Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
PAOLA MENGOZZIJA,
predstavljeni 28. aprila 2016*

Zadeva C-28/15

Koninklijke KPN NV,
KPN BV,
T-Mobile Netherlands BV,
Vodafone Libertel BV,
Tele2 Nederland BV,
Ziggo BV,
Ziggo Services BV, nekdanja UPC Nederland BV,
Ziggo Zakelijk Services BV, nekdanja UPC Business BV,
proti
Autoriteit Consument en Markt (ACM)(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo College van Beroep voor het bedrijfsleven (upravno sodišče za gospodarske zadeve, Nizozemska))

„Predhodno odločanje — Skupni regulativni okvir za elektronska komunikacijska omrežja in storitve — Direktiva 2002/19/ES — Člena 8 in 13 — Direktiva 2002/21/ES — Členi 4, 8 in 19 — Priporočilo 2009/396/ES — Pravni pomen — Obveznost cenovnega nadzora in stroškovnega računovodstva — Cene storitev zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih — Obveznosti, ki jih nacionalni regulativni organ (NRO) naloži operaterjem s pomembno tržno močjo — Obseg sodnega nadzora nad ekonomskimi presojami NRO“

I – **Uvod**

1. Ali nacionalno sodišče, ki mu je predložena tožba zoper sklep nacionalnega regulativnega organa (v nadaljevanju: NRO) o določitvi zgornjih meja cen za storitve zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih, ki jih opravljajo operaterji, za katere se šteje, da imajo pomembno tržno moč, lahko – in na podlagi katerih vrst preudarkov – sprejme odločitev, ki se ne ujema s priporočilom Evropske komisije, ki ga izvaja ta NRO? Če je odgovor pritrdilen, ali je temu nacionalnemu sodišču zlasti dovoljen nadzor nad sorazmernostjo cenovnega ukrepa, ki ga je določil NRO, glede na cilje skupnega regulativnega okvira za elektronska komunikacijska omrežja in storitve in ali lahko od NRO zahteva, naj dovolj prepričljivo dokaže, da zadevni cenovni ukrep omogoča dejansko uresničitev zastavljenih ciljev?

2. To je v bistvu predmet dveh vprašanj, ki ju je predložilo College van Beroep voor het bedrijfsleven (upravno sodišče za gospodarske zadeve, Nizozemska) v okviru razlage členov 4(1) in 8 Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (okvirna direktiva)**, kakor je bila spremenjena

* Jezik izvirnika: francoščina.

** UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 349.

z Direktivo 2009/140/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009*** (v nadaljevanju: Okvirna direktiva), ter členov 8 in 13 Direktive 2002/19/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. marca 2002 o dostopu do elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajočih naprav ter o njihovem medomrežnem povezovanju (Direktiva o dostopu)****, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2009/140 (v nadaljevanju: Direktiva o dostopu).

3. Ti vprašanji sta postavljeni v okviru spora med več nizozemskimi telekomunikacijskimi operaterji, med drugim družbo Koninklijke KPN NV, in Autoritiet Consument en Markt (ACM) (organ za potrošnike in trg, Nizozemska) v zvezi s sklepom zadnjenavedenega o določitvi zgornjih meja cen za storitve zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih, ki jih opravljajo navedeni operaterji, na podlagi modela izračuna stroškov, ki je opisan in predlagan v Priporočilu Komisije 2009/396/ES z dne 7. maja 2009 o regulaciji cen zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih EU*****.

II – **Pravni okvir**

A – *Pravo Unije*

1. Okvirna direktiva

4. Člen 4 Okvirne direktive, naslovljen „Pravica do pritožbe“, določa:

„1. „Države članice zagotovijo, da so na nacionalni ravni na voljo učinkoviti mehanizmi, po katerih ima vsak uporabnik ali podjetje, ki zagotavlja elektronska komunikacijska omrežja in/ali storitve ter je prizadet z odločbo [NRO], pravico do pritožbe zoper odločbo pri pritožbenem organu, ki je neodvisen od udeleženih strank. Ta organ, ki je lahko sodišče, mora imeti ustrezno strokovno znanje in izkušnje, da lahko učinkovito izpolni svoje naloge. Države članice zagotovijo, da se vsebina same zadeve primerno upošteva in da je na voljo učinkovit pritožbeni mehanizem.

[…]“

5. Člen 7 Okvirne direktive določa:

„[…]

3. Če namerava [NRO] […] sprejeti ukrep, ki:

(a) sodi v področje uporabe člena 15 ali 16 te direktive ali člena 5 ali 8 […] [Direktive] o dostopu […] in

(b) bi vplival na trgovino med državami članicami,

zagotovi, da so osnutek ukrepa in razlogi, na katerih ta ukrep temelji, dostopni Komisiji, BERECu [(Organ evropskih regulatorjev za elektronske komunikacije)]****** in [NRO] v drugih državah članicah istočasno […] [NRO], BEREC in Komisija lahko zadevnemu [NRO] predložijo pripombe samo v roku enega meseca. […]

[…]

*** UL L 337, str. 37, in popravek v UL L 241, str. 8.

**** UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 323.

***** UL L 124, str. 67.

****** Ta organ je bil ustanovljen z Uredbo (ES) št. 1211/2009 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 (UL L 337, str. 1).

7. [NRO] v največji možni meri upošteva pripombe drugih [NRO], BEREC in Komisije […]

[…]“

6. Člen 8 Okvirne direktive, naslovljen „Politični cilji in regulativna načela“, določa:

„1. Države članice zagotovijo, da [NRO] pri opravljanju regulativnih nalog, opredeljenih v tej direktivi in v posebnih direktivah, sprejmejo vse primerne ukrepe za dosego ciljev iz odstavkov 2, 3 in 4. Taki ukrepi naj bodo sorazmerni s temi cilji.

[…]

2. [NRO] podpirajo konkurenco pri zagotavljanju elektronskih komunikacijskih omrežij, elektronskih komunikacijskih storitev in pripadajočih naprav ter storitev med drugim tako, da:

(a) zagotovijo, da uporabniki […] [v celoti] izkoristijo ugodnosti v smislu izbire, cene in kakovosti;

(b) zagotovijo, da v sektorju elektronskih komunikacij ni izkrivljanja ali omejevanja konkurence;

[…]

3. [NRO] prispevajo k razvoju notranjega trga med drugim tako, da:

[…]

(d) sodelujejo med seboj, s Komisijo in BERECom na pregleden način, da bi zagotovili razvoj skladne regulativne prakse in skladno uporabo te direktive in posebnih direktiv*******.

4. [NRO] podpirajo interese državljanov Evropske unije […]“.

7. Člen 16 te direktive, naslovljen „Postopek analize trga“, določa:

„[…]

2. Kadar mora [NRO] v skladu s členom […] 8 […] Direktive o dostopu […] odločiti, ali je treba za podjetja uvesti, ohraniti, spremeniti ali odpraviti obveznosti, na podlagi svoje analize trga iz odstavka 1 tega člena ugotovi, ali je upoštevni trg učinkovito konkurenčen.

3. Če [NRO] ugotovi, da na trgu vlada dejanska konkurenca, niti ne uvede niti ne ohrani nobene od posebnih regulativnih obveznosti iz odstavka 2 […]

4. Če [NRO] ugotovi, da na upoštevnem trgu ni učinkovite konkurence, opredeli podjetja, ki imajo sama ali skupaj z drugimi pomembno tržno moč na tem trgu v skladu s členom 14 in [NRO] tem podjetjem naloži ustrezne posebne regulativne obveznosti iz odstavka 2 tega člena ali ohrani ali spremeni take obveznosti, kjer že obstajajo.

[…]“

******* Izraz „posebne direktive“ se nanaša predvsem na Direktivo o dostopu.

8. Člen 19 Okvirne direktive, naslovljen „Postopki usklajevanja“, določa:

„1. […] Komisija [lahko] ob ugotovitvi, da bi lahko razlike v tem, kako [NRO] izvajajo regulativne naloge, določene v tej direktivi in posebnih direktivah, predstavljale oviro za notranji trg, in ob kar največjem upoštevanju mnenja BERECa izda priporočilo ali odločitev o usklajeni uporabi določb te direktive in posebnih direktiv za pospešitev doseganja ciljev iz člena 8.

2. […]

Države članice zagotovijo, da [NRO] pri opravljanju svojih nalog v največji možni meri upoštevajo ta priporočila. Kadar se [NRO] odloči, da priporočila ne bo upošteval, o tem obvesti Komisijo z navedbo razlogov za svoje stališče.

[…]“

2. Direktiva o dostopu

9. Člen 8 Direktive o dostopu, naslovljen „Naložitev, sprememba ali preklic obveznosti“, določa:

„1. Države članice zagotovijo, da so [NRO] pooblaščeni za naložitev obveznosti, ki so opredeljene v členih 9 do 13a.

2. Če je obratovalec na podlagi analize trga, ki je bila opravljena v skladu s členom 16 [Okvirne direktive], določen kot obratovalec s pomembno tržno močjo na določenem trgu, mu [NRO] naložijo, kot je to primerno, obveznosti iz členov 9 do 13 te direktive.

