

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA,
predstavljeni 9. decembra 2004¹

1. Bundesverwaltungsgericht (Nemčija) s tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe predlaga Sodišču, naj odloči o razlagi člena 11(2) Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 97/13/ES z dne 10. aprila 1997 o skupnem okviru za splošna dovoljenja in posamične licence v sektorju telekomunikacijskih storitev².

I – Veljavna zakonodaja

A – Pravo Skupnosti: Direktiva 97/13

1. Uvod

2. Navedeno predložitveno sodišče želi izvedeti, ali lahko nacionalni regulativni organi³ novim operaterjem naložijo pristojbino za dodelitev telefonskih števil na podlagi njihove gospodarske vrednosti, medtem ko je podjetje s prevladujočim položajem na zadevnem trgu brezplačno prevzelo številke, s katerimi je razpolagal nekdanji državni monopolist, ko ga je nasledilo.

3. V devetdesetih letih so postale telekomunikacije ena od gonilnih sil gospodarstva z možnostjo za precejšnjo rast. Tehnološki razvoj je omogočil uvedbo novih storitev, predvsem v mobilni in satelitski telefoniji ob uporabi digitalne tehnologije, katere napredek na področju multimedijskih komunikacij je odprl pot številnim raznovrstnim storitvam.⁴

1 — Jezik izvirnika: španščina.

2 — UL L 117, str. 15, v nadaljevanju: Direktiva.

3 — V skladu s členom 2(1) Direktive gre za funkcionalno neodvisne organe, ki so zadalženi za pripravo dovoljenj in nadzor njihovega spoštovanja.

4 — Za kratek opis tega razvoja se je koristno sklicevati na uvodni povzetek Sporočila Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu – posvetovanje o *Zeleni knjigi o liberalizaciji telekomunikacijske infrastrukture in omrežij kableske televizije*, Bruselj, 3. maja 1995, COM(95) 158 konč.

4. Evropska skupnost je pogoje za takšen razvoj izpolnila, tako da so se institucije ta sektor odločile liberalizirati; Komisija Evropskih skupnosti je namreč v zeleni knjigi, objavljeni leta 1987, predlagala vzpostavitev enotnega trga. Ob tem je vse operaterje povabila k sodelovanju pri razpravi na to temo in zahtevala široko odprtje sektorja, ki bi tudi državljanom zagotovilo pravico do koristi od uporabe sodobnih komunikacijskih sistemov.⁵

5. Vendar pa uvedba zelene prožnosti ni pomenila, da bi bile državam članicam odvzete pristojnosti nadzora, ki so jih imele na podlagi ustreznih postopkov za izdajo dovoljenj. Natančneje, v drugi zeleni knjigi⁶ je Komisija trdila, da so ob uporabi skupnih načel pri podeljevanju licenc ti postopki ključna metoda za ustvarjanje ugodnih razmer za razvoj konkurence.

6. V Direktivi je zato, kot sem poudaril v sklepnih predlogih v združenih zadevah

Albacom in Infostrada,⁷ predviden enotni okvir, ki temelji na načelih sorazmernosti, preglednosti in prepovedi diskriminacije ter katerega cilj je vzpostaviti zakonsko ureditev, združljivo s svobodo ustanavljanja in opravljanja storitev (prva, druga, četrta in enajsta uvodna izjava; člen 3(2)).

7. V skladu s tem ciljem sta svoboda opravljanja telekomunikacijskih storitev in liberalizacija izkoriščanja omrežij vodilni načeli predpisov, uvedenih z Direktivo. Zakonodajalec Skupnosti želi, da se te storitve širijo in uporabljajo neovirano ali po potrebi na podlagi splošnih dovoljenj⁸ ter da se posamične licence⁹ podeljujejo samo izjemoma ali za dopolnitev splošnih dovoljenj.

5 — Zelena knjiga o razvoju skupnega trga za telekomunikacijske storitve in opremo, Bruselj, 16. decembra 1987, COM(87) 290 konč., zbirni dokument, str. 6, 16 in naslednje.

