opłat w UE opiera się na zasadzie płaci sieć strony rozpoczynającej połączenie (ang. »Calling Party Network Pays«), zgodnie z którą stawka za zakończenie połączenia jest ustalana przez sieć, do której kierowane jest połączenie, natomiast jest ona opłacana przez sieć rozpoczynającą połączenie. Stron[a], do której kierowane jest połączenie, nie uiszcza żadnych opłat za tę usługę i generalnie nie ma ona powodu do reagowania na cenę za zakończenie połączenia ustaloną przez

swojego dostawcę sieci. W tym kontekście dla [KOR] głównym problemem w zakresie konkurencji jest ustalanie nadmiernych cen. Wysokie koszty zakańczania połączeń są ostatecznie pokrywane przez wysokie opłaty za rozpoczynanie połączeń nakładane na użytkowników końcowych. Biorąc pod uwagę, że rynki zakańczania połączeń oznaczają sytuację dwukierunkowego dostępu, kolejne problemy związane z konkurencją obejmują subsydiowanie skrośne między operatorami. Tego rodzaju problemy związane z konkurencją dotyczą rynków zakańczania połączeń zarówno w sieciach stacjonarnych, jak i w sieciach ruchomych. W świetle możliwości i motywacji operatorów zakańczających połączenia do ustalania cen znacznie powyżej kosztów, wprowadzanie zasady określania cen w zależności od kosztów jest uważane za najbardziej właściwy sposób zwalczania tej praktyki w perspektywie średniookresowej. […] W świetle szczególnych cech rynków zakańczania połączeń i związanych z tym obaw dotyczących konkurencji i dystrybucji, Komisja od dawna uznaje, że określenie wspólnego podejścia opartego na standardzie efektywności kosztowej i stosowanie symetrycznych stawek za zakańczanie połączeń wspierałoby efektywność, zrównoważoną konkurencję oraz zmaksymalizowałoby korzyści dla konsumentów w zakresie oferowanych cen i usług".

15. Motyw 13 zalecenia 2009/396 przewiduje, co następuje:

„Uwzględniając szczególne cechy rynków zakańczania połączeń, koszty usług zakańczania połączeń powinny być obliczane w oparciu o zorientowane przyszłościowo długookresowe koszty przyrostowe (LRIC). […] Modele LRIC obejmują tylko te koszty, które są spowodowane zapewnieniem określonego przyrostu. Podejście oparte na koszcie przyrostowym, przypisujące tylko wydajnie poniesione koszty, które nie byłyby ponoszone, jeżeli usługa stanowiąca składnik przyrostu nie byłaby już świadczona (tzn. koszty możliwe do uniknięcia), wspiera wydajną produkcję i konsumpcję, a także minimalizuje potencjalne zakłócenia konkurencji. Im dalej stawki za zakańczanie połączeń oddalają się od kosztu przyrostowego, tym większe są zakłócenia konkurencji między rynkami łączności stacjonarnej i ruchomej lub między operatorami o asymetrycznych udziałach w rynku i natężeniu. Uzasadnione jest zatem stosowanie podejścia opartego wyłącznie na modelu LRIC, zgodnie z którym istotnym przyrostem jest hurtowa usługa zakańczania połączeń i który to model obejmuje wyłączenie koszty możliwe do uniknięcia […]".

16. Punkty 1 i 2 zalecenia 2009/396 mają następujące brzmienie:„1. Podczas nakładania kontroli kosztów i obowiązków w zakresie księgowania kosztów zgodnie z art. 13 dyrektywy [o dostępie] na operatorów wyznaczonych przez [KOR] ze względu na ich znaczącą pozycję rynkową na rynkach hurtowego zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych publicznych sieciach telefonicznych (zwanych dalej »rynkami zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych«) w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy [ramowej], [KOR] powinny ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Oznacza to, że stawki te będą również symetryczne. W celu realizacji tego [KOR] powinny działać w sposób określony poniżej.

2. Zaleca się, by szacowanie efektywnych kosztów opierało się na bieżących kosztach oraz na metodzie typu bottom-up, z wykorzystaniem modelu długookresowych kosztów przyrostowych (LRIC), jako na odpowiedniej metodzie kalkulacji kosztów".

17. Bezsporne jest, że metoda rekomendowana przez Komisję w zaleceniu 2009/396/WE to tzw. „pure BULRIC" (*Bottom-up long-run incremental costs*), a polega ona w głównej mierze na uwzględnieniu jedynie kosztów przyrostowych danej oferowanej usługi, przy czym usługa zakańczania połączenia na rynku hurtowym uznawana jest za istotny składnik przyrostu obejmujący jedynie koszty możliwe do uniknięcia, a mianowicie koszty, których można uniknąć wówczas, gdy usługa obejmująca składnik przyrostu nie jest już świadczona. W tej metodzie kalkulacji kosztów nie uwzględnia się zatem kosztów niemożliwych do uniknięcia, takich jak koszty wspólne (koszty, których nie można bezpośrednio przypisać do świadczenia konkretnej usługi) oraz koszty powiązane (koszty, które bezpośrednio przypisać można do więcej niż jednej usługi).

B – *Prawo niderlandzkie*

18. Artykuł 1.3 ust. 1 Telecommunicatiewet (ustawy o telekomunikacji) w brzmieniu mającym zastosowanie w postępowaniu głównym (zwanej dalej „ustawą o telekomunikacji") stanowi, co następuje:

„1. [ACM] zapewnia, by jego decyzje przyczyniały się do realizacji celów, o których mowa w art. 8 ust. 2–5 [dyrektywy ramowej], w każdym razie poprzez:

a) promocję konkurencji w zakresie udostępniania sieci łączności elektronicznej, świadczenia usług łączności elektronicznej lub udostępniania urządzeń towarzyszących, w szczególności poprzez wspieranie efektywnego inwestowania w dziedzinie infrastruktury i innowacji;

b) rozwój rynku wewnętrznego;

c) promocję interesów użytkowników końcowych w zakresie wyboru, ceny i jakości".

19. Artykuł 1.3 ust. 2 ustawy o telekomunikacji przewiduje, że przy wykonywaniu swoich zadań i uprawnień, ACM musi w jak największym stopniu uwzględniać zalecenia Komisji określone w art. 19 ust. 1 dyrektywy ramowej. Jeżeli ACM nie stosuje zalecenia, musi o tym poinformować Komisję podając przyczyny swojej decyzji.

20. W art. 6a.1 ustawa ta stanowi, że ACM, jako KOR, powinien zdefiniować rynki właściwe w sektorze łączności elektronicznej. W tym celu, zgodnie z art. 6a.1ust. 5 tej ustawy, ACM musi określić, czy na danym rynku występuje efektywna konkurencja. Jeśli na rynku tym nie występuje efektywna konkurencja, ACM na podstawie art. 6a.2 tej ustawy powinien ustalić, czy jedno lub więcej przedsiębiorstw posiada na rynku znaczącą pozycję, a także określić odpowiednie obowiązki, jakie trzeba na nie nałożyć.

21. Artykuł 6a.2 ust. 3 ustawy o telekomunikacji stanowi także, że obowiązek, o którym mowa w ust. 1 jest odpowiedni, wówczas gdy jest oparty na charakterze problemu stwierdzonego na danym rynku oraz gdy jest proporcjonalny i uzasadniony w świetle celów określonych w art. 1.3.

22. Artykuł 6a.7 tej ustawy przewiduje, co następuje:

„1. Zgodnie z art. 6a.2 ust. 1 [ACM] może, w zakresie form dostępu, które określa, nałożyć obowiązek dotyczący kontrolowania obliczonych stawek lub obliczania kosztów wówczas, gdy analiza rynku wskazuje, że przy braku efektywnej konkurencji dany operator może utrzymać ceny na nadmiernym poziomie lub może zaniżać marżę, w obu przypadkach ze szkodą dla użytkowników końcowych. [ACM] może określić zasady niezbędne do prawidłowego wykonania tego obowiązku.