[…]

4. Obveznosti, naložene v skladu s tem členom, morajo temeljiti na naravi ugotovljenega problema, biti sorazmerne in utemeljene glede na cilje, ki so določeni v členu 8 […] [Okvirne direktive]. Take obveznosti se naložijo samo po posvetovanju v skladu s členoma 6 in 7 prej omenjene direktive.

[…]“

10. Člen 13 Direktive o dostopu, naslovljen „Obveznost cenovnega nadzora in stroškovnega računovodstva“, določa:

„1. [NRO] lahko v primerih, kadar analiza trga pokaže, da pomanjkanje učinkovite konkurence pomeni, da utegne zadevni obratovalec zadržati cene na previsoki ravni ali uporabiti razkorak cen v škodo končnih uporabnikov, v skladu z določbami člena 8 naloži obveznosti v zvezi s pokrivanjem stroškov in cenovnim nadzorom, vključno z obveznostmi za stroškovno naravnanost cen in obveznostmi glede sistemov stroškovnega računovodstva, da se zagotovijo določene vrste [za zagotavljanje določenih vrst] medomrežnega povezovanja in/ali dostopa. Da bi spodbudili naložbe obratovalcev, vključno v omrežja naslednje generacije, [NRO] upoštevajo naložbe obratovalca in mu zagotovijo primerno stopnjo donosnosti naložbe za ustrezno vložena sredstva, pri čemer se upoštevajo tveganja, povezana s posamičnim projektom novih naložb v omrežje.

2. [NRO] zagotovijo, da sta vsak predpisani mehanizem pokrivanja stroškov ali metodologija določanja cen namenjena pospeševanju učinkovitosti in trajnostne konkurence ter da čim bolj koristita porabniku. Pri tem lahko [NRO] upoštevajo tudi cene, ki so na voljo na primerljivih konkurenčnih trgih.

3. Kadar mora obratovalec pri svojih cenah upoštevati stroškovno naravnanost, mora zadevni obratovalec dokazati, da so cene izračunane iz stroškov, vključno iz primerne stopnje donosnosti naložbe. Za izračunavanje stroškov učinkovitega opravljanja storitev lahko [NRO] uporabljajo metode stroškovnega računovodstva, ki so neodvisne od tistih, ki jih uporablja podjetje. [NRO] lahko zahtevajo od obratovalca, da jim popolnoma utemelji svoje cene in lahko po potrebi zahtevajo prilagoditev cen.“

3. Priporočilo 2009/396

11. V uvodni izjavi 1 Priporočila 2009/396 je navedeno:

„[…] med ocenjevanjem več kot 850 osnutkov ukrepov, priglašenih na podlagi člena 7 [Okvirne direktive], [je bilo] ugotovljeno, da […] obstajajo nedoslednosti pri reguliranju cen zaključevanja govornega klica.“

12. V uvodni izjavi 3 Priporočila 2009/396 je navedeno:

„Zelo različne regulacije cen zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih bistveno izkrivljajo razmere na trgu. […]“

13. V uvodni izjavi 4 istega priporočila je navedeno:

„Dosedanje pomanjkanje usklajevanja pri uporabi načel stroškovnega računovodstva na trgu zaključevanja klicev potrjuje, da je potreben skupni pristop, ki bo zagotovil večjo pravno varnost in spodbujal morebitne vlagatelje, obenem pa zmanjšal regulativno breme za obstoječe operaterje, ki trenutno delujejo v več državah članicah […]“

14. V uvodni izjavi 7 Priporočila 2009/396 je navedeno:

„[…] Sistem zaračunavanja temelji v Evropski uniji na načelu ‚plača tisti, ki kliče‘, kar pomeni, da klicano omrežje določa ceno zaključevanja klica, plača pa jo kličoče omrežje. Storitev se klicani stranki ne zaračuna, zato se ta običajno ne odzove na ceno zaključevanja klica, ki jo določi njen ponudnik omrežja. V tem smislu so glavna skrb [NRO] na področju konkurence pretirane cene. Visoke cene zaključevanja klicev se povrnejo z višjimi cenami klicev za končne uporabnike. Če upoštevamo dvostransko naravo trgov zaključevanja klicev, je druga morebitna težava na področju konkurence med drugim navzkrižno subvencioniranje med operaterji. Te morebitne težave na področju konkurence so značilne tako za trge zaključevanja klicev v fiksnih omrežjih kot tudi za trge zaključevanja klicev v mobilnih omrežjih. Ker lahko operaterji, ki zaključujejo klice, cene dvignejo bistveno nad raven stroškov, velja stroškovna naravnanost za najprimernejši srednjeročni odziv na ta problem. […] Glede na posebne značilnosti trgov zaključevanja klicev ter z njimi povezanih vprašanj na področju konkurence in distribucije Komisija že dlje časa priznava, da bi se z določitvijo skupnega pristopa na podlagi standarda dejanskih stroškov in uporabe simetričnih cen za zaključevanje klicev spodbujala učinkovitost in trajnostna konkurenca ter povečale koristi za uporabnike v smislu cene in ponudbe storitev.“

15. V uvodni izjavi 13 Priporočila 2009/396 je navedeno:

„Glede na posebne značilnosti trgov zaključevanja klicev je treba stroške storitev zaključevanja klicev izračunati na podlagi predvidenih dolgoročnih prirastnih stroškov (LRIC). […] Modeli LRIC upoštevajo le tiste stroške, ki nastanejo pri zagotavljanju predvidenega prirasta. Pristop, ki temelji na prirastnih stroških, upošteva samo dejansko nastale stroške, ki jih ne bi bilo, če storitve, vključene v prirast, ne bi več izvajali (tem stroškom se je torej mogoče izogniti), in spodbuja učinkovito proizvodnjo in potrošnjo ter zmanjšuje morebitno izkrivljanje konkurence. Bolj ko se cene

zaključevanja klicev razlikujejo od prirastnih stroškov, večje je izkrivljanje konkurence med trgi fiksne in mobilne telefonije in/ali med operaterji z asimetričnimi tržnimi deleži in prometnimi tokovi. Zato je upravičena uporaba čistega pristopa LRIC, pri čemer je ustrezni prirastek veleprodajna storitev zaključevanja klicev, vključeni pa so samo stroški, ki se jim je mogoče izogniti. […]“

16. V točkah 1 in 2 Priporočila 2009/396 je navedeno:„1. Kadar […] NRO […] v skladu s členom 13 Direktive […] [o dostopu] operaterjem, ki jih NRO na podlagi tržne analize, izvedene v skladu s členom 16 [Okvirne] [d]irektive […], štejejo za operaterje s pomembno tržno močjo na trgih veleprodajnega zaključevanja govornih klicev v posameznih javnih telefonskih omrežjih (v nadaljnjem besedilu: trgi zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih), naložijo obveznosti cenovnega nadzora in stroškovnega računovodstva, bi morali NRO določiti cene zaključevanja klicev, ki temeljijo na stroških učinkovitega operaterja. To pomeni, da bi bile te cene tudi simetrične. Pri tem bi morali NRO upoštevati naslednji postopek.

2. Priporoča se, da ocenjevanje dejanskih stroškov temelji na tekočih stroških in da se uporabi model ‚od spodaj navzgor‘ z dolgoročnimi prirastnimi stroški (LRIC) kot ustrezna metoda za izračunavanje stroškov.“

17. Ni sporno, da je metoda, ki jo Komisija predlaga v Priporočilu 2009/396/ES, tako imenovana metoda „Pure-BULRIC (bottom-up long-run incremental costs)“, ki v bistvu predvideva, da se upoštevajo le prirastni stroški ponudbe zadevne storitve, pri čemer se storitev zaključevanja klicev na veleprodajnem trgu šteje za upoštevni prirast in vključuje le izogibne stroške, torej stroške, ki se jim je mogoče izogniti, če se prirast ne izvaja več. Stroški, ki se jim ni mogoče izogniti, kot so skupni stroški (stroški, ki jih ni mogoče neposredno pripisati opravljanju posamezne storitve) in povezani stroški (ki jih je mogoče neposredno pripisati več kot eni storitvi), se v tej metodi izračuna stroškov torej ne upoštevajo.

B – *Nizozemsko pravo*

18. Člen 1.3(1) Telecommunicatiewet (zakon o telekomunikacijah) v različici, ki se uporablja za dejansko stanje v postopku v glavni stvari (v nadaljevanju: zakon o telekomunikacijah), določa:

„1. [ACM] zagotovi, da njegove odločitve prispevajo k uresničitvi ciljev iz člena 8, od (2) do (5), [Okvirne direktive], v vsakem primeru:

a. s spodbujanjem konkurence pri zagotavljanju elektronskih komunikacijskih omrežij, elektronskih komunikacijskih storitev ali pripadajočih naprav, zlasti s podpiranjem učinkovitih naložb na področju infrastrukture in inovacij;

b. z razvijanjem notranjega trga;

c. s podpiranjem interesov končnih uporabnikov, kar zadeva izbiro, ceno in kakovost.“

19. Člen 1.3(2) zakona o telekomunikacijah določa, da mora ACM pri izvajanju svojih nalog in pristojnosti dosledno upoštevati priporočila Komisije iz člena 19(1) Okvirne direktive. Če ACM priporočila ne upošteva, mora o tem obvestiti Komisijo in navesti razloge za svojo odločitev.