6 — Zelena knjiga o liberalizaciji telekomunikacijske infrastrukture in omrežij kableske televizije – del II, Bruselj, 25. januarja 1995, COM(94) 682 konč., str. 61 in naslednje. Glej tudi sporočilo Komisije K novemu regulativnemu okviru za elektronsko komunikacijsko infrastrukturo in pripadajoče storitve – poročilo o komunikacijah 1999, Bruselj, 10. novembra 1999, COM(1999) 539 konč., str. 25.

7 — Sklepni predlogi, predstavljeni 12. decembra 2002, v združenih zadevah C-292/01 in C-203/01 (sodba z dne 18. septembra 2003, str. I-9449), katerih točke od 2 do 7 so skoraj dobesedno enake točkam od 6 do 11 teh sklepnih predlogov.

8 — V skladu s členom 2(1)(a), prva alineja, Direktive splošno dovoljenje pomeni „dovoljenje, ne glede na to, ali je urejeno s „skupinsko licenco“ ali splošnim zakonom, in ne glede na to, ali takšni predpisi zahtevajo registracijske postopke, in ne zahteva, da zadevno podjetje pridobi od nacionalnega regulativnega organa posebno odločbo, preden začne uveljavljati pravice, ki izhajajo iz dovoljenja“.

9 — Posamična licenca je dovoljenje, „ki ga dodeli nacionalni regulativni organ in daje podjetju posebne pravice, ali podredi delovanje tega podjetja posebnim obveznostim, ki dopolnjujejo splošno dovoljenje, kadar je to primerno, ko podjetje ne sme uveljavljati ustreznih pravic, dokler ne prejme odločbe nacionalnega regulativnega organa“ (člen 2(1)(a), druga alineja, Direktive).

8. V Direktivi se za izvajanje tega liberalizacijskega pravila uporablja tudi vodilno načelo neomejevanja števila posamičnih licenc, ki jih lahko podelijo države članice, razen če se to izkaže za potrebno zaradi zagotavljanja učinkovite uporabe radiofrekvenčnega spektra ali omogočanja razdelitve zadostnega števila števil. Tako ima vsako podjetje, ki izpolnjuje pogoje, ki jih določijo države članice, pravico pridobiti tako licenco po uradni dolžnosti (člen 10(1) in člen 9(3)).

Brez poseganja v finančne prispevke za zagotavljanje univerzalne storitve v skladu s prilogo države članice zagotovijo, da je namen dajatev, naloženih podjetjem zaradi postopkov za izdajo dovoljenj, zgolj pokritje administrativnih stroškov, povezanih z izdajo, vodenjem, nadzorom in uporabo veljavnega sistema splošnih dovoljenj. Te dajatve se objavijo ustrezno in dovolj podrobno, da so informacije lahko dostopne.“

2. Davčne določbe

9. Cilj členov 6 in 11 Direktive je spodbujati konkurenco na telekomunikacijskem trgu in podjetjem ne naložiti več omejitev ali stroškov, kot je potrebno,¹⁰ s čimer je v teh dveh členih upoštevano načelo sorazmernosti. Njuna naslova sta Dajatve in pristojbine za izdajanje splošnih dovoljenj ter Dajatve in pristojbine za izdajanje posamičnih licenc.

11. V členu 11 Direktive je določeno:

„[...]

10. V členu 6 Direktive je določeno:

„[...]

1. Države članice zagotovijo, da je namen dajatev, naloženih podjetjem zaradi postopkov za izdajo dovoljenj, zgolj pokritje administrativnih stroškov, povezanih z izdajo, upravljanjem, nadzorom in uporabo veljavnih posamičnih licenc. Dajatve, veljavne za posamično licenco, so sorazmerne z obsegom zahtevanega dela ter se objavijo ustrezno in dovolj podrobno, da so informacije lahko dostopne.

10 — Pogoji, ki se lahko postavijo za dovoljenja, so navedeni v prilogi k Direktivi.