2. Obowiązek określony w ust. 1 może przewidywać, że cena za dostęp musi być obliczana w oparciu o koszty lub przy zastosowaniu systemu obliczania kosztów określonego lub zatwierdzonego przez [ACM].

3. Jeżeli [ACM] nałożył na przedsiębiorstwo obowiązek oparcia cen o koszty, przedsiębiorstwo to wykazuje, że stosowane przez nie ceny są faktycznie określone w oparciu o koszty.

4. Bez uszczerbku dla ust. 1 zdanie drugie, [ACM] może powiązać obowiązek wdrożenia systemu księgowania kosztów ze środkami dotyczącymi prezentacji przez przedsiębiorstwo, na którym obowiązek ten ciąży, wyników stosowania systemu […]".

III – **Okoliczności faktyczne sporu w postępowaniu głównym i pytania prejudycjalne**

23. W ramach postępowania poprzedzającego postępowanie główne, Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) (niezależny organ ds. poczty i telekomunikacji, obecnie „ACM", mający status KOR w dziedzinie telekomunikacji w Niderlandach) decyzją z dnia 7 lipca 2010 r., po przeprowadzeniu analizy rynku właściwego, nałożył na operatorów świadczących w Niderlandach usługi zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych środki taryfowe oparte na modelu obliczania kosztów zwanym „pure BULRIC". W dniu 31 sierpnia 2011 r. College van Beroep voor het bedrijfsleven (sąd apelacyjny ds. postępowania administracyjnego w sprawach gospodarczych) uchylił tę decyzję zwłaszcza z tego względu, że należało zastosować inny model obliczania kosztów, a mianowicie model „plus BULRIC", który w istocie pozwala uwzględniać także koszty powiązane, a nawet ich zwrot (koszty, które można bezpośrednio przypisać do więcej niż jednej usługi) oraz koszty wspólne (koszty, których nie można bezpośrednio przypisać do świadczenia konkretnej usługi) [8].

24. Następnie, stwierdziwszy, że na hurtowym rynku usług zakańczania połączeń istnieje ryzyko stosowania zbyt wysokich stawek, ACM wydał w dniu 5 sierpnia 2013 r. decyzję (zaskarżoną decyzję, będącą przedmiotem postępowania głównego), w drodze której określił pułapy taryfowe dla świadczenia wspomnianych usług. Stawki te zostały ustalone na podstawie modelu „pure BURLIC" zgodnie z przepisami ustawy o telekomunikacji dokonującymi transpozycji art. 8 i 13 dyrektywy o dostępie i zgodnie z zaleceniem 2009/396. ACM uznał, że model ten jest odpowiedni do ustalania stawek za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty i że w myśl zalecenia był to jedyny model określania cen zgodny z prawem UE. Środek taryfowy oparty na tym modelu obliczeniowym eliminuje, zdaniem ACM, ryzyko nadmiernie wysokich cen i zaniżenia marży, a wspiera konkurencję, rozwój rynku wewnętrznego i interes użytkowników końcowych.

25. Koninklijke KPN, KPN BV, T-Mobile Netherlands BV i Vodafone Libertel BV, będący operatorami świadczącymi w szczególności usługi zakańczania połączeń w sieci ruchomej, wnieśli do sądu odsyłającego o uchylenie decyzji ACM z dnia 5 sierpnia 2013 r., decyzji, której wykonanie zostało wstrzymane w drodze postanowienia w sprawie wstrzymania wykonania decyzji z dnia 27 sierpnia 2013 r.

26. We wniesionej do sądu odsyłającego skardze o uchylenie decyzji, Koninklijke KPN, KPN, T-Mobile Netherlands i Vodafone Libertel twierdzą, że obowiązek taryfowy oparty na modelu „pure BULRIC" narusza art. 6a.2 ust. 3 i art. 6.a7 ust. 2 ustawy o telekomunikacji, które przewidują kolejno, iż cena musi być oparta o koszty, a obowiązek nakładany przez ACM musi być odpowiedni.

27. Pomioty te dodają, że cała argumentacja ACM oparta na oczekiwanych pozytywnych skutkach stosowania modelu „pure BULRIC" dla struktury cenowej nie może uzasadnić nałożenia obowiązków taryfowych, takich jak obowiązki sporne w postępowaniu głównym. W ocenie tych operatorów określenie ceny w oparciu o ten model sprawi, że stawki za zakańczanie połączeń będą niższe od stawek, które występowałyby na rynku konkurencyjnym. Zalecenie 2009/396 jest zatem niezgodne z art. 13 dyrektywy o dostępie.

28. Sąd odsyłający twierdzi z kolei, że brzmienie art. 6a.7 ust. 2 ustawy o telekomunikacji nie uzasadnia argumentacji zmierzającej do wykazania, iż można narzucić formę regulacji taryfowej wykraczającą poza regulację cen, którą to regulację cen już można uznać za opartą o koszty.

8 — Rozbieżne były zdania zainteresowanych strony, co do tego czy te dwie kategorie kosztów mogą zostać zwrócone operatorom w ramach stosowania modelu „pure BULRIC", a kwestia ta została w części zbadana w pkt 88–91 niniejszej opinii.

29. Sąd odsyłający ocenia jednak, że bardziej restrykcyjny obowiązek taryfowy może być dopuszczony, jeśli jest proporcjonalny i uzasadniony, przy uwzględnieniu charakteru problemu stwierdzonego na danym rynku oraz jeśli realizuje cele określone w art. 8 ust. 2–4 dyrektywy ramowej. W takim przypadku zdaniem sądu odsyłającego ACM powinien ustalić, czy dany środek taryfowy jest odpowiedni do osiągnięcia zamierzonego celu oraz czy nie wykracza poza środki niezbędne do osiągnięcia tego celu. ACM powinno także uzasadnić swoją decyzję i wyważyć wszystkie odnośne interesy.

30. Sąd odsyłający zastanawia się jednak, po pierwsze, jakie interesy mogą lub powinny zostać zważone, a także jaką wagę można lub należy przypisać każdemu z tych interesów podczas przeprowadzania analizy poprzedzającej nałożenie obowiązków taryfowych. Po drugie, sąd odsyłający zastanawia się, jakie znaczenie w postępowaniu głównym ma okoliczność, że Komisja w zaleceniu 2009/396 rekomenduje model „pure BULRIC" przy przyjmowaniu odpowiedniego środka taryfowego na hurtowym rynku usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych.

31. W tych okoliczności sąd odsyłający postanowił zawiesić postępowanie i wystąpić do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej w związku z art. 8 i 13 dyrektywy o dostępie należy interpretować w ten sposób, że w sporze dotyczącym zgodności z prawem opartej na kosztach stawki nałożonej przez [KOR] na hurtowym rynku zakańczania połączeń sąd krajowy może co do zasady przyjąć rozstrzygnięcie odbiegające od zalecenia [2009/396], w którym rekomenduje się metodę »pure BULRIC« jako właściwą regulację cen na rynkach zakańczania połączeń, jeżeli uzna, że wymagają tego okoliczności faktyczne zawisłej przed nim sprawy lub względy prawa krajowego lub międzynarodowego?

2) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: w jakim zakresie sąd krajowy może przy ocenie środka taryfowego opartego na kosztach:

   a) zbadać w świetle art. 8 ust. 3 dyrektywy ramowej argument KOR, że wspierany jest rozwój rynku wewnętrznego, uwzględniając rozmiar faktycznego wpływu na funkcjonowanie rynku wewnętrznego?

   b) ustalić w świetle celów politycznych i zasad regulacyjnych określonych w art. 8 dyrektywy ramowej i art. 13 dyrektywy o dostępie, czy środek taryfowy jest:

      i) proporcjonalny,

      ii) właściwy,

      iii) odpowiedni i uzasadniony?

   c) zażądać od KOR, by wykazał w wystarczającym stopniu, że:

      i) określony w art. 8 ust. 2 dyrektywy ramowej cel wspierania przez KOR konkurencji w dziedzinie udostępniania sieci łączności elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej jest faktycznie realizowany i że faktycznie zapewnia się użytkownikom maksymalne korzyści, jeżeli chodzi o różnorodność, ceny i jakość;

      ii) określony w art. 8 ust. 3 [dyrektywy ramowej] cel wspierania rozwoju rynku wewnętrznego jest faktycznie realizowany; i

      iii) określony w art. 8 ust. 4 dyrektywy ramowej cel promowania interesów obywateli Unii jest faktycznie realizowany?

d) udzielając odpowiedzi w świetle art. 16 ust. 3 [dyrektywy ramowej] oraz art. 8 ust. 2 i 4 dyrektywy o dostępie na pytanie, czy środek taryfowy jest właściwy, uwzględnić okoliczność, że został on nałożony na rynku, na którym podlegające regulacji przedsiębiorstwa posiadają znaczącą pozycję, ale w wybranej postaci (metoda »pure BULRIC«) służy wspieraniu jednego z celów dyrektywy ramowej – interesów użytkowników końcowych – na innym rynku, który nie mógł podlegać regulacji?”.

IV – **Postępowanie przed Trybunałem**

32. Pytania te były przedmiotem uwag na piśmie przedstawionych przez skarżących w postępowaniu głównym, Tele2 Nederland BV, Ziggo BV, Ziggo Services BV i Ziggo Zakelijk Services BV, interwenientów w postępowaniu głównym [9], rządów włoskiego, niderlandzkiego, polskiego i fińskiego, a także Komisji. Na rozprawie w dniu 16 marca 2016 r. wysłuchano ustnych argumentów zainteresowanych strony, a także rządu niemieckiego – z wyjątkiem Tele2 Nederland oraz rządów włoskiego i polskiego, które nie były reprezentowane.

V – **Analiza**

A – *Uwagi wstępne*

33. Dyrektywa ramowa ustanawia zharmonizowane ramy dla regulacji usług łączności elektronicznej, sieci łączności elektronicznej oraz urządzeń i usług towarzyszących. Dyrektywa ta określa zadania KOR oraz procedury zmierzające do zapewnienia zharmonizowanego stosowania ram regulacyjnych w obrębie Unii [10].

34. Dyrektywa ramowa powierza KOR określone zadania w zakresie regulacji rynków łączności elektronicznej.

35. Przy wypełnianiu swoich zadań, KOR powinny w jak największym stopniu uwzględniać cele określone w art. 8 dyrektywy ramowej. Zgodnie z art. 8 ust. 1 tej dyrektywy, do państw członkowskich należy zapewnienie, żeby KOR podejmowały wszelkie stosowne środki zmierzające do realizacji celów określonych w tym artykule. Ten ostatni przepis stanowi także, że środki podjęte przez KOR powinny być proporcjonalne do tych celów.

36. Zgodnie z przepisami dyrektywy ramowej KOR, ściśle współpracując z Komisją, mają obowiązek zdefiniowania rynków właściwych w sektorze łączności elektronicznej i oceniają, czy występuje na nich efektywna konkurencja [11]. Jeżeli na jakimś rynku nie występuje efektywna konkurencja dany KOR jest upoważniony do nałożenia obowiązków regulacyjnych ex ante na przedsiębiorstwa o znaczącej pozycji na tym rynku.

37. W przypadku gdy KOR nakłada takie obowiązki, musi uwzględniać cele określone w art. 8 dyrektywy ramowej, przy czym owe obowiązki ex ante muszą być proporcjonalne i uzasadnione w świetle rzeczonych celów [12].

9 — Wspomniane cztery strony wniosły skargi na decyzję ACM, które dotyczą kwestii nieleżących u podstaw ani sporu w postępowaniu głównym, ani nie są przedmiotem pytań prejudycjalnych. Na rozprawie przedstawiciel Ziggo, Ziggo Services i Ziggo Zakelijk Services wskazał, że spółki te były głównymi operatorami rozliczającymi się z tytułu stawek za zakańczanie połączeń w Niderlandach.

10 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 3 grudnia 2009 r., Komisja/Niemcy, C-424/07, EU:C:2009:749, pkt 53.

11 — Artykuły 15 i 16 dyrektywy ramowej.

12 — Zobacz art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie oraz wyrok z dnia 3 grudnia 2009 r., Komisja/Niemcy, C-424/07, EU:C:2009:749, pkt 60.

38. Zgodnie z art. 13 ust. 1 dyrektywy o dostępie, takie obowiązki ex ante obejmują m.in. obowiązki związane z oparciem cen o koszty oraz obowiązki dotyczące systemów księgowania kosztów w odniesieniu do świadczenia szczególnych rodzajów wzajemnych połączeń lub dostępu, jeżeli przeprowadzona analiza rynku wskazuje, że dany operator może, w braku efektywnej konkurencji, utrzymywać nadmierne ceny albo je zaniżać ze szkodą dla użytkowników końcowych. Artykuł 13 ust. 2 dyrektywy o dostępie wymaga, aby ustanowione mechanizmy uzyskiwania zwrotu kosztów oraz metodologie taryfikacji zmierzały do promowania wydajności ekonomicznej oraz zrównoważonej konkurencji i maksymalizacji korzyści konsumenta.

39. W sporze będącym przedmiotem postępowania głównego nie ulega wątpliwości, że ACM nałożył obowiązki taryfowe ex ante, w szczególności w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy o dostępie [13], na operatorów, których wyznaczył jako mających znaczącą pozycję na hurtowym rynku zakańczania połączeń w Niderlandach, w formie pułapów taryfowych opartych o koszty, na podstawie modelu obliczania kosztów rekomendowanego przez Komisję w zaleceniu 2009/396, a mianowicie modelu zwanym „pure BULRIC". Dodatkowo podkreślić należy, że wbrew temu, co jak się wydaje sugerowali Trybunałowi skarżący w postępowaniu głównym, sąd odsyłający nie zwraca się do Trybunału z pytaniem o ważność tego zalecenia [14].

40. Podobnie poza sporem w postępowaniu głównym pozostaje fakt, że nałożenie obowiązków taryfowych ex ante związanych z oparciem cen o koszty, uzasadnione jest brakiem konkurencji na hurtowym rynku zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych oraz szczególnym charakterem tego rynku, jak zostało to zaakcentowane w motywie 7 zalecenia 2009/396 cytowanym w pkt 14 niniejszej opinii.

41. W istocie sąd odsyłający zastanawia się jednak, czy środki taryfowe zastosowane przez ACM na podstawie modelu obliczania kosztów „pure BULRIC" rekomendowanego w zaleceniu 2009/396 nie są nadmierne i czy, jak podnoszą skarżący w postępowaniu głównym, pułap taryfowy oparty na nieco innym modelu obliczeniowym, a mianowicie na modelu zwanym „plus BULRIC", który pozwala operatorom uzyskać zwrot kosztów niemożliwych do uniknięcia, takich jak koszty wspólne i powiązane [15], byłby na danym rynku wystarczający, gdyż środek taryfowy oparty na tym modelu spełniałby już wymogi oparcia cen o koszty.

42. Konkretnie, jak wynika z akt sprawy, stosowanie modelu obliczania kosztów „pure BULRIC" prowadzi do ustalenia pułapu taryfowego w odniesieniu do zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych na poziomie 1,019 eurocentów za minutę, podczas gdy przy zastosowaniu modelu „plus BULRIC" wynosiłby on 1,861 eurocentów za minutę. Co do zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych, pułap taryfowy wynosi 0,108 eurocentów za minutę przy zastosowaniu modelu „pure BULRIC", natomiast 0,302 eurocentów za minutę przy zastosowaniu modelu „plus BULRIC".