20. V členu 6a.1 tega zakona je navedeno, da mora ACM v vlogi NRO opredeliti upoštevne trge v sektorju elektronskih komunikacij. Za to mora ACM v skladu s členom 6a.1(5) tega zakona določiti, ali je zadevni trg dejansko konkurenčen. Če to ne drži, mora ACM v skladu s členom 6a.2 navedenega zakona določiti, ali ima eno ali več podjetij pomembno tržno moč, in ustrezne obveznosti, ki jim jih je treba naložiti.

21. V členu 6a.2(3) zakona o telekomunikacijah je dodano, da je obveznost iz odstavka 1 ustrezna, kadar temelji na naravi problema, ugotovljenega na zadevnem trgu, ter je sorazmerna in utemeljena glede na cilje člena 1.3.

22. Člen 6a.7 tega zakona določa:

„1. V skladu s členom 6a.2(1) lahko [ACM] za oblike dostopa, ki jih mora določiti, naloži obveznost v zvezi z obvladovanjem zgoraj izračunanih cen ali izračunom stroškov, kadar analiza trga pokaže, da lahko zadevni operater zaradi odsotnosti učinkovite konkurence vzdržuje cene na previsoki ravni ali znižuje marže, v obeh primerih v škodo končnih uporabnikov. [ACM] lahko za obveznost določi pravila, ki so potrebna za njeno ustrezno izvedbo.

2. Obveznost iz člena 1 lahko določa, da se mora za dostop uporabljati stroškovno naravnana cena ali da se mora uporabljati sistem izračuna stroškov, ki ga opredeli ali odobri [ACM].

3. Če je [ACM] podjetju naložil obveznost zaračunavanja stroškovno naravnanih cen, to podjetje dokaže, da so njegove cene dejansko določene glede na stroške.

4. Brez poseganja v določbe odstavka 1, drugi stavek, lahko [ACM] obveznost vzpostavitve sistema stroškovnega računovodstva poveže z ukrepi v zvezi s predstavitvijo rezultatov, ki so bili doseženi z uporabo sistema s strani podjetja, ki mu je naložena obveznost. […]“

III – **Dejansko stanje v postopku v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje**

23. V okviru postopka, ki je potekal pred postopkom v glavni stvari, je Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) (neodvisni organ za poštne in telekomunikacijske storitve, Nizozemska, ki je postal ACM in ima vlogo NRO na področju telekomunikacij na Nizozemskem) po analizi upoštevnega trga operaterjem, ki ponujajo storitve zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih na Nizozemskem, s sklepom z dne 7. julija 2010 naložil cenovne ukrepe, ki so temeljili na tako imenovanem modelu izračuna stroškov „Pure-BULRIC“. College van Beroep voor het bedrijfsleven (upravno sodišče za gospodarske zadeve) je 31. avgusta 2011 ta sklep razveljavilo, zlasti ker bi bilo treba uporabiti drug model izračuna stroškov, in sicer model „Plus-BULRIC“, ki v bistvu omogoča tudi upoštevanje – ali celo povračilo – povezanih stroškov (stroškov, ki jih je mogoče neposredno pripisati več kot eni storitvi) in skupnih stroškov (stroškov, ki jih ni mogoče neposredno pripisati opravljanju posamezne storitve).********

24. ACM je nato ugotovil, da obstaja na veleprodajnem trgu storitev zaključevanja klicev tveganje za uporabo pretirano visokih cen, zato je 5. avgusta 2013 sprejel sklep (ki se izpodbija v postopku v glavni stvari), s katerim je določil zgornje meje cen za opravljanje navedenih storitev. Te cene so bile določene po modelu „Pure-BULRIC“, in sicer na podlagi določb zakona o telekomunikacijah, s katerimi sta prenesena člena 8 in 13 Direktive o dostopu in Priporočila 2009/396. ACM je ocenil, da je ta model ustrezen za določitev stroškovno naravnanih cen zaključevanja klicev in da je glede na to priporočilo to edini model določanja cen, ki je skladen s pravom Unije. Menil je, da se s cenovnim ukrepom, ki temelji na tem modelu izračuna, preprečuje tveganje za pretirano visoke cene in uporabo razkoraka cen, spodbujajo pa se konkurenca, razvoj notranjega trga in interesi končnih uporabnikov.

25. Družbe Koninklijke KPN, KPN BV, T-Mobile Netherlands BV in Vodafone Libertel BV – operaterji, ki ponujajo zlasti storitve zaključevanja klicev v mobilnih omrežjih – so pred predložitvenim sodiščem vložile ničnostno tožbo zoper sklep ACM z dne 5. avgusta 2013, izvršitev tega sklepa pa je bila zadržana s sklepom z dne 27. avgusta 2013.

******** Vprašanje, ali se zadevnim operaterjem pri uporabi modela „Pure-BULRIC“ ti dve kategoriji stroškov povrneta, je predmet spora med zadevnimi strankami ter je deloma preučeno v točkah od 88 do 91 teh sklepnih predlogov.

26. V okviru ničnostne tožbe, ki je predložena predložitvenemu sodišču, družbe Koninklijke KPN, KPN, T-Mobile Netherlands in Vodafone Libertel trdijo, da je tarifna obveznost, ki temelji na modelu „Pure-BULRIC“, v nasprotju s členoma 6a.2(3) in 6a.7(2) zakona o telekomunikacijah, ki določata, da mora biti cena stroškovno naravnana oziroma da mora biti obveznost, ki jo naloži ACM, ustrezna.

27. Dodajajo, da z vsemi trditvami ACM, ki se nanašajo na pričakovane pozitivne učinke uporabe modela „Pure-BULRIC“ na cenovno strukturo, ni mogoče upravičiti naložitve tarifnih obveznosti, kot se obravnavajo v postopku v glavni stvari. Po mnenju teh operaterjev je učinek cen, ki temeljijo na tem modelu, to, da so cene zaključevanja klicev nižje od tistih, ki bi veljale na konkurenčnem trgu. Priporočilo 2009/396 naj zato ne bi bilo v skladu s členom 13 Direktive o dostopu.

28. Predložitveno sodišče pa ugotavlja, da z besedilom člena 6a.7(2) zakona o telekomunikacijah ni mogoče utemeljiti trditve, da je mogoče naložiti obliko cenovne regulacije, ki presega regulacijo cen, ki jo je že mogoče šteti za stroškovno naravnano.

29. Kljub temu meni, da je mogoče dovoliti strožjo tarifno obveznost, če je ta sorazmerna in upravičena ob upoštevanju narave problema, ugotovljenega na zadevnem trgu, in če uresničuje cilje iz člena 8(2), (3) in (4) Okvirne direktive. V tem primeru mora ACM po mnenju predložitvenega sodišča preučiti, ali je zadevni cenovni ukrep ustrezen za dosego zastavljenega cilja in ali ne presega tega, kar je za to potrebno. Poleg tega mora pojasniti razloge za svojo odločitev in pretehtati vse zadevne interese.

30. Vendar pa se predložitveno sodišče sprašuje, prvič, o interesih, ki jih je mogoče ali jih je treba upoštevati pri tehtanju, in o teži, ki jo je mogoče ali jo je treba pripisati vsakemu od teh interesov pri analizi, ki jo je treba opraviti pred naložitvijo tarifnih obveznosti. Drugič, sprašuje se, kakšen pomen je v postopku v glavni stvari treba pripisati dejstvu, da je Komisija za sprejetje ustreznega cenovnega ukrepa na veleprodajnem trgu storitev zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih v Priporočilu 2009/396 predlagala model „Pure-BULRIC“.

31. V teh okoliščinah je predložitveno sodišče prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba člen 4(1) Okvirne direktive v povezavi s členoma 8 in 13 Direktive o dostopu razlagati tako, da nacionalna sodišča načeloma lahko v sporu o zakonitosti stroškovno naravnane cene na veleprodajnem trgu zaključevanja govornih klicev, ki jo določi [NRO], sprejmejo odločitev, ki se ne ujema s Priporočilom […] [2009/396], v katerem je metoda ‚Pure-BULRIC‘ priporočena kot ustrezni cenovni ukrep na trgih zaključevanja govornih klicev, če menijo, da je to potrebno na podlagi dejanskih okoliščin primera, o katerem presojajo, in/ali na podlagi preudarkov nacionalnega oziroma nadnacionalnega prava?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen: v kolikšni meri lahko potem nacionalna sodišča pri presoji stroškovno naravnanega cenovnega ukrepa

   (a) glede na člen 8(3) Okvirne direktive argument NRO, da se spodbuja razvoj notranjega trga, ocenjujejo na podlagi obsega dejanskega vpliva na delovanje notranjega trga?