2. Ne glede na odstavek 1 lahko države članice v primeru redkih virov svojim nacionalnim regulativnim organom dovolijo, da naložijo pristojbine zaradi upoštevanja nujnosti zagotavljanja optimalne uporabe teh virov. Te pristojbine so prepovedi diskriminacijske in upoštevajo predvsem nujnost spodbujanja razvoja inovativnih storitev in konkurence.“

14. V prilogi k TNGebV je določeno, da se za dodelitev bloka tisoč desetmestnih števil v sektorjih krajevne zanke zaračuna 1000 DEM (oziroma 500 EUR), medtem ko se pristojbina zniža na 250 DEM (oziroma 125 EUR) v primeru zavrnitve zahteve za številke.

B – Nemško pravo

II – Dejansko stanje, spora o glavni stvari in vprašani za predhodno odločanje

12. V Nemčiji sta predpisa, ki dovoljujeta pobiranje pristojbine za dodelitev telefonskih števil, Telekommunikationsgesetz (zakon o telekomunikacijah; v nadaljevanju: TKG)¹¹ in Telekommunikations-Nummerngebührenverordnung (uredba o pristojbinah za telekomunikacijske številke; v nadaljevanju: TNGebV)¹².

13. Člen 43 TKG pooblašča organ za upravljanje oštevilčenja, da naloži pristojbino za dodelitev števil, in se sklicuje na zgoraj navedeno uredbo za opredelitev meril za izračun te pristojbine.

15. Podjetji ISIS Multimedia Net GmbH und Co. KG in Firma O2 (Germany) GmbH u. Co. OHG (v nadaljevanju: družbi Isis in Firma) sta od Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (nemški regulativni organ za pošto in telekomunikacije, v nadaljevanju: regulativni organ) zahtevali dodelitev nekega števila blokov števil za krajevna omrežja. Družba Isis je dobila 37 od zahtevanih 43 blokov, medtem ko je družba Firma dobila 2303 od 2324 blokov, ki so jo zanimali.

16. Regulativni organ je s sklepoma z dne 25. oktobra 1999 in 21. junija 2000 družbama Firma in Isis na podlagi TNGebV naložil pristojbino v višini 2,308.250 DEM oziroma 38.500 DEM.

¹¹ — BGBl. 1996 I, str. 1120.

¹² — BGBl. 1999 I, str. 1887.

17. Deutsche Telekom AG (v nadaljevanju: Deutsche Telekom), ki je nasledil nekdanjega operaterja in monopolista na nemškem trgu, je pred začetkom veljavnosti TKG dobil brezplačno zalogo 400 milijonov števil, s katerimi še vedno razpolaga, in po nacionalnem pravu zanj ne velja nobena obveznost plačila ali povračila.

vilk, s katerimi je razpolagal nekdanji državni monopolist, ki ga je to podjetje nasledilo, in da razlogi nacionalnega prava ne dopuščajo, da bi se naknadno naložile pristojbine na podlagi te nekdanje zaloge števil?“

20. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen:

18. Obe tožeči podjetji sta izpodbijali nanju naslovljena sklepa in po zavrnitvi njunih zahtev na prvi stopnji uspeli v pritožbenem postopku pred Oberverwaltungsgericht, ki je toženi stranki naložilo povrnitev prejetih pristojbin z zapadlimi obrestmi.

„Ali se lahko v takem položaju novim udeležencem na trgu naloži enotna pristojbina za dodelitev telefonske številke, ki je enaka določenemu odstotku (v tem primeru 0,1 %) uresničljivega letnega prometa, če se ta številka prenese na končnega uporabnika, ne da bi se upoštevali njihovi drugi stroški vstopa na trg in ne da bi se na podlagi teh stroškov analizirale njihove možnosti konkuriranja podjetju s prevladujočim položajem?“

19. Bundesverwaltungsgericht, pri katerem sta podjetji vložili pritožbo, je prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje v obeh postopkih predložilo ti vprašanji:

III – Postopek pred Sodiščem

„Ali je treba Direktivo 97/13/ES razlagati tako, da se za dodelitev telefonskih števil lahko določi pristojbina, ki upošteva gospodarsko vrednost dodeljenih števil, čeprav je podjetje, ki opravlja dejavnost na istem trgu, na katerem ima prevladujoč položaj, brezplačno prevzelo zelo veliko telefonskih šte-

21. S sklepom z dne 16. septembra 2003 se je predsednik Sodišča odločil združiti obe zadevi zaradi njune objektivne povezanosti.