43. Jak widać w obydwu przypadkach stosowanie modelu „plus BULRIC" pozwoliłoby zatem danym operatorom na określenie ich stawek za zakańczanie połączenia na poziomie wyższym niż przy zastosowaniu modelu „pure BULRIC", którego użył ACM stosując zalecenie 2009/396.

44. Po wyjaśnieniu aspektu ekonomicznego sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, pytania, z którymi wystąpił sąd odsyłający można rozdzielić na dwie części, w następujący sposób: z jednej strony, czy sąd krajowy jest upoważniony do przyjęcia rozstrzygnięcia odbiegającego od zastosowanego przez KOR zalecenia Komisji – a jeśli tak jest, to z jakich względów? Z drugiej strony, w razie

13 — Przypominam w każdym razie, że Trybunał już orzekł, iż wydanie przez KOR zezwolenia na stawki za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych wchodzi w zakres „obowiązków związanych […] z kontrolą cen, […] dotyczących świadczenia szczególnych rodzajów wzajemnych połączeń lub dostępu" w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy o dostępie, zob. wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r., Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, pkt 42, 43).

14 — Zobacz pkt 27 niniejszej opinii.

15 — Zobacz w przedmiocie tych kosztów, pkt 17 i 23 niniejszej opinii.

udzielenia odpowiedzi twierdzącej, czy ów sąd krajowy jest uprawniony między innymi do kontroli proporcjonalności środka taryfowego nałożonego przez KOR w świetle celów realizowanych przez dyrektywę ramową i dyrektywę o dostępie oraz czy może on wymagać, by KOR w wystarczającym stopniu wykazał, że dany środek taryfowy pozwala skutecznie osiągać założone cele?

B – *W kwestii zakresu kontroli sądowej, mocy zalecenia 2009/396 oraz względów umożliwiających sądowi krajowemu przyjęcie rozstrzygnięcia odbiegającego od tego zalecenia*

45. Kontekst, w jakim sąd odsyłający w pierwszym pytaniu prejudycjalnym używa czasownika „odbiegać" dość wyraźnie wskazuje na to, że rozważa on możliwość zastąpienia modelu obliczeniowego „pure BULRIC", który Komisja rekomenduje w zaleceniu 2009/396, a ACM stosuje w zaskarżonej przed tym sądem decyzji, modelem „plus BULRIC" – podobnie jak sąd ten uczynił już w przeszłości [16] i zgodnie z żądaniem skarżących w postępowaniu głównym. Wydaje się bowiem, że sąd odsyłający skłonny jest uznać, iż stawki ustalone na podstawie modelu „plus BULRIC" spełniają już wymogi w zakresie określania wspomnianych stawek w oparciu o koszty, między innymi w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy o dostępie.

46. Jakkolwiek kontrowersyjne [17] może wydawać się uprawnienie sądu odsyłającego do zastąpienia oceny danych ekonomicznych i rachunkowych dokonanej przez ACM w oparciu o zalecenie 2009/396 swoją własną oceną tych samych danych, które to uprawnienie, jak się wydaje pozwala narzucać wybór jednego modelu obliczania kosztów operatorów zamiast drugiego, nie jest ono wyraźnie ani dopuszczone, ani zabronione przez art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej, o którego wykładnię zwraca się sąd odsyłający w pierwszym pytaniu prejudycjalnym.

47. Co do zasady artykuł ten przewiduje jedynie, że w ramach środków odwoławczych od decyzji KOR państwa członkowskie powinny zapewnić, „aby aspekty merytoryczne każdej sprawy zostały właściwie rozpatrzone, oraz [by] zapewni[one] [zostało] istnienie skutecznych środków odwoławczych" [18].

48. Wynika z tego, że art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej nie harmonizuje przepisów i praktyk krajowych związanych z obowiązującymi procedurami sądowymi, ani zakresu kontroli sprawowanej przez sąd krajowy wobec decyzji KOR. Z brzmienia art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej można wywieść co najwyżej, że przepis ten wprowadza granicę, po przekroczeniu której uważa się, że państwa członkowskie nie zapewniają skutecznych mechanizmów odwoławczych, tj. że wykluczone jest, by kontrola sprawowana przez organ odwoławczy dotyczyła wyłącznie aspektów formalnych. Ponadto, jak przeanalizuję to dalej bardziej szczegółowo w ramach propozycji odpowiedzi na drugie pytanie prejudycjalne [19], przepisy dyrektywy ramowej i dyrektywy o dostępie wymagają, aby kontrola decyzji KOR, które nakładają obowiązki ex ante, obejmowała swoim zakresem proporcjonalność tych obowiązków do celów realizowanych w dyrektywie ramowej.

16 — Zobacz pkt 23 niniejszej opinii. Zwracam uwagę na okoliczność, że w czasie, gdy miała miejsce pierwsza sprawa, nie upłynął termin do wprowadzenia stawek na podstawie modelu „pure BULRIC" rekomendowanym w zaleceniu 2009/396.

17 — Wprawdzie w uwagach przedstawionych na piśmie rząd niderlandzki wskazał, że w sytuacji takiej jak sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym, nie do sądu niderlandzkiego należy narzucanie ACM takiego środka taryfowego, jaki sąd niderlandzki uzna za odpowiedni, to na rozprawie przed Trybunałem rząd niderlandzki wskazał, że kontrola sądu niderlandzkiego jest bardzo daleko posunięta lub bardzo restrykcyjna i zrównuje się z nieograniczonym prawem orzekania. Niektóre ze stron w postępowaniu głównym także opowiadały się za taką wykładnią zakresu kontroli sądowej decyzji ACM.

18 — Przypominam w każdym razie, że Trybunał już orzekł, że art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej stanowi wyraz zasady skutecznej ochrony sądowej, na mocy której sądy państw członkowskich mają obowiązek zapewnić ochronę sądową praw, jakie jednostki wywodzą z prawa Unii: zob., w szczególności, wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., T-Mobile Austria, C-282/13, EU:C:2015:24, pkt 33.

19 — Zobacz pkt 80, 81 niniejszej opinii.

49. Natomiast wbrew twierdzeniom, które zasadniczo zgłaszał w swoich uwagach na piśmie rząd włoski, ani art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej, ani bardziej ogólnie prawo Unii nie zobowiązują sądu krajowego, w sytuacji takiej jak sytuacja rozpatrywana w niniejszej sprawie, do przeprowadzenia ograniczonej kontroli złożonych ocen ekonomicznych dokonanych przez KOR, takiej jak kontrola wystąpienia oczywistego błędu w ocenie.

50. Pragnę zresztą zauważyć, że analogiczny argument został już oddalony przez Trybunał w wyroku z dnia 24 kwietnia 2008 r., Arcor, C-55/06, EU:C:2008:244, pkt 163–169). W tamtej sprawie, która wpisywała się w kontekst telekomunikacyjnych ram regulacyjnych obowiązujących bezpośrednio przed przyjęciem dyrektywy ramowej i dyrektywy o dostępie, ale który w tym zakresie ma w pełni znaczenie dla niniejszej sprawy – Trybunał orzekł, w kwestii zakresu kontroli sądowej decyzji danego KOR dotyczących stawek za dostęp do pętli lokalnej operatorów o znaczącej pozycji na rynku, w tym oceny dokonanej przez ten KOR odnoszącej się do kosztów, które mają być uwzględnione, ich obliczania i księgowego uzasadnienia, że prawo Unii nie przewiduje żadnej zasady zobowiązującej państwa członkowskie do ustanowienia szczególnego rodzaju kontroli takich decyzji, czym obalił wyraźnie argument podniesiony przez jedną z zainteresowanych stron jakoby kontrola ta miała być marginalna albo ograniczona.