   (b) glede na politične cilje in regulativna načela iz člena 8 Okvirne direktive in člena 13 Direktive o dostopu preučijo, ali je cenovni ukrep

      (i) sorazmeren,

      (ii) ustrezen,

      (iii) primeren in upravičen?

(c) od NRO zahtevajo, da dovolj prepričljivo dokaže, da se

(i) politični cilj, naveden v členu 8(2) Okvirne direktive, da NRO podpirajo konkurenco pri zagotavljanju elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev, dejansko uresničuje in da so uporabniki dejansko deležni kar največje ugodnosti v smislu izbire, cene in kakovosti,

(ii) dejansko uresničuje politični cilj, naveden v členu 8(3) Okvirne direktive, glede prispevanja k razvoju notranjega trga, in

(iii) dejansko uresničuje politični cilj, naveden v členu 8(4) Okvirne direktive, glede podpiranja interesov državljanov Unije?

(d) glede na člen 16(3) Okvirne direktive in člen 8(2) in (4) Direktive o dostopu pri odgovoru na vprašanje, ali gre za ustrezen cenovni ukrep, upoštevajo okoliščino, da je bil ukrep naložen na trgu, na katerem imajo regulirana podjetja znatno tržno moč, da pa je v izbrani obliki (metoda ‚Pure-BULRIC') namenjen spodbujanju enega od ciljev Okvirne direktive – namreč interesov končnih uporabnikov – na drugem trgu, na katerem regulacija ne pride v poštev?“

IV – **Postopek pred Sodiščem**

32. Pisna stališča o teh vprašanjih so predložile tožeče stranke v postopku v glavni stvari, družbe Tele2 Nederland BV, Ziggo BV, Ziggo Services BV in Ziggo Zakelijk Services BV, intervenientke v sporu o glavni stvari*********, nizozemska, italijanska, poljska in finska vlada ter Komisija. Na obravnavi 16. marca 2016 so ustne navedbe podale te zadevne stranke, razen družbe Tele2 Nederland ter italijanske in poljske vlade, ki niso bile zastopane, ter nemška vlada.

V – **Analiza**

A – *Uvodne ugotovitve*

33. Z okvirno direktivo se vzpostavlja usklajen okvir za zakonsko urejanje elektronskih komunikacijskih storitev, elektronskih komunikacijskih omrežij ter pripadajočih naprav in storitev. Direktiva določa naloge NRO in tudi vrsto postopkov za zagotovitev usklajene uporabe regulativnega okvira v celotni Uniji.**********

34. Okvirna direktiva daje NRO posebne naloge, kar zadeva regulacijo trgov elektronskih komunikacij.

35. NRO morajo pri opravljanju svojih nalog dosledno upoštevati cilje iz člena 8 Okvirne direktive. V skladu s členom 8(1) te direktive morajo države članice zagotoviti, da NRO sprejmejo vse primerne ukrepe za dosego ciljev iz navedenega člena. V zadnjenavedeni določbi je predpisano tudi, da morajo biti ukrepi, ki jih sprejmejo NRO, sorazmerni s temi cilji.

36. NRO morajo na podlagi določb Okvirne direktive v tesnem sodelovanju s Komisijo opredeliti upoštevne trge v sektorju elektronskih komunikacij in presoditi, ali so ti trgi dejansko konkurenčni.********** Če trg ni dejansko konkurenčen, je zadevni NRO pristojen za to, da podjetjem s pomembno tržno močjo naloži *ex ante* regulativne obveznosti.

********* Te štiri stranke so vložile tožbe zoper sklep ACM, ki se nanašajo na vprašanja, ki niso povod ne za spor o glavni stvari ne za vprašanja za predhodno odločanje. Predstavnik družb Ziggo, Ziggo Services in Ziggo Zakelijk Services je na obravnavi navedel, da so te družbe glavni operaterji, ki plačujejo cene zaključevanja klicev na Nizozemskem.

********** Glej v tem smislu sodbo z dne 3. decembra 2009, Komisija/Nemčija (C-424/07, EU:C:2009:749, točka 53).

********** Člena 15 in 16 Okvirne direktive.

37. Kadar NRO naloži take obveznosti, mora upoštevati cilje iz člena 8 Okvirne direktive, pri čemer morajo biti te *ex ante* regulativne obveznosti sorazmerne in upravičene glede na navedene cilje.**********

38. V skladu s členom 13(1) Direktive o dostopu lahko te *ex ante* regulativne obveznosti – kadar analiza trga pokaže, da pomanjkanje učinkovite konkurence pomeni, da utegne zadevni operater ali operaterji zadržati cene na previsoki ravni ali uporabiti razkorak cen v škodo končnih uporabnikov – med drugim vključujejo obveznosti za stroškovno naravnanost cen in obveznosti glede sistemov stroškovnega računovodstva za zagotavljanje določenih vrst medomrežnega povezovanja in/ali dostopa. Člen 13(2) Direktive o dostopu zahteva, da so predpisani mehanizmi pokrivanja stroškov in metodologije določanja cen namenjeni pospeševanju ekonomske učinkovitosti in trajnostne konkurence ter da čim bolj koristijo porabniku.

39. V sporu o glavni stvari ni sporno, da je ACM naložil *ex ante* tarifne obveznosti, zlasti v smislu člena 13(1) Direktive o dostopu,********** operaterjem, za katere je ta organ štel, da imajo pomembno moč na veleprodajnem trgu zaključevanja klicev na Nizozemskem, v obliki stroškovno naravnanih zgornjih meja cen, ki temeljijo na modelu izračuna stroškov, ki ga v Priporočilu 2009/396 predlaga Komisija, tj. na tako imenovanem modelu „Pure-BULRIC“. Dalje je treba pojasniti, da predložitveno sodišče Sodišča ne sprašuje o veljavnosti tega priporočila, v nasprotju s tem, kar se zdi, da so mu predlagale tožeče stranke v postopku v glavni stvari.**********

40. Prav tako se v postopku v glavni stvari ne nasprotuje temu, da je naložitev *ex ante* tarifnih obveznosti na podlagi stroškovne naravnanosti cen upravičena glede na nekonkurenčnost in posebnosti veleprodajnega trga zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih, kot je bilo poudarjeno zlasti v uvodni izjavi 7 Priporočila 2009/396, navedeni v točki 14 teh sklepnih predlogov.

41. Predložitveno sodišče se kljub temu v bistvu sprašuje, ali so cenovni ukrepi, ki jih je ACM sprejel na podlagi modela izračuna stroškov „Pure-BULRIC“, predlaganega v Priporočilu 2009/396, pretirani in ali bi, kot trdijo tožeče stranke v postopku v glavni stvari, zadostovala zgornja meja cen, ki bi temeljila na malo drugačnem modelu izračuna – in sicer na tako imenovanem modelu „Plus-BULRIC“, ki zadevnim operaterjem omogoča povrnitev stroškov, kot so skupni in povezani stroški**********, ki se jim na zadevnem trgu ni mogoče izogniti – saj bi cenovni ukrep, ki bi temeljil na tem modelu, že ustrezal zahtevam po stroškovni naravnanosti cen.

42. Konkretno – kot je tudi razvidno iz spisa – uporaba modela izračuna stroškov „Pure-BULRIC“ povzroči, da se zgornja meja cen zaključevanja klicev v mobilnih omrežjih določi na 1,019 centa na minuto, medtem ko bi pri uporabi modela „Plus-BULRIC“ znašala 1,861 centa na minuto. Kar zadeva zaključevanje klicev v fiksnih omrežjih, znaša zgornja meja cen pri uporabi modela „Pure-BULRIC“ 0,108 centa na minuto, na podlagi modela „Plus-BULRIC“ pa 0,302 centa na minuto.

43. V obeh primerih je mogoče opaziti, da bi uporaba modela „Plus-BULRIC“ zadevnim operaterjem torej omogočila, da svoje cene zaključevanja klicev določijo višje kot na podlagi uporabe modela „Pure-BULRIC“, ki ga je ACM sprejel na podlagi Priporočila 2009/396.

********** Glej člen 8(4) Direktive o dostopu in sodbo z dne 3. decembra 2009, Komisija/Nemčija (C-424/07, EU:C:2009:749, točka 60).

********** Za vsak primer naj opozorim, da je Sodišče že menilo, da izdaja dovoljenja za cene zaključevanja klicev v mobilnih omrežjih s strani NRO izhaja iz „obveznosti v zvezi s […] cenovnim nadzorom, [ki se nanašajo na] zagotavljanje določenih vrst medomrežnega povezovanja in/ali dostopa“, v smislu člena 13(1) Direktive o dostopu; glej sodbo z dne 14. januarja 2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, točki 42 in 43).