22. Komisija, nemška vlada in vlada Združenega kraljestva ter obe tožeči podjetji v postopkih v glavni stvari so predložili pisna stališča v roku iz člena 20 Statuta Sodišča.

23. Zastopniki strank, ki so predložile pisna stališča, so na obravnavi 11. novembra 2004 podali ustne navedbe, razen vlade Združenega kraljestva.

25. Kot sem že navedel, vzpostavitev enotnega evropskega trga v tem sektorju ne bi bila mogoča, če se na ravni Skupnosti ne bi določila temeljna pravila, ki zagotavljajo enake možnosti različnim konkurentom. To so načela preglednosti, prepovedi diskriminacije in sorazmernosti, ki so izrecno navedena v členu 11 Direktive, da se vzpostavijo postopki za izdajo dovoljenj, kar je posebno občutljiva in pomembna faza, saj prav posamične licence omogočajo operaterjem, da vstopijo na trg. Vsaka ovira, postavljena v teh postopkih, krepi *status quo* in omejuje konkurenco.¹³

IV – Analiza vprašanj za predhodno odločanje

A – Razlaga davčnih pravil iz Direktive

24. Vprašanji, ki ju je predložilo Bundesverwaltungsgericht, dajeta Sodišču priložnost, da natančneje opredeli omejitve, ki jih svobodna konkurenca nalaga državam članicam, kadar določijo pristojbino za dodelitev posamičnih licenc v sektorju telefonije. Vprašanji lahko pomagata tudi pri opredelitvi statusa naslednikov nekdanjih državnih monopolistov in njihovih odnosov z novimi konkurenti po liberalizaciji telekomunikacij leta 1998.

26. Navedeni člen 11 (po zgledu člena 6) vsebuje davčna pravila, ki so vključena v besedilo proceduralnega značaja in katerih namen je prispevati k tej liberalizaciji z odpravo ovir za vstop novih operaterjev. Kot sem pojasnil v točki 28 sklepnih predlogov, ki sem jih predstavil v zgoraj navedenih združenih zadevah Albacom in Infostrada, je treba ta pravila razlagati v skladu s tem ciljem: davčna bremena, naložena podjetjem v teh postopkih, podjetij ne smejo odvracati od vstopa na trg.

27. Navedeni člen se nanaša na dve vrsti dajatev: v odstavku 1 na „dajatev“, ki se

¹³ — Po mnenju Komisije „licence na področju telekomunikacij implicitno omejujejo svobodo opravljanja storitev in lahko izkrivljajo tržne strukture“ (sporočilo, navedeno v opombi 4, str. vii).

uporablja za posamične licence, in v odstavku 2 na „pristojbino“, kadar se dovoljenje nanaša na redke vire. Namen prve dajatve, katere obdavčljivi dogodek so upravni ukrepi, ki vključujejo izdajo, upravljanje, nadzor in uporabo licenc, je pokriti stroške, povezane z izvedbo postopka. Namen druge, ki jo morajo imetniki posamičnih licenc prav tako plačati, je zagotoviti optimalno uporabo omejenih virov. Ti dajatvi morata biti naloženi v skladu z načeli objektivnosti, prepovedi diskriminacije in preglednosti, kar zadeva drugo dajatev, pa oblika pristojbine in njena višina ne smeta odvrčati novih konkurentov od vstopa na trg ali uvedbe novih telekomunikacijskih storitev. Enako sem trdil v točkah od 36 do 43 sklepnih predlogov v zgoraj navedenih združenih zadevah Albacom in Infostrada.