51. Z rozważań tych wynika, że w braku ustanowienia takich zasad w prawie Unii, do wewnętrznego porządku prawnego każdego państwa członkowskiego należy określenie zasad postępowania w sprawach skarg do sądu mających na celu zapewnienie ochrony praw, które jednostki wywodzą z prawa Unii, z poszanowaniem zasad równoważności i skuteczności [20].

52. Prawo Unii w żaden sposób nie zakazuje, aby sąd odsyłający uznał się za uprawniony do kontrolowania w sposób daleko posunięty decyzji ACM, w tym w odpowiednim przypadku, do zastąpienia oceny dokonanej przez ten organ na podstawie zalecenia 2009/396 swoją własną oceną, o ile przestrzegane są dwie wspomniane zasady. Do tego aspektu niniejszej sprawy powrócę także, pod kątem w szczególności poszanowania zasady skuteczności, w kontekście propozycji odpowiedzi na drugie pytanie prejudycjalne [21].

53. Nie zmienia to faktu, że przy wykonywaniu tego uprawnienia sąd krajowy powinien działać ze szczególną ostrożnością, jeśli zamierza przyjąć inną ocenę o charakterze ekonomicznym i księgowym aniżeli ocena podlegająca jego kontroli oparta na zaleceniu Komisji, takim jak zalecenie 2009/396.

54. Co prawda nie ulega wątpliwości, że sąd krajowy, do którego zaskarżono decyzję KOR stosującego zalecenie 2009/396 nie jest związany ocenami zawartymi w tym zaleceniu.

55. Jak przyznają wszystkie zainteresowane strony, zgodnie z art. 288 TFUE takie zalecenie jest pozbawione wiążących skutków prawnych, co potwierdza art. 19 ust. 2 dyrektywy ramowej, który choć wymaga, by KOR w jak największym stopniu uwzględniały zalecenia Komisji przyjęte na podstawie art. 19 ust. 1 dyrektywy ramowej, to upoważnia je wyraźnie do przyjęcia innego podejścia pod warunkiem, że poinformują o tym Komisję i powiadomią ją o uzasadnieniu swojego stanowiska [22].

56. W tym przypadku, okoliczność, że poprzez wydanie decyzji zaskarżonej przed sądem odsyłającym ACM wdrożył zalecenie 2009/396 w kontekście sprawy rozpoznawanej w postępowaniu głównym, nie zmienia jako takiego charakteru prawnego tego zalecenia. W konsekwencji sąd krajowy, do którego złożono skargę na decyzję KOR stosującą takie zalecenie, nie jest związany ocenami zawartymi w tym zaleceniu.

20 — Zobacz podobnie w szczególności wyrok z dnia 24 kwietnia 2008 r., (Arcor, C-55/06, EU:C:2008:244, pkt 166 i przytoczone tam orzecznictwo).

21 — Zobacz pkt 92–97 niniejszej opinii.

22 — Zobacz także podobnie wyrok z dnia 11 września 2008 r., Komisja/Litwa (C-274/07, EU:C:2008:497, pkt 50).

57. Tym niemniej, jak wielokrotnie przyznał Trybunał, pomimo tego, że zalecenia nie wywołują skutków wiążących, nie są całkowicie pozbawione skuteczności prawnej. Tym samym sądy krajowe mają również obowiązek uwzględniać je przy rozstrzyganiu przedłożonych im sporów, w szczególności jeżeli zalecenia rzucają światło na wykładnię krajowych przepisów przyjętych w celu zapewnienia ich wdrożenia lub mają na celu uzupełnić przepisy prawa Unii o charakterze wiążącym [23].

58. Orzecznictwo to ma pełne zastosowanie do zalecenia 2009/396.

59. W szczególności, wbrew twierdzeniom Koninklijke KPN i KPN zawartych w ich uwagach, w mojej ocenie zalecenie to ma na celu uzupełnić przepisy ram regulacyjnych mających zastosowanie do łączności elektronicznej. Zalecenie 2009/396, przyjęte na podstawie art. 19 ust. 1 dyrektywy ramowej, w wyniku stwierdzenia przez Komisję rozbieżności i niespójności przy wykonywaniu przez KOR ich zadań regulacyjnych dotyczących ustalania w Unii stawek za zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, ma bowiem na celu zapewnienie zharmonizowanego stosowania postanowień dyrektywy ramowej i dyrektywy o dostępie. Ściślej rzecz ujmując, rekomendując model „pure BULRIC", zalecenie 2009/396 wskazuje model obliczania kosztów, którego stosowanie zaleca się KOR przy ustalaniu hurtowych stawek za zakańczania połączeń stosowanych przez operatorów uznanych za posiadających znaczącą pozycję na tym rynku, w sytuacjach gdy organy te nakładają na wspomnianych operatorów obowiązki kontroli cen, a w szczególności, obowiązki związane z oparciem cen o koszty, zgodnie z art. 13 dyrektywy o dostępie [24].

60. Sąd odsyłający powinien zatem należycie uwzględnić to zalecenie w ramach przedstawionego mu sporu dotyczącego odpowiedniego charakteru ustalania pułapów taryfowych nałożonych przez ACM na skarżących w postępowaniu głównym na hurtowym rynku zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych na podstawie modelu obliczania kosztów „pure BULRIC", rekomendowanego w zaleceniu 2009/396.

61. Sądzę, że sąd odsyłający nie może nie wiedzieć, że zalecenie 2009/396 zostało przyjęte właśnie w wyniku stwierdzenia istotnych rozbieżności i niespójności pomiędzy KOR na poziomie Unii w zakresie ustalania stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, co zgodnie z motywem 7 tego zalecenia w szczególności spowodowało istotne zakłócenia konkurencji.

62. Model obliczania kosztów „pure BULRIC" rekomendowany przez Komisję w tym zaleceniu został zatem wprowadzony w celu wyeliminowania tych rozbieżności i zakłóceń w obrębie Unii, które, zgodnie z zaleceniem, są szkodliwe dla efektywnej konkurencji i użytkowników końcowych.

63. Zalecenie 2009/396 zachęca zatem KOR do spójnego stosowania obowiązków taryfowych, jakie organy te nakładają w oparciu o model „pure BULRIC", w celu zapewnienia efektywnej konkurencji na rynku wewnętrznym, z korzyścią także dla użytkowników końcowych i konsumentów [25].

64. W tym kontekście, przy wykonywaniu kontroli sądowej decyzji KOR wdrażającej zalecenie 2009/396 na rynku właściwym danego państwa członkowskiego, sąd krajowy powinien postępować z ostrożnością jeżeli zamierza odstąpić od modelu obliczania kosztów rekomendowanego w tym zaleceniu i zastosowanego przez wspomniany KOR.

23 — Zobacz w szczególności, podobnie wyroki: z dnia 11 września 2003 r., Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, pkt 41); z dnia 18 marca 2010 r., Alassini i in. (C-317/08-C-320/08, EU:C:2010:146, pkt 40); z dnia 24 kwietnia 2008 r., Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, pkt 94).

24 — Zobacz w szczególności motyw 21 i pkt 1 zalecenia 2009/396. W każdym razie, nawet jeśli celem tego zalecenia nie byłoby uzupełnianie przepisów prawa Unii, sądy krajowe nie mogą go pomijać. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, ciążący na tych sądach obowiązek brania pod uwagę zaleceń jest bowiem obowiązkiem natury ogólnej, „między innymi", jeżeli ich celem jest uzupełnienie przepisów prawa Unii o charakterze wiążącym.