********** Glej točko 27 teh sklepnih predlogov.

********** Glej glede teh stroškov točki 17 in 23 teh sklepnih predlogov.

44. Ker je ekonomski pomen postopka v glavni stvari pojasnjen, je vprašanja, ki jih je postavilo predložitveno sodišče, mogoče razdeliti na dva dela, in sicer: prvič, ali nacionalno sodišče lahko – in na podlagi katerih vrst preudarkov – sprejme odločitev, ki se ne ujema s priporočilom Komisije, ki ga izvaja NRO? Drugič, če je odgovor pritrdilen, ali je temu nacionalnemu sodišču zlasti dovoljen nadzor nad sorazmernostjo cenovnega ukrepa, ki ga je NRO določil ob upoštevanju ciljev iz Okvirne direktive in Direktive o dostopu, in ali lahko od NRO zahteva, naj dovolj prepričljivo dokaže, da zadevni cenovni ukrep omogoča dejansko uresničitev zastavljenih ciljev?

B – *Obseg sodnega nadzora, pomen Priporočila 2009/396 in preudarki, zaradi katerih ga nacionalnemu sodišču ni treba upoštevati*

45. V okoliščinah, v katerih predložitveno sodišče v prvem vprašanju za predhodno odločanje uporablja glagol „se ne ujema“, je precej jasno, da razmišlja o možnosti nadomestitve modela izračuna „Pure-BULRIC“ – ki ga Komisija predlaga v Priporočilu 2009/396, ACM pa ga izvaja s sklepom, ki se izpodbija pred navedenim sodiščem – z modelom „Plus-BULRIC“, kot je to sodišče že storilo v preteklosti********** in kot predlagajo tožeče stranke v postopku v glavni stvari. Zdi se namreč, da je predložitveno sodišče pripravljeno šteti, da cene, ki temeljijo na modelu „Plus-BULRIC“, že izpolnjujejo zahteve na področju stroškovne naravnanosti navedenih cen, zlasti v smislu člena 13(1) Direktive o dostopu.

46. Ta pristojnost predložitvenega sodišča – čeprav se lahko zdi sporna********** – da s svojo presojo ekonomskih in računovodskih podatkov nadomesti presojo teh istih podatkov, ki jo je ACM opravil na podlagi Priporočila 2009/396, za katero se zdi, da nalaga model izračuna stroškov operaterjev v korist drugega, ni ne izrecno določena ne prepovedana s členom 4(1) Okvirne direktive, za razlago katerega prosi predložitveno sodišče v prvem vprašanju za predhodno odločanje.

47. Ta člen namreč na splošno zgolj določa, da morajo države članice v okviru tožb zoper sklepe NRO zagotoviti, da se „vsebina same zadeve primerno upošteva in da je na voljo učinkovit pritožbeni mehanizem“.**********

48. Iz tega izhaja, da člen 4(1) Okvirne direktive ne usklajuje niti nacionalnih pravil in praks v zvezi s sodnimi postopki, ki se uporabljajo, niti obsega nadzora, ki ga nad sklepi NRO opravi nacionalno sodišče. Iz besedila člena 4(1) Okvirne direktive je kvečjemu mogoče sklepati, da je v tej določbi predpisana omejitev, pod katero bi se štelo, da države članice ne zagotavljajo učinkovitosti pritožbenih mehanizmov, torej da je izključeno, da bi bil nadzor pritožbenega organa zgolj formalen. Poleg tega – kot bom natančneje preučil pri odgovoru na drugo vprašanje za predhodno odločanje********** – se v določbah Okvirne direktive in Direktive o dostopu zahteva, da se pri nadzoru nad sklepi NRO, ki nalagajo *ex ante* regulativne obveznosti, preuči sorazmernost navedenih obveznosti glede na cilje iz Okvirne direktive.

49. V nasprotju s tem, kar je v pisnih stališčih v bistvu zagovarjala italijanska vlada, pa ne člen 4(1) Okvirne direktive ne splošneje pravo Unije nacionalnemu sodišču ne nalaga, da v takšnem položaju, kot je v obravnavani zadevi, izvede zgolj omejen nadzor nad kompleksnimi ekonomskimi presojami, ki jih opravi NRO, kot je nadzor nad očitno napako pri presoji.

********** Glej točko 23 teh sklepnih predlogov. Naj opozorim, da se v času prve zadeve rok za oblikovanje cen, ki temelji na modelu „Pure-BULRIC“, predlaganem v Priporočilu 2009/396, še ni iztekel.

********** Medtem ko je nizozemska vlada v pisnih stališčih navedla, da v položaju, kot je v postopku v glavni stvari, nizozemsko sodišče ni pristojno za to, da ACM naloži cenovni ukrep, ki ga šteje za ustreznega, je ta ista vlada na obravnavi pred Sodiščem navedla, da je bil nadzor nizozemskega sodišča zelo temeljit ali zelo strog, podobno kot nadzor z neomejeno pristojnostjo. Tudi nekatere stranke v postopku v glavni stvari so zagovarjale zadnjenavedeno razlago v zvezi z obsegom sodnega nadzora nad sklepi ACM.

********** Za vsak primer naj opozorim, da je Sodišče že menilo, da člen 4(1) Okvirne direktive odraža načelo učinkovitega sodnega varstva, v skladu s katerim morajo sodišča držav članic zagotoviti sodno varstvo pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi prava Unije: glej zlasti sodbo z dne 22. januarja 2015, T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24, točka 33).

********** Glej točki 80 in 81 teh sklepnih predlogov.

50. Poleg tega ugotavljam, da je Sodišče podobno trditev že zavrnilo v sodbi z dne 24. aprila 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, točke od 163 do 169). V tej zadevi – ki spada v kontekst regulativnega okvira za telekomunikacije neposredno pred sprejetjem Okvirne direktive in Direktive o dostopu, vendar je glede tega vprašanja povsem upoštevna – je Sodišče o obsegu sodnega nadzora nad sklepi NRO v zvezi s cenami za dostop do krajevne zanke tržno močnih telekomunikacijskih operaterjev, vključno s presojami tega NRO o stroških, ki jih je treba upoštevati, njihovem izračunu in računovodskem izkazu, menilo, da pravo Unije ne določa nobenega pravila, da morajo države članice vzpostaviti poseben način nadzora v zvezi z navedenimi sklepi, s čimer je izrecno zavrnilo trditev ene od zadevnih strank, da bi moral biti ta nadzor postranski, če ne omejen.

51. Ob upoštevanju navedenega iz tega izhaja, da kadar v pravu Unije taka pravila niso določena, je treba v pravnem redu vsake države članice podrobneje urediti postopkovna pravila za pravna sredstva, katerih namen je varstvo pravic, ki jih imajo upravičenci na podlagi prava Unije, pri čemer se spoštujeta načeli enakovrednosti in učinkovitosti. **********

52. Dejstva, da predložitveno sodišče meni, da lahko zelo temeljito nadzira sklepe ACM, vključno s tem, da po potrebi s svojimi presojami nadomesti presoje, ki jih je na podlagi Priporočila 2009/396 opravil ta organ, pravo Unije torej nikakor ne prepoveduje, če se spoštujeta navedeni načeli. V okviru odgovora na drugo vprašanje za predhodno odločanje bom preučil tudi ta vidik obravnavane zadeve, in sicer, natančneje, s stališča spoštovanja načela učinkovitosti. **********

53. To ne spremeni dejstva, da mora nacionalno sodišče pri izvajanju te pristojnosti ravnati izredno previdno, če namerava zavrniti ekonomske in računovodske presoje, ki jih nadzira in ki temeljijo na priporočilu Komisije, kot je Priporočilo 2009/396.

54. Nedvomno pa presoje iz tega priporočila za nacionalno sodišče, ki mu je predložena tožba zoper sklep NRO o izvajanju Priporočila 2009/396, niso zavezujoče.

55. V skladu s členom 288 PDEU – kot priznavajo tudi vse zadevne stranke – tako priporočilo namreč nima zavezujočih pravnih učinkov, kar potrjuje tudi člen 19(2) Okvirne direktive, ki sicer zahteva, da NRO dosledno upoštevajo priporočila Komisije, sprejeta na podlagi člena 19(1) Okvirne direktive, vendar jim izrecno dovoljuje, da od njih odstopijo, če Komisijo o tem obvestijo z navedbo razlogov za svoje stališče. **********

56. V obravnavani zadevi dejstvo, da je ACM s sprejetjem sklepa, ki se izpodbija pred predložitvenim sodiščem, izvajal Priporočilo 2009/396 v okoliščinah postopka v glavni stvari, ne spreminja same pravne narave tega priporočila. Za nacionalno sodišče, ki mu je predložena tožba zoper sklep NRO, ki izvaja tako priporočilo, presoje iz tega priporočila zato niso zavezujoče.

57. Kot je Sodišče že večkrat priznalo, namen priporočil niso zavezujoči pravni učinki, vendar ta niso popolnoma brez pravnih učinkov. Zato jih morajo za rešitev sporov, ki so jim predloženi, upoštevati tudi nacionalna sodišča, zlasti kadar pojasnjujejo razlago nacionalnih določb, sprejetih zaradi zagotavljanja njihovega izvajanja, ali kadar dopolnjujejo določbe prava Unije, ki so zavezujoče. **********

58. Ta sodna praksa se v celoti uporablja za Priporočilo 2009/396.

********** Glej v tem smislu zlasti sodbo z dne 24. aprila 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, točka 166 in navedena sodna praksa).