B – Telefonske številke: „redki vir“

29. Enotna uporaba Direktive zahteva določitev skupne opredelitve izraza „redki viri“, o čemer Sodišče do zdaj še ni imelo priložnosti odločati. Ta pojem mora po mojem mnenju pokrivati vse vire, ki jih je treba ohraniti, ker jih zaradi tehničnih, gospodarskih ali praktičnih razlogov ni mogoče proizvajati v neskončnost.¹⁴ Eksponentna rast števila uporabnikov in posledično števila ponudnikov za toliko zmanjšuje količino razpoložljivih števil, ki postajajo redek vir, katerega pravično dodeljevanje¹⁵ zahteva primerne postopke in merila, da bi vsi konkurenti izhajali iz istega izhodišča pri vstopu na trg, ki je odločilen trenutek za zagotavljanje enakega obravnavanja v svobodni konkurenci.¹⁶

30. Ta pristop se zdi skladen z namenom organov Skupnosti, ki so večkrat izrecno ali implicitno izrazili skrb glede prihodnjega pomanjkanja in željo, da se prepreči preštevilčenje. Komisija je tako v *Zeleni knjigi o strategiji oštevilčenja telekomunikacijskih*

28. Sporna sklepa in nemški predpisi, ki so njuna pravna podlaga, kolikor nalagajo plačilo višjega zneska od stroška opravljene storitve, so lahko utemeljeni samo s členom 11(2) Direktive. Torej je treba najprej ugotoviti, ali so telefonske številke redki viri v smislu te določbe.

14 — Tako opredelitev je Verwaltungsgericht Köln upoštevalo v sodbi z dne 15. decembra 2000, objavljeni v *Multimedia und Recht*, 5/2001, str. 327.

15 — V tem smislu glej tudi Gramlich, L., *Rechtsfragen der Nummerierung nach § 43 Telekommunikationsgesetz*, Archiv für Post und Telekommunikation 1998, str. 16; in Scherer, J., *Entwicklungslinien des Telekommunikationsrechts*, v: *Computer und Recht* 2000, str. 42.

16 — Glej Polster, S., *Das Telekommunikationsrecht der Europäischen Gemeinschaften*, Dunaj, 1999, str. 78.

storitev v Evropi ugotovila, da naj bi ta vir v obdobju prehoda k popolni liberalizaciji postal tako pomemben kot frekvence ali pravice poti, saj so, čeprav se v nasprotju s temi ne zdi tehnično omejen, njegove spremembe drage in jih uporabniki ne marajo.¹⁷ Komisija je tri leta pozneje v Sporočilu, navedenem v opombi 6, jasno potrdila, da je ta instrument res redek (str. 26).

uporabe te druge vrste dovoljenj zajema izkoriščanje redkih virov, med katerimi so poleg radijskih frekvenc telefonske številke, ta razlaga pa je potrjena z Direktivo 2002/20/ES,¹⁹ s katero je dovoljeno, da se za uporabo radijskih frekvenc naloži pristojbina (člen 13).

32. Če telefonske številke obravnavamo enako kot radijske frekvence, ki so nesporno omejene, je treba priznati nujnost njihovega varovanja, kar je eden od bistvenih elementov pojma „redki viri“ v smislu člena 11(2) Direktive.

31. Zdi se, da Direktiva, čeprav implicitno, upošteva to razlago, ki – kot sem že opozoril – razlikuje med po eni strani med splošnimi dovoljenji v obliki splošnih, vnaprej opredeljenih dovoljenj, ki podjetjem omogočajo delovanje na telekomunikacijskem trgu, ne da bi jim bilo treba pridobiti posebno odločbo pristojnega organa, ampak z morebitnim naknadnim nadzorom, in po drugi strani posamičnimi licencami v obliki posebnih dovoljenj, ki imetnikom omogočajo delovanje in za katere je potrebna *ad hoc* odločba uprave.¹⁸ Iz trinajste uvodne izjave v zvezi s členom 7(1)(a) in členom 10(1) ter točkama 4.1 in 4.2 priloge izhaja, da področje

C – Pogoji, navedeni v členu 11(2) Direktive

33. V skladu s to določbo je pristojnost držav članic glede pobiranja pristojbine za izkoriščanje redkih virov odvisna od izpolnjevanja treh pogojev: ta pristojbina (1) mora upoštevati nujnost zagotavljanja njihove optimalne uporabe, (2) ne sme biti diskriminacijska ter (3) mora spodbujati razvoj inovativnih storitev in konkurence.