25 — Wydaje się, że obecnie cel ten został częściowo osiągnięty, skoro na rozprawie Komisja wskazała, że model „pure BULRIC" jest stosowany w 24 na 28 państw członkowskich. Pomijając przypadek Królestwa Niderlandów, tylko Republika Federalna Niemiec, Republika Cypryjska i Republika Finlandii nie stosują metody obliczania kosztów opartej na tym modelu. Na rozprawie Komisja dodała także, że przypadek Republiki Cypryjskiej znajduje uzasadnienie w pkt 12 zalecenia 2009/396, który pozwala KOR posiadającym ograniczone zasoby na stosowanie, pod pewnymi warunkami, metody zastępczej.

65. Rzeczywiście, z jednej strony, ponieważ ważność tego zalecenia nie ulega kwestii, model obliczania kosztów rekomendowany w nim przez Komisję powinien zostać uznany za środek odpowiedni w celu zapobiegania zakłóceniom konkurencji, w tym subsydiowaniu skrośnemu, przynoszący maksimum korzyści użytkownikom końcowym. Z treści pierwszego pytania prejudycjalnego taka wynika przynajmniej wskazówka dotycząca rozumowanie sądu odsyłającego.

66. Z drugiej strony należy upewnić się, że zakłócenia konkurencji na poziomie Unii, które zaakcentowano w zaleceniu 2009/396, a które zalecenie to zamierza niwelować lub redukować za pomocą modelu obliczania kosztów „pure BULRIC" nie są ponownie wprowadzone przez sądy krajowe lub, co najmniej, że wyłącznie ważne powody uzasadniają zastosowanie przez sądy krajowe modelu innego niż zalecany na poziomie Unii i stosowany przez KOR.

67. I to właśnie nad takimi szczególnymi względami, które upoważniłyby sąd krajowy do odstąpienia od zalecenia 2009/396 wdrożonego przez ACM, zastanawia się sąd odsyłający w swoim pierwszym pytaniu prejudycjalnym. I tak, jako uzasadnienie sąd ten powołuje w sposób ogólny „okoliczności faktyczne zawisłej przed nim sprawy lub względy prawa krajowego i międzynarodowego".

68. Względy „prawa międzynarodowego" w żaden sposób nie zostały sprecyzowane przez sąd odsyłający i muszę przyznać, że nie wiem, do jakich przepisów lub aktów sąd ten nawiązuje. Nie jest zatem możliwe odniesienie się do takiego uzasadnienia.

69. Względy wynikające z prawa krajowego są zdecydowanie bardziej klarowne. Tym niemniej, nie mam pewności, czy, co wydaje się sugerować sąd odsyłający, można opierać się wyłącznie na tych względach, aby odejść od modelu obliczania kosztów „pure BULRIC", który ACM zastosował w sprawie.

70. O ile prawidłowo pojmuję rozumowanie sądu odsyłającego, to wywodzi on z art. 6a.2 ust. 3 i art. 6a.7 ust. 2 ustawy o telekomunikacji – które w istocie upoważniają ACM do nałożenia obowiązku taryfowego w formie oparcia cen o koszty, wówczas gdy taki obowiązek jest oparty na charakterze stwierdzonego problemu i gdy jest on proporcjonalny i uzasadniony w świetle celów określonych w art. 1.3 tej samej ustawy – że nie można narzucić formy regulacji taryfowej (a mianowicie regulacji opartej na modelu „pure BULRIC"), wykraczającej poza regulację cen, którą to regulację cen już można uznać za opartą o koszty (w domyśle regulacja oparta na modelu „plus BULRIC").

71. Abstrahując od ocen dotyczących mocy obydwu modeli obliczania kosztów, należy zauważyć, co też uczynił rząd niderlandzki na rozprawie, że przepisy prawa krajowego, do których odnosi się sąd odsyłający dokonują transpozycji przepisów dyrektywy ramowej oraz dyrektywy o dostępie używając często identycznych pojęć. Tym samym, nawet w ocenie sądu odsyłającego, art. 1.3 ustawy o telekomunikacji dokonuje transpozycji art. 8 dyrektywy ramowej ustalającego ogólne cele ram regulacyjnych usług łączności elektronicznej, do których dążyć powinny KOR. Ponadto, art. 6a.2 ust. 3 tej ustawy jest powtórzeniem art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie, w szczególności jeśli chodzi o spoczywający na KOR obowiązek nakładania proporcjonalnych obowiązków regulacyjnych ex ante, zaś art. 6a.7 ust. 2 ustawy o telekomunikacji dokonuje transpozycji art. 13 ust. 1 tejże dyrektywy o dostępie, w szczególności jeśli chodzi o wymóg ustalania stawek w oparciu o koszty.

72. W tych okolicznościach, nawet jeżeli przyznaję, że to do sądu odsyłającego należy interpretacja prawa krajowego, bardzo trudno jest mi sobie wyobrazić, że prawo krajowe, przedstawione przez ten sąd, a mianowicie prawo wywodzące się z prawa Unii, wymaga poprzez swoje brzmienie i jako takie odstąpienia od modelu obliczania rekomendowanego przez Komisję, a służącego w szczególności uzupełnieniu i doprecyzowaniu przepisów art. 13 dyrektywy o dostępie odnośnie tego, co należy rozumieć poprzez nałożenie obowiązków taryfowych ustalanych w oparciu o koszty.

73. Oczywiście nie znaczy to, jak słusznie zauważyły rządy niemiecki, fiński i polski, że istnieje tylko jeden teoretyczny model obliczania kosztów, który może uściślić przewidziane w art. 13 ust. 1 dyrektywy o dostępie wymogi ustalania stawek w oparciu o koszty.

74. Oznacza to po prostu, że w kontekście niniejszej sprawy, nie wydaje mi się, aby z samych względów prawa krajowego o charakterze czysto prawnym można było wymagać odstąpienia od modelu obliczania kosztów rekomendowanego w zaleceniu 2009/396 i wdrożonego przez ACM w decyzji zaskarżonej do sądu odsyłającego.

75. Natomiast podobnie jak to podniosły, zasadniczo, Tele2 Nederland, Ziggo, rząd włoski i Komisja i do czego przychylił się T-Mobile Netherlands, to względy związane z okolicznościami faktycznymi sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, w szczególności specyfika rynku niderlandzkiego, mogłyby skłonić sąd odsyłający do odstąpienia od modelu obliczeniowego zastosowanego przez ACM na podstawie zalecenia 2009/396.

76. W mojej ocenie, taka powinna być treść odpowiedzi, której należy udzielić na pierwsze pytanie prejudycjalne.

77. Nie ma jednak możliwości dokładniejszego zbadania tego aspektu sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym. Sąd odsyłający nie sprecyzował bowiem w ogóle okoliczności faktycznych lub szczególnych sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, które pozwoliłyby mu odstąpić od ocen zawartych w zaleceniu 2009/396, a wdrożonych przez ACM w decyzji, której zgodność z prawem zakwestionowano przed sądem odsyłającym.

78. Na pierwsze pytanie prejudycjalne proponuję zatem udzielić następującej odpowiedzi: art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej należy interpretować w ten sposób, że sąd krajowy, rozstrzygający spór dotyczący zgodności z prawem obowiązku regulacyjnego ex ante, który przyjmuje formę pułapu taryfowego określonego w oparciu o koszty, nałożonego przez KOR na niekonkurencyjnym hurtowym rynku usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, zgodnie z zaleceniem 2009/396/WE rekomendującym model obliczania kosztów „pure BULRIC" jako odpowiedni środek regulacji cen na tym rynku, może odstąpić od stosowania takiego zalecenia, przyjętego zgodnie z art. 19 ust. 1 dyrektywy ramowej, jeżeli ów sąd krajowy uzna, że wymagają tego względy związane z okolicznościami faktycznymi sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, w szczególności ze specyfiką rynku danego państwa członkowskiego.