********** Glej točke od 92 do 97 teh sklepnih predlogov.

********** Glej v tem smislu tudi sodbo z dne 11. septembra 2008, Komisija/Litva (C-274/07, EU:C:2008:497, točka 50).

********** Glej v tem smislu zlasti sodbe z dne 11. septembra 2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, točka 41); z dne 18. marca 2010, Alassini in drugi (od C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, točka 40), in z dne 24. aprila 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, točka 94).

59. V nasprotju s tem, kar sta v stališčih trdili družbi Koninklijke KPN in KPN, je to priporočilo po mojem mnenju namenjeno prav temu, da dopolnjuje določbe regulativnega okvira, ki se uporabljajo za storitve elektronskih komunikacij. Namen Priporočila 2009/396 – ki je bilo sprejeto na podlagi člena 19(1) Okvirne direktive po tem, ko je Komisija ugotovila razlike in neskladja pri opravljanju regulativnih nalog NRO v zvezi z določitvijo cen zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih v Uniji – je zagotoviti usklajeno uporabo določb Okvirne direktive in Direktive o dostopu. Natančneje, v Priporočilu 2009/396, ki predlaga model „Pure-BULRIC“, je opredeljen model izračuna stroškov, na katerega naj bi se NRO oprli pri določitvi cen zaključevanja klicev pri veleprodaji operaterjev s pomembno močjo na tem trgu, ko zadnjenavedenim nalagajo obveznosti v zvezi s cenovnim nadzorom in zlasti obveznosti v zvezi s stroškovno naravnanostjo cen, v skladu s členom 13 Direktive o dostopu.**********

60. Predložitveno sodišče mora v okviru spora, ki mu je predložen, v zvezi z ustreznostjo določitve zgornjih meja cen – ki jih je ACM naložil tožečim strankam v postopku v glavni stvari na veleprodajnem trgu zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih – ki temelji na modelu izračuna stroškov „Pure-BULRIC“, predlaganem v Priporočilu 2009/396, torej ustrezno upoštevati to priporočilo.

61. V zvezi s tem po mojem mnenju ne sme prezreti tega, da je bilo Priporočilo 2009/396 sprejeto prav po ugotovitvi znatnih razlik in neskladij med NRO na ravni Unije, kar zadeva določitev cen zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih, ki je v skladu z uvodno izjavo 7 tega priporočila povzročila hudo izkrivljanje konkurence.

62. Model izračuna stroškov „Pure-BULRIC“, ki ga Komisija predlaga v tem priporočilu, je bil torej določen z namenom, da se odpravijo te razlike in izkrivljanje v Uniji, ki v skladu s priporočilom škodijo učinkoviti konkurenci in končnim potrošnikom.

63. NRO so v Priporočilu 2009/396 torej pozvani, naj uskladijo tarifne obveznosti, ki jih nalagajo na podlagi modela „Pure-BULRIC“, da se zagotovi uresničitev učinkovite konkurence na notranjem trgu, ki koristi tudi končnim uporabnikom in potrošnikom.**********

64. V teh okoliščinah bi moralo nacionalno sodišče pri sodnem nadzoru nad sklepom NRO, na podlagi katerega se na upoštevnem trgu zadevne države članice izvaja Priporočilo 2009/396, ravnati previdno in preudarno, če namerava odstopiti od modela izračuna stroškov, ki je predlagan v tem priporočilu in kakršnega je uporabil ta NRO.

65. Prvič, ker veljavnost tega priporočila namreč nikakor ni predmet razprave, je treba model izračuna stroškov, ki ga v njem priporoča Komisija, obravnavati kot ustrezen ukrep za preprečitev izkrivljanja konkurence, vključno z navzkrižnim subvencioniranjem, in zagotovitev kar največje ugodnosti končnim potrošnikom. Poleg tega se zdi, da je prav tako izhodišče razlogovanja predložitvenega sodišča, na kar kaže besedilo prvega vprašanja za predhodno odločanje.

********** Glej zlasti uvodno izjavo 21 in točko 1 Priporočila 2009/396. Čeprav namen tega priporočila ni bil dopolnitev določb prava Unije, ga nacionalna sodišča nikakor ne morejo prezreti. V skladu s sodno prakso Sodišča je namreč obveznost zadnjenavedenih, da upoštevajo priporočila, splošna obveznost, „predvsem“ kadar ta dopolnjujejo določbe prava Unije, ki so zavezujoče.

********** Zdi se, da je ta cilj danes delno dosežen, saj je Komisija na obravnavi navedla, da se model Pure-BULRIC uporablja v 24 državah članicah od 28. Poleg položaja v Kraljevini Nizozemski naj metode izračuna stroškov, ki temelji na tem modelu, ne bi uporabljale samo Zvezna republika Nemčija, Republika Ciper in Republika Finska. Komisija je na obravnavi prav tako poudarila, da je položaj Republike Ciper upravičen na podlagi točke 12 Priporočila 2009/396, ki NRO z omejenimi viri omogoča, da pod nekaterimi pogoji uporabljajo nadomestno metodo.

66. Drugič, treba je zagotoviti, da nacionalna sodišča ponovno ne uvedejo izkrivljanj konkurence na ravni Unije, ki so poudarjena v Priporočilu 2009/396 in se v tem priporočilu nameravajo izravnati ali zmanjšati z uporabo modela izračuna stroškov „Pure-BULRIC“, ali vsaj to, da se zadnjenavedena lahko oprejo le na resne razloge za neuporabo modela, ki se priporoča na ravni Unije in ga izvaja NRO.

67. Tudi predložitveno sodišče se v prvem vprašanju za predhodno odločanje sprašuje prav o natančnih preudarkih, ki bi mu omogočili, da odstopi od Priporočila 2009/396, kot ga je izvajal ACM. Na podlagi teh razlogov se tako na splošno sklicuje na „dejanske okoliščine primera, o katerem presoja, in/ali na […] preudark[e] nacionalnega oziroma nadnacionalnega prava“.

68. Predložitveno sodišče preudarkov „nadnacionalnega prava“ nikakor ni natančneje določilo in priznati moram, da ne vem, na katere norme ali akte se sklicuje. Zato se o takem razlogu ni mogoče izreči.

69. Preudarki, ki izhajajo iz nacionalnega prava, so veliko bolj opredeljivi. Toda opiranje – kot se zdi, da namerava storiti predložitveno sodišče – izključno na te preudarke za odstop od modela izračuna stroškov „Pure-BULRIC“, ki ga NRO izvaja v obravnavani zadevi, me ob upoštevanju pravnega okvira te zadeve preseneča.

70. Če pravilno razumem razlogovanje predložitvenega sodišča, ta iz členov 6a.2(3) in 6a.7(2) zakona o telekomunikacijah – ki ACM v bistvu dovoljujeta, da naloži tarifno obveznost v obliki stroškovne naravnanosti cen, če taka obveznost temelji na naravi ugotovljenega problema ter je sorazmerna in upravičena glede na cilje iz člena 1.3 istega zakona – sklepa, da ni mogoče naložiti oblike cenovne regulacije (in sicer take, ki temelji na modelu „Pure-BULRIC“), ki presega regulacijo cen, ki jo je že mogoče šteti za stroškovno naravnano (torej tako, ki temelji na modelu „Plus-BULRIC“).

71. Če odmislimo presoje o vrednosti obeh modelov izračuna stroškov, je treba ugotoviti – kot je na obravnavi poudarila tudi nizozemska vlada – da določbe nacionalnega prava, na katere se sklicuje predložitveno sodišče, pogosto z enakimi besedami prenašajo določbe Okvirne direktive in Direktive o dostopu. Tako po samih navedbah predložitvenega sodišča člen 1.3 zakona o telekomunikacijah prenaša člen 8 Okvirne direktive, v katerem so določeni splošni cilji regulativnega okvira za storitve elektronskih komunikacij, h katerim morajo prispevati NRO. Poleg tega člen 6a.2(3) tega zakona povzema člen 8(4) Direktive o dostopu predvsem v zvezi s potrebo, da NRO nalagajo sorazmerne *ex ante* regulativne obveznosti, člen 6a.7(2) zakona o telekomunikacijah pa prenaša člen 13(1) te iste direktive o dostopu zlasti v zvezi z zahtevo po stroškovni naravnanosti cen.

72. V teh okoliščinah – in čeprav priznavam, da mora nacionalno sodišče razlagati svoje nacionalno pravo – si lahko le stežka predstavljam, da bi nacionalno pravo, kot ga je razložilo to sodišče, in sicer kakor izhaja iz prava Unije, s svojim besedilom in samo po sebi zahtevalo, naj se ne upošteva model izračuna, ki ga priporoča Komisija in katerega namen je predvsem dopolnjevanje in pojasnjevanje določb člena 13 Direktive o dostopu glede tega, kar je treba razumeti z naložitvijo stroškovno naravnanih tarifnih obveznosti.