17 — Zelena knjiga o strategiji oštevilčenja telekomunikacijskih storitev v Evropi, Bruselj, 20. novembra 1996, COM(96) 590 konč., str. 1, in opomba 3.

18 — Kot sem trdil v točkah 30 in 31 sklepnih predlogov v zgoraj navedenih združenih zadevah Albacom in Infostrada o razlagi členov 2, 5 in 9 Direktive.

19 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. marca 2002 o odobritvi elektronskih telekomunikacijskih omrežij in storitev (v nadaljevanju: Direktiva o odobritvi) (UL L 108, str. 21).

1. Optimalna uporaba redkih virov

34. Kot sem opozoril v točki 42 sklepnih predlogov v zgoraj navedenih združenih zadevah Albacom in Infostrada, se ta dajatev razlikuje od „dajatve“ iz člena 11(1) v tem, da njen namen ni kritje upravnih stroškov za dodeljevanje in upravljanje teh licenc, temveč iskanje najustreznejšega načina za izkoriščanje redkih virov. Torej ne vsebuje lastnosti povračila in je po značaju enaka davku, čeprav ima posebno namembnost (točka 35 navedenih sklepnih predlogov).

35. Ta posebni cilj je izboljšati izkoriščanje virov, katerih omejenost upravičuje pobiranje pristojbine, saj bi bila uporaba tako pridobljenih sredstev za širjenje infrastrukture in iskanje novih tehnologij v skladu s ciljem iz člena 11. Vsekakor je zakonodajalec Skupnosti pristojnost za odločanje o uporabi pristojbin²⁰ prepustil državam članicam, vendar pa ta pristojnost ni absolutna, ker značaj dajatve zahteva, naj se ta nameni za uresničevanje tega posebnega cilja. To je tisto, kar zahteva zeleno uskladitev.

20 — V uvodni izjavi 32 Direktive o odobritvi je navedeno, da njen cilj ni opredeljevanje namena uporabe pobranih pristojbin za uporabniške pravice.

36. Približevanje zakonodaj se torej nanaša na obdavčljivi dogodek in vrsto stroškov, za katero je treba uporabiti prihodke, a morda bi bilo treba napraviti še korak naprej in približevanje razširiti na stopnjo pristojbine. Dajatev, plačljiva v Nemčiji za podelitev licence, je na primer petnajstkrat višja od s tem povezanih upravnih stroškov, in čeprav se zdi visoka, pravo Skupnosti ne omogoča njenega izpodbijanja, če se tako pridobljena finančna sredstva uporabijo za izboljšanje izkoriščanja redkih virov. Vendar ni mogoče prezreti, da lahko precejšnje razlike v davčnih bremenih med različnimi državami članicami precej ovirajo prosti pretok in s tem izkrivljajo konkurenco,²¹ medtem ko je namen člena 11(2) spodbujati konkurenco s pristojbinami, ki jih ureja.²²

37. Zato je nesorazmeren ali previsok znesek ne samo v nasprotju s temeljnimi pravnimi

21 — Na koncu točke 51 sklepnih predlogov, ki sem jih predstavil v že večkrat navedenih združenih zadevah Albacom in Infostrada, sem poudaril, da „razlike držav članic v davčni obravnavi istega obdavčljivega dogodka lahko povzročijo znatno izkrivljanje konkurence z vplivanjem na prosti pretok ljudi, kapitala in blaga ter svobodo opravljanja storitev“. Scherer, J., glej zgoraj, str. 42, kritizira diskrecijsko pravico, ki je državam članicam prepuščena z Direktivo in s katero jim je omogočeno, da za dodelitev redkih virov naložijo dajatve različnih stopenj in tako postavljajo resnične ovire za vstop na trg. Polster, S., glej zgoraj, str. 78, meni enako in poudarja, da najvišja meja za določanje teh pristojbin ni dovolj natančno opredeljena. Kar zadeva Evropski urad za telekomunikacije, je ta v poročilu, ki ga je pripravil za Komisijo (*Annexes to the second interim report – Fees for licensing telecommunications services and networks*, julij 1999, str. 5), navedel, da imajo lahko razlike med bremenmi, naloženimi operaterjem, negativne posledice za sektor, saj postavljajo nekatere nacionalne trge v primerjavi z drugimi v slabši položaj.