C – Co do zakresu kontroli sądowej oraz poziomu dowodu wymaganego od KOR w odniesieniu do realizacji celów przewidzianych w dyrektywie ramowej i w dyrektywie o dostępie

79. W drugim pytaniu prejudycjalnym, podzielonym na kilka podpunktów, sąd odsyłający pyta w istocie, z jednej strony, czy zakres kontroli decyzji ACM może obejmować badanie proporcjonalności obowiązku taryfowego nałożonego przez ten organ, w świetle celów i zasad regulacyjnych określonych w dyrektywie ramowej i w dyrektywie o dostępie, w tym badanie okoliczności, że środek taryfowy jest nakładany na rynku niekonkurencyjnym, lecz zmierza on do promowania celu uprzywilejowania użytkowników końcowych na rynku konkurencyjnym [drugie pytanie prejudycjalne lit. b) i d)]. Z drugiej strony, sąd odsyłający zastanawia się w pierwszej kolejności, czy kontrola, której powinien dokonać w odniesieniu do decyzji ACM może uwzględniać *faktyczny* wpływ środka taryfowego nałożonego przez ten organ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, a w drugiej kolejności, czy może wymagać od ACM, aby organ ten wykazał w wystarczającym stopniu, że wspomniany środek *faktycznie* realizuje trzy z celów wymienionych w art. 8 dyrektywy ramowej [drugie pytanie prejudycjalne, lit. a) i c)].

80. Jeśli chodzi o część pierwszą pytania drugiego, podzielam zdanie wszystkich zainteresowanych stron, zgodnie z którym do sądów krajowych należy przeprowadzenie kontroli proporcjonalności środka taryfowego, takiego jak środek zastosowany przez ACM w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym.

81. Jak przypomniała większość wspomnianych stron, z art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie jasno wynika, że obowiązki nałożone przez KOR, w tym przewidziane w art. 13 tej dyrektywy obowiązki związane z oparciem cen o koszty, powinny opierać się na charakterze stwierdzonego problemu, być proporcjonalne i uzasadnione w świetle celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej [26]. Otóż takie uprawnienie KOR nie może zostać pominięte w kontroli sądowej dotyczącej „aspektów merytorycznych sprawy" przewidzianej w art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej. Jak to podniosły zwłaszcza rząd niderlandzki i Komisja, i jak wynika, w szczególności, z niedawnego wyroku z dnia 17 września 2015 r., KPN, C-85/14, EU:C:2015:610, pkt 43, 47, 49), sądy krajowe mają zatem obowiązek zapewnić, by KOR przestrzegały wszystkich wymogów wynikających z art. 8 i 13 dyrektywy o dostępie, w tym sprawdzić, czy obowiązek taryfowy nałożony przez KOR jest proporcjonalny i uzasadniony w świetle celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej [27].

82. Okoliczność, że taki środek taryfowy oparty jest na zaleceniu Komisji, takim jak zalecenie 2009/396, nie zmienia tej analizy. Innymi słowy, samo istnienie takiego zalecenia nie pozbawia sądu krajowego uprawnienia do kontrolowania proporcjonalności środka taryfowego przyjętego przez KOR pod kątem celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej.

83. Jak już wskazałem, nie zmienia to faktu, że zalecenie powinno być należycie uwzględnione przez sąd krajowy. Model „pure BULRIC", rekomendowany przez to zalecenie, którego ważność nie została zakwestionowana, a na którym ACM oparł swoją analizę i swoją decyzję, korzysta, w mojej ocenie, z domniemania proporcjonalności w świetle celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej.

84. W tym kontekście uważam, że badanie proporcjonalności środka taryfowego do celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej powinno skłonić sąd odsyłający, zgodnie z przepisami krajowymi dotyczącymi procedur w zakresie sądowych środków zaskarżania, w tym z przepisami dotyczącymi ciężaru dowodu, do sprawdzenia, z jednej strony, czy skarżący w postępowaniu głównym dostarczyli wystarczający materiał dowodowy pozwalający, w okolicznościach sprawy w postępowaniu głównym, obalić wspomniane domniemanie, w odpowiednim przypadku mając na względzie specyfikę rynku niderlandzkiego, a z drugiej strony, czy wyjaśnienia złożone przez ACM dotyczące odstąpienia od modelu „plus BULRIC", którego zastosowania domagają się skarżący w postępowaniu głównym, znajdują wystarczające pod względem prawnym oparcie.

85. Dodatkowo, przepisy dyrektywy ramowej i dyrektywy o dostępie nie sprzeciwiają się temu, aby sąd krajowy zbadał, w ramach kontroli proporcjonalności środka taryfowego przyjętego przez ACM, okoliczność, że środek ten został nałożony na hurtowym rynku (niekonkurencyjnym) usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, ale że zmierza on do promowania celu uprzywilejowania użytkowników końcowych i konsumentów na rynku lub rynkach niższego szczebla, otwartych na konkurencję.

86. W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 8 ust. 2 lit. a) i z art. 4 dyrektywy ramowej przy promowaniu konkurencji KOR powinny zapewnić, by użytkownicy końcowi czerpali maksymalne korzyści, jeżeli chodzi, zwłaszcza, o ceny oraz powinny promować interesy obywateli Unii, gdy tymczasem zgodnie z art. 13 ust. 2 dyrektywy o dostępie te same KOR, przy określaniu mechanizmów

26 — Zobacz także podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2014 r., TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, pkt 44).

27 — Zobacz także – w przedmiocie propozycji, jaką Trybunał przedstawił sądowi krajowemu, aby oceniać proporcjonalność obowiązku nałożonego przez KOR na operatora mającego znaczną pozycję na rynku, polegającego na instalowaniu przyłączy kablowych łączących punkt rozdzielczy sieci dostępu z punktem zakończenia sieci znajdującym się u użytkownika końcowego – wyrok z dnia 19 czerwca 2014 r., TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, pkt 47).

zwrotu kosztów powinny także zapewnić maksimum korzyści konsumentowi. Wynika z tego, jak słusznie zauważyły rząd niderlandzki i Komisja w przedstawionych uwagach na piśmie, że KOR powinny uwzględnić interes wszystkich użytkowników końcowych, niezależnie od tego, na jakim rynku obowiązki ex ante zostały nałożone. Taka ocena interesów użytkowników końcowych i konsumentów ze strony KOR powinna być objęta kontrolą sądową.

87. Zresztą, ponieważ z samej definicji, użytkownicy końcowi i konsumenci nie są obecni na hurtowym rynku usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, niezbędne jest, by ich interesy mogły być brane pod uwagę i oceniane w kontekście badania skutku, jaki na rynku detalicznym powinien odnieść środek taryfowy nałożony przez KOR na rynku hurtowym.

88. Analizując postawione pytanie pod innym kątem, skarżący w postępowaniu głównym, w istocie podnieśli w swoich uwagach na piśmie, że KOR taki jak ACM nie ma uprawnień do ustalania obowiązków ex ante na rynku konkurencyjnym, takim jak detaliczny rynek zakańczania połączeń stacjonarnych i ruchomych, a do tego doprowadziłoby wszakże stosowanie modelu „pure BULRIC".

89. Prawdą jest, że art. 16 ust. 3 dyrektywy ramowej zakazuje KOR nakładania lub utrzymywania jakichkolwiek obowiązków taryfowych określonych w art. 8 dyrektywy o dostępie, jeśli uznają one, że na danym rynku występuje efektywna konkurencja. KOR nie może zatem nakładać obowiązku taryfowego ex ante na rynku otwartym na konkurencję, znajdującym się na niższym szczeblu względem hurtowego rynku zakańczania połączeń stacjonarnych i ruchomych.