73. To sicer ne pomeni – kot so upravičeno poudarile nemška, finska in poljska vlada – da je le na podlagi enega teoretičnega modela izračuna stroškov mogoče opredeliti zahteve v zvezi s stroškovno naravnanostjo cen iz člena 13(1) Direktive o dostopu.

74. To zgolj pomeni, da se mi ob upoštevanju okoliščin obravnavane zadeve zdi, da izključno pravni razlogi nacionalnega prava kot taki ne morejo zahtevati neuporabe modela izračuna stroškov, ki je predlagan v Priporočilu 2009/396 in ga ACM izvaja s sklepom, ki se izpodbija pred predložitvenim sodiščem.

75. Podobno kot so v bistvu trdile družbi Tele2 Nederland in Ziggo, italijanska vlada in Komisija ter kot je priznala družba T-Mobile Netherlands, pa so ti preudarki povezani z dejanskimi okoliščinami postopka v glavni stvari, zlasti glede posebnih značilnosti nizozemskega trga, ki bi po mojem mnenju predložitveno sodišče lahko privedle do tega, da odstopi od modela izračuna, ki ga ACM izvaja na podlagi Priporočila 2009/396.

76. Menim, da bi moral biti tak odgovor na prvo vprašanje za predhodno odločanje.

77. Vendar tega vidika postopka v glavni stvari ni mogoče natančneje preučiti. Predložitveno sodišče namreč nikakor ni natančneje navedlo dejanskih in/ali posebnih okoliščin postopka v glavni stvari, ki bi lahko privedle do neupoštevanja presoj, ki jih vsebuje Priporočilo 2009/396 in jih ACM izvaja s sklepom, katerega veljavnost se izpodbija pred tem sodiščem.

78. Predlagam torej, naj bo odgovor na prvo vprašanje za predhodno odločanje: člen 4(1) Okvirne direktive je treba razlagati tako, da nacionalno sodišče – ki mu je predložen spor v zvezi z zakonitostjo *ex ante* regulativne obveznosti v obliki stroškovno naravnane zgornje meje cen, ki jo NRO naloži na nekonkurenčnem veleprodajnem trgu storitev zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih na podlagi Priporočila 2009/396/ES, v katerem se kot ustrezen ukrep regulacije cen na navedenem trgu predlaga model izračuna stroškov „Pure-BULRIC“ – lahko sprejme odločitev, ki se ne ujema s takim priporočilom, ki je bilo sprejeto v skladu s členom 19(1) Okvirne direktive, če to nacionalno sodišče meni, da to zahtevajo razlogi, povezani z dejanskim stanjem postopka v glavni stvari, zlasti s posebnimi značilnostmi trga zadevne države članice.

C – *Vsebina sodnega nadzora in dokazni standard, ki se zahteva od NRO, v zvezi z uresničevanjem ciljev Okvirne direktive in Direktive o dostopu*

79. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem za predhodno odločanje, ki je razdeljeno na več podvprašanj, na prvem mestu v bistvu sprašuje, ali lahko vsebina nadzora nad sklepom ACM zajema preučitev sorazmernosti tarifne obveznosti, ki jo je naložil ta organ, glede na cilje in regulativna načela iz Okvirne direktive in Direktive o dostopu, vključno s preučitvijo okoliščine, da je cenovni ukrep naložen za nekonkurenčnem trgu, vendar je namenjen spodbujanju cilja v zvezi s podpiranjem končnih potrošnikov na konkurenčnem trgu (drugo vprašanje za predhodno odločanje, točki (b) in (d)). Na drugem mestu se sprašuje, ali, prvič, je pri nadzoru, ki ga mora opraviti nad sklepom ACM, mogoče upoštevati *dejanski* vpliv na notranje delovanje cenovnega ukrepa, ki ga je naložil ta organ, in drugič, ali od ACM lahko zahteva, naj dovolj prepričljivo dokaže, da se z navedenim ukrepom *dejansko* uresničujejo trije cilji iz člena 8 Okvirne direktive (drugo vprašanje za predhodno odločanje, točki (a) in (c)).

80. Kar zadeva prvi del drugega vprašanja, se strinjam z mnenjem vseh zadevnih strank, da morajo nacionalna sodišča nadzirati sorazmernost cenovnega ukrepa, kakršnega ACM izvaja v postopku v glavni stvari.

81. Kot je opozorila večina teh strank, iz člena 8(4) Direktive o dostopu jasno izhaja, da morajo obveznosti, ki jih naloži NRO, vključno s tistimi iz člena 13 navedene direktive v zvezi s stroškovno naravnanostjo cen, temeljiti na naravi ugotovljenega problema ter da morajo biti sorazmerne in utemeljene glede na cilje, ki so določeni v členu 8 Okvirne direktive.********** Taka pristojnost NRO pa ne more biti izvzeta iz sodnega nadzora nad „vsebino same zadeve“ iz člena 4(1) Okvirne direktive. Kot sta trdili predvsem nizozemska vlada in Komisija ter kot izhaja zlasti iz

********** Glej v tem smislu tudi sodbo z dne 19. junija 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, točka 44).

nedavne sodbe z dne 17. septembra 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, točke 43, 47 in 49), morajo nacionalna sodišča torej zagotoviti, da NRO izpolnjujejo vse zahteve iz členov 8 in 13 Direktive o dostopu, vključno tako, da preverijo, ali je tarifna obveznost, ki jo naloži NRO, sorazmerna in utemeljena glede na cilje iz člena 8 Okvirne direktive. **********

82. Ta analiza se ne spremeni zaradi dejstva, da tak cenovni ukrep temelji na priporočilu Komisije, kot je Priporočilo 2009/396. Povedano drugače, zaradi samega obstoja takega priporočila se nacionalnemu sodišču ne odvzame pristojnost za nadzor sorazmernosti cenovnega ukrepa, ki ga sprejme NRO, s cilji iz člena 8 Okvirne direktive.

83. To pa ne spremeni dejstva, da mora – kot sem že navedel – nacionalno sodišče tako priporočilo ustrezno upoštevati. Za model „Pure-BULRIC“, predlagan v tem priporočilu, katerega veljavnost se ni izpodbijala ter na katerem je ACM utemeljil svojo analizo in svoj sklep, se po mojem mnenju predpostavlja, da je sorazmeren glede na cilje iz člena 8 Okvirne direktive.

84. V teh okoliščinah menim, da bi morala preučitev sorazmernosti cenovnega ukrepa glede na cilje iz člena 8 Okvirne direktive predložitveno sodišče privesti do tega, da na podlagi nacionalnih predpisov v zvezi s postopkovnimi pravili za pravna sredstva, vključno s tistimi, ki se nanašajo na dokazno breme, preveri, prvič, ali so tožeče stranke v postopku v glavni stvari predložile zadostne dokaze, na podlagi katerih bi bilo v okoliščinah postopka v glavni stvari mogoče ovreči navedeno predpostavko, ob upoštevanju – če je to ustrezno – posebnih značilnosti nizozemskega trga, in drugič, ali so pojasnila ACM v zvezi z zavrnitvijo uporabe modela „Plus-BULRIC“, ki ga zahtevajo tožeče stranke v postopku v glavni stvari, pravno zadostno podkrepljena.

85. Poleg tega določbe Okvirne direktive in Direktive o dostopu ne nasprotujejo temu, da nacionalno sodišče v okviru nadzora nad sorazmernostjo cenovnega ukrepa, ki ga je sprejel ACM, preuči okoliščino, da je bil ta ukrep naložen na (nekonkurenčnem) veleprodajnem trgu storitev zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih, vendar je namenjen spodbujanju cilja v zvezi s podpiranjem končnih uporabnikov in potrošnikov na trgu ali trgih niže v prodajni verigi, ki so odprti za konkurenco.

86. V zvezi s tem je treba opozoriti, da morajo NRO v skladu s členom 8(2)(a) in (4) Okvirne direktive s spodbujanjem konkurence zagotoviti kar največjo korist za uporabnike, zlasti kar zadeva ceno, in podpirati interese državljanov Unije, na podlagi člena 13(2) Direktive o dostopu pa morajo ti isti NRO pri določitvi mehanizmov pokrivanja stroškov zagotoviti tudi, da ima potrošnik kar največjo ugodnost. Kot sta v pisnih stališčih upravičeno navedli nizozemska vlada in Komisija, iz tega izhaja, da morajo NRO upoštevati interes vseh končnih uporabnikov, neodvisno od trga, na katerem so naložene *ex ante* obveznosti. Taka presoja NRO v zvezi z interesi končnih uporabnikov in potrošnikov ni izvzeta iz sodnega nadzora.

87. Ker končni uporabniki in potrošniki po definiciji niso prisotni na veleprodajnem trgu storitev zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih, je prav tako pomembno, da je njihove interese mogoče upoštevati in ovrednotiti pri preučitvi učinka, ki naj bi ga na maloprodajnem trgu povzročil cenovni ukrep, ki ga je NRO naložil na veleprodajnem trgu.

88. Tožeče stranke v postopku v glavni stvari, ki so postavljeno vprašanje preučile z drugačnega vidika, so v pisnih stališčih v bistvu trdile, da NRO, kot je ACM, ni pristojen za določitev *ex ante* obveznosti na konkurenčnem trgu, kot je maloprodajni trg zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih, do česar pa naj bi privedla uporaba modela „Pure-BULRIC“.

********** V zvezi s pozivom, ki ga je Sodišče naslovilo na nacionalno sodišče, naj presodi sorazmernost obveznosti, ki jo je NRO naložil operaterju z znatno tržno močjo, v skladu s katero je ta moral namestiti zaključni kabel, ki razdelilno točko na dostopovnem omrežju povezuje z omrežno priključno točko pri končnem uporabniku, glej tudi sodbo z dne 19. junija 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, točka 47).

89. Člen 16(3) Okvirne direktive NRO sicer res prepoveduje, da uvedejo ali ohranijo katero od tarifnih obveznosti iz člena 8 Direktive o dostopu, če ugotovijo, da na trgu vlada dejanska konkurenca. NRO torej ne more uvesti *ex ante* tarifne obveznosti na trgu, ki je odprt za konkurenco in je niže v prodajni verigi glede na veleprodajni trg zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih.

90. Kot v pisnih stališčih priznava zlasti Komisija, pomeni uvedba stroškovno naravnane cenovne metode, ki temelji na modelu „Pure-BULRIC“, oviro za zadevne operaterje pri pokrivanju stroškov, ki se jim na (nekonkurenčnem) veleprodajnem trgu zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih ni mogoče izogniti. Poudarja pa tudi, da uporaba take metode, ki temelji na takem modelu, zadevnim operaterjem ne preprečuje pokrivanja stroškov na drugih trgih, ki so odprti za konkurenco, kar je po njenem mnenju koristneje tako za konkurenco kot za končne potrošnike.

91. Povedano drugače, s cenovno metodo, ki temelji na modelu „Pure-BULRIC“, se ne nalagajo *ex ante* tarifne obveznosti na konkurenčnih trgih. Kot je na obravnavi potrdila Komisija, lahko zadevni operaterji še naprej v celoti ali delno pokrivajo svoje stroške, ki se jim ni mogoče izogniti, na nekaterih ali na več teh trgih, zlasti glede na svojo poslovno strategijo in/ali pravilnejšo ekonomsko oceno teh stroškov na teh trgih.

92. Kar zadeva drugi del drugega vprašanja za predhodno odločanje – in sicer ali lahko predložitveno sodišče pri nadzoru nad sklepom ACM upošteva *dejanski* vpliv na notranje delovanje cenovnega ukrepa, ki ga je naložil ta organ, in ali lahko od ACM zahteva, naj dovolj prepričljivo dokaže, da se z navedenim ukrepom *dejansko* uresničujejo trije cilji iz člena 8 Okvirne direktive – menim, da je treba nanj odgovoriti nikalno.

93. Treba je namreč opozoriti, da člen 8 Okvirne direktive določa, da morajo NRO pri opravljanju regulativnih nalog, opredeljenih v tej direktivi in predvsem v Direktivi o dostopu, sprejeti vse primerne (in sorazmerne) ukrepe *za* dosego ciljev iz tega člena, ki *podpirajo* konkurenco pri zagotavljanju elektronskih komunikacijskih omrežij in elektronskih komunikacijskih storitev, *prispevajo* k razvoju notranjega trga in *podpirajo* interese državljanov Unije.**********

94. Člen 5(1) Direktive o dostopu določa, da morajo NRO pri uresničevanju ciljev iz člena 8 Okvirne direktive svojo pristojnost izvajati predvsem na način, ki *pospešuje* učinkovitost, trajnostno konkurenco, učinkovite naložbe in inovacije, končnim uporabnikom pa *omogoča* največje možne koristi.**********

95. *Ex ante* obveznosti, ki jih lahko naložijo NRO, med drugim tarifne obveznosti, kot se obravnavajo v postopku v glavni stvari, morajo biti torej *namenjene* doseganju ciljev iz člena 8 Okvirne direktive.

96. Menim pa, da ni mogoče zahtevati, naj NRO dokaže, da se s temi obveznostmi dejansko dosegajo ti cilji, ali da naj nacionalno sodišče preverja zakonitost takih obveznosti glede na dejanski vpliv, ki ga imajo na delovanje notranjega trga.**********

********** Glej v tem smislu sodbo z dne 19. junija 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, točka 39) (moj poudarek).

********** Glej v tem smislu sodbo z dne 19. junija 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, točka 40) (moj poudarek).

********** Za vsak primer naj opozorim, da je Sodišče v okviru razlage izraza „vplival na trgovino med državami članicami“ iz člena 7(3)(b) Okvirne direktive menilo, da je ukrep, ki ga sprejme NRO, zajet v tem izrazu, če lahko ta ukrep na to trgovino vpliva neposredno ali posredno, dejansko ali *potencialno*: glej v tem smislu sodbi z dne 16. aprila 2005, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej in Telefonia Dialog (C-3/14, EU:C:2015:232, točka 59), in z dne 14. januarja 2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, točka 55) (moj poudarek). Sodišče je v točki 56 zadnjenavedene sodbe pojasnilo, da je iz presoj in stališč, ki so mu bili predloženi, razvidno, da cene zaključevanja klicev v mobilnih omrežjih vplivajo na cene, ki jih morajo uporabniki v drugih državah članicah plačati, ko kličejo stranke zadevnega operaterja v dani državi članici, ker se te cene odražajo v cenah klicev končnih uporabnikov.

97. Kot sta poudarili predvsem družba Ziggo in nizozemska vlada, se z naložitvijo takega dokaznega bremena NRO ne bi upoštevala okoliščina, da sprejetje *ex ante* regulativnih obveznosti temelji na analizi prihodnjega razvoja trga, pri kateri se kot referenca za odpravo ugotovljenih težav na področju konkurence upošteva ravnanje in/ali stroški učinkovitega operaterja. Gre torej za ukrepe, ki so usmerjeni v prihodnost, zato dokaza, da dejansko uresničujejo cilje iz člena 8 Okvirne direktive po definiciji ni mogoče zahtevati. Če bi moral NRO predložiti tak dokaz, bi se strinjal z mnenjem Komisije, da bi bila ogrožena učinkovitost določb Okvirne direktive in Direktive o dostopu. V takem primeru bi se od NRO namreč zahtevalo, naj pokaže dokaz, ki ga je nemogoče ali izredno težko predložiti.

VI – **Predlog**

98. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo College van Beroep voor het bedrijfsleven (upravno sodišče za gospodarske zadeve), odgovori:

1. Člen 4(1) Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2009/140/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009, je treba razlagati tako, da nacionalno sodišče – ki mu je predložen spor v zvezi z zakonitostjo *ex ante* regulativne obveznosti v obliki stroškovno naravnane zgornje meje cen, ki jo nacionalni regulativni organ naloži na nekonkurenčnem veleprodajnem trgu storitev zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih na podlagi Priporočila Komisije 2009/396/ES z dne 7. maja 2009 o regulaciji cen zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih EU, v katerem se kot ustrezen ukrep regulacije cen na navedenem trgu predlaga tako imenovani model izračuna stroškov „Pure-BULRIC (bottom-up long-run incremental costs)“ – lahko sprejme odločitev, ki se ne ujema s takim priporočilom, ki je bilo sprejeto v skladu s členom 19(1) Direktive 2002/21, kakor je bila spremenjena, če to nacionalno sodišče meni, da to zahtevajo razlogi, povezani z dejanskim stanjem postopka v glavni stvari, zlasti s posebnimi značilnostmi trga zadevne države članice.

2. Pri sodnem nadzoru nad *ex ante* tarifno regulativno obveznostjo, ki je stroškovno naravnava, kakršno je v postopku v glavni stvari naložil nacionalni regulativni organ, je nacionalno sodišče pristojno za preučitev sorazmernosti te obveznosti glede na politične cilje in regulativna načela iz člena 8 Direktive 2002/21, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2009/140, in člena 13 Direktive 2002/19/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. marca 2002 o dostopu do elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajočih naprav ter o njihovem medomrežnem povezovanju (Direktiva o dostopu), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2009/140. Pri presoji sorazmernosti zadevne *ex ante* regulativne obveznosti je mogoče upoštevati cilje v zvezi s podpiranjem interesov končnih uporabnikov in potrošnikov na maloprodajnih trgih, odprtih za konkurenco, ki so niže v prodajni verigi glede na veleprodajni trg storitev zaključevanja klicev v fiksnih in mobilnih omrežjih, na katerem je bila ta obveznost naložena.

3. Pri presoji sorazmernosti *ex ante* tarifne regulativne obveznosti, ki je stroškovno naravnana, kakršno je v postopku v glavni stvari naložil nacionalni regulativni organ, od tega organa ni mogoče zahtevati, naj dokaže, koliko taka *ex ante* regulativna obveznost dejansko uresničuje cilje iz člena 8 Direktive 2002/21, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2009/140, in/ali dejansko vpliva na delovanje notranjega trga.