22 — V enaintrideseti uvodni izjavi Direktive o odobritvi je navedeno, da upravne dajatve, ki jih naložijo države članice, ne smejo izkrivljati konkurence ali ovirati vstopa na trg.

načeli, temveč lahko pomeni tudi kršitev Direktive, če ovira vstop novih telekomunikacijskih operaterjev na trg.

stanje je, z nekaj manjšimi razlikami, enako stanju, ki prevladuje v večini držav članic, odkar je bil končan postopek liberalizacije telekomunikacijskih storitev in so bili odpravljeni državni monopoli: neenaki konkurenčni pogoji med podjetji, ki so nasledila nekdanje operaterje s prevladujočim položajem na nacionalnih trgih, in novimi operaterji, ki se želijo uveljaviti na širšem enotnem evropskem trgu.

2. Prepoved vsakršnega diskriminatornega obravnavanja

38. Pojem diskriminacije je v sodni praksi Sodišča dobro opredeljen; diskriminacija se pojavi, kadar so primerljivi primeri obravnavani različno brez objektivne utemeljitve za to različno obravnavanje, zaradi česar so nekateri subjekti postavljeni v slabši položaj v primerjavi z drugimi.²³ Skratka, če na podlagi člena 11(2) Direktive države članice naložijo bremena imetnikom posamičnih licenc, da bi zagotovile optimalno uporabo nekaterih virov, jih morajo urediti tako, da med operaterji v sektorju ne delajo samovoljnih razlik.

39. To načelo poudarja pomembnost vprašanj za predhodno odločanje, ki sta bili zastavljeni v tem sporu, katerega dejansko

40. Direktiva zahteva, da si morajo Deutsche Telekom, Isis in Firma konkurirati pod enakimi pogoji; vendar pa je prvi pridobil veliko števil, ne da bi mu bilo treba zanje plačati kakršno koli dajatev, medtem ko sta preostali dve podjetji plačali pristojbino na podlagi člena 43(3) TKG, čeprav se zdijo njihovi položaji primerljivi: vsa tri podjetja delujejo v istem sektorju, opravljajo isto dejavnost, in zato dodelitev telefonskih števil z gospodarskega vidika na vsa tri vpliva enako.

41. V takem okviru analize je treba preučiti, ali je z Direktivo dopuščen položaj, ki je razlog za postopek v tej zadevi.

42. Na prvi pogled se zdi odgovor na to vprašanje nikalen: primerljivih položajev pravno ni mogoče obravnavati različno.

23 — Sodba z dne 13. julija 1963 v združenih zadevah Klöckner-Werke in Hoesch (17/61 in 20/61, Recueil, str. 615, 652) je ena najstarejših na to temo; glej tudi sodbi z dne 26. septembra 2002 v zadevi Španija proti Komisiji (C-351/98, Recueil, str. I-8031, točka 57) in z dne 22. maja 2003 v zadevi Connect Austria (C-462/99, Recueil, str. I-5197, točka 115), h katerima se bom vrnil v nadaljevanju.

Poleg tega ne smemo pozabiti pomembnega časovnega dejavnika, in sicer, da TKG še ni veljal, ko je Deutsche Telekom zamenjal nekdanjega monopolista. Iz tega izhaja, da je pridobitev zaloge številk podjetja Deutsche Telekom del preteklega obdobja, ko je bil pravni položaj drugačen, in trditev, da pridobitve