90. Jak w szczególności przyznaje Komisja w swoich uwagach na piśmie, narzucenie metody taryfowej w oparciu o koszty na podstawie modelu „pure BULRIC" stanowi przeszkodę do tego, aby dani operatorzy uzyskali na hurtowym rynku (niekonkurencyjnym) usług zakańczania połączeń stacjonarnych i ruchomych zwrot kosztów niemożliwych do uniknięcia. Komisja podkreśla także, że stosowanie takiej metody opartej na takim modelu nie przeszkadza jednak danym operatorom w odzyskiwaniu kosztów na innych rynkach otwartych na konkurencję, co, w ocenie Komisji, jest bardziej optymalne zarówno pod względem konkurencyjności jak i z punktu widzenia użytkowników końcowych.

91. Innymi słowy, metoda ustalania cen oparta na modelu „pure BULRIC" nie ma na celu nałożenia obowiązków taryfowych ex ante na rynkach konkurencyjnych. Jak potwierdziła Komisja na rozprawie, operatorzy, których to dotyczy mogą uzyskać zwrot całości lub części poniesionych przez siebie kosztów niemożliwych do uniknięcia na niektórych lub wielu takich rynkach, w zależności zwłaszcza od ich strategii handlowej lub właściwszej oceny ekonomicznej wspomnianych kosztów na tych rynkach.

92. Jeśli chodzi o część drugą drugiego pytania prejudycjalnego, tj. o to, czy sąd odsyłający jest uprawniony do uwzględnienia, w ramach kontroli decyzji ACM, *faktycznego* wpływu środka taryfowego nałożonego przez ten organ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego i czy może wymagać, by ACM wykazał w wystarczającym stopniu, że wspomniany środek *faktycznie* realizuje trzy z celów wymienionych w art. 8 dyrektywy ramowej, uważam, że należy odpowiedzieć przecząco.

93. Należy bowiem przypomnieć, że art. 8 dyrektywy ramowej przewiduje, iż KOR, wypełniając swoje zadania regulacyjne wynikające z postanowień tej dyrektywy, a także między innymi z dyrektywy o dostępie, podejmują stosowne (i proporcjonalne) środki *zmierzające* do realizacji celów określonych w tym artykule, które polegają na *wspieraniu* konkurencji w dziedzinie udostępniania sieci i świadczenia usług łączności elektronicznej, *przyczynianiu się* do rozwoju rynku wewnętrznego i *promowaniu* interesów obywateli Unii [28].

28 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2014 r., TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, pkt 39) (wyróżnienie moje)

94. Artykuł 5 ust. 1 dyrektywy o dostępie uściśla, że dla realizacji celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej KOR powinny w szczególności wykonywać swoje zadania *w taki sposób, aby promować* wydajność gospodarczą, zrównoważoną konkurencję, efektywne inwestycje i innowacje oraz *zapewnić* maksimum korzyści użytkownikom końcowym [29].

95. Obowiązki ex ante, które mogą zostać nałożone przez KOR, w tym obowiązki o charakterze taryfowym, takie jak obowiązki w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym, powinny zatem *zmierzać do* realizacji celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej.

96. W mojej ocenie nie można natomiast wymagać, aby KOR wykazał, że dzięki nałożeniu wspomnianych obowiązków faktycznie osiągane są owe cele lub by sąd krajowy ustalał zgodność z prawem takich obowiązków w zależności od faktycznego wpływu, jaki wywierają one na funkcjonowanie rynku wewnętrznego [30].

97. Jak podkreśliły w szczególności Ziggo i rząd niderlandzki, nałożenie na KOR takiego ciężaru dowodu pomijałoby okoliczność, że przyjęcie obowiązków regulacyjnych ex ante zasadza się na prospektywnej analizie zmian na rynku, która, celem rozwiązania stwierdzonych problemów z konkurencją, jako punkt odniesienia przyjmuje działania lub koszty efektywnego operatora. Chodzi zatem o środki ukierunkowane na przyszłość, co do których z definicji nie można wymagać dowodu na to, że faktycznie realizują one cele przewidziane w art. 8 dyrektywy ramowej. Podzielam opinię Komisji, że gdyby KOR miał przedstawić taki dowód, miałoby to wpływ na skuteczność przepisów dyrektywy ramowej oraz dyrektywy o dostępie. Takie założenie byłoby bowiem jednoznaczne z wymaganiem od KOR dowodu niemożliwego lub nadmiernie trudnego do przedstawienia.

VI – **Wnioski**

98. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, by na pytanie przedstawione przez College van Beroep voor het Bedrijfsleven (sąd apelacyjny ds. postępowania administracyjnego w sprawach gospodarczych) odpowiedział następująco:

1) Artykuł 4 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. należy interpretować w ten sposób, że sąd krajowy, rozstrzygający spór dotyczący zgodności z prawem obowiązku regulacyjnego ex ante, który przyjmuje formę pułapu taryfowego określonego w oparciu o koszty, nałożonego przez krajowy organ regulacyjny na niekonkurencyjnym hurtowym rynku usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, zgodnie z zaleceniem Komisji 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych rekomendującym model obliczania kosztów zwany „bottom-up long-run incremental costs (pure BULRIC)" jako odpowiedni środek regulacji cen na tym rynku, może odstąpić od stosowania takiego zalecenia przyjętego zgodnie z art. 19 ust. 1 dyrektywy 2002/21 wraz ze zmianami, jeżeli ów sąd krajowy uzna, że wymagają tego względy związane z okolicznościami faktycznymi sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, w szczególności ze specyfiką rynku danego państwa członkowskiego.

29 — Zobacz wyrok z dnia 19 czerwca 2014 r., TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, pkt 40) (wyróżnienie moje).

30 — Przypominam w każdym razie, że jeśli chodzi o wykładnię wyrażenia „oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi" użytego w art. 7 ust. 3 lit. b) dyrektywy ramowej, Trybunał orzekł, że środek przyjęty przez KOR objęty jest tym wyrażeniem jeżeli może on wywierać na tę wymianę wpływ pośredni lub bezpośredni, rzeczywisty lub *potencjalny*: zob. podobnie wyroki: z dnia 16 kwietnia 2005 r., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej i Telefonia Dialog (C-3/14, EU:C:2015:232, pkt 59); z dnia 14 stycznia 2016 r., Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, pkt 55) (wyróżnienia moje). W pkt 56 tego ostatniego wyroku Trybunał sprecyzował, że z przedstawionych mu opinii i uwag wynika, że stawki za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych mają wpływ na ceny, które użytkownicy z innych państw członkowskich muszą uiścić, kiedy telefonują do klientów odnośnego operatora w danym państwie członkowskim, ponieważ wspomniane stawki za zakańczanie połączeń w sieciach telefonii ruchomej znajdują odzwierciedlenie w opłatach za połączenia użytkownika końcowego.

2) W ramach kontroli sądowej obowiązku regulacyjnego ex ante dotyczącego ustalania stawek w oparciu o koszty, takiego jak obowiązek nałożony przez krajowy organ regulacyjny w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym, sąd krajowy jest upoważniony do zbadania proporcjonalności tego obowiązku w świetle celów politycznych i zasad regulacyjnych określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21, zmienionej dyrektywą 2009/140 i w art. 13 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywy o dostępie), zmienionej dyrektywą 2009/140. Ocena proporcjonalności omawianego obowiązku regulacyjnego ex ante może uwzględniać cele promocji interesów użytkowników końcowych oraz konsumentów na rynkach detalicznych, otwartych na konkurencję, stanowiących rynki niższego szczebla względem hurtowego rynku usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, na którym obowiązek ten został nałożony.

3) W ramach oceny proporcjonalności obowiązku regulacyjnego ex ante dotyczącego ustalania stawek w oparciu o koszty, takiego jak obowiązek nałożony przez krajowy organ regulacyjny w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym, nie można wymagać od tego organu, aby wykazał, w jakim zakresie taki obowiązek regulacyjny ex ante faktycznie realizuje cele, o których mowa w art. 8 dyrektywy 2002/21, zmienionej dyrektywą 2009/140 lub ma faktyczny wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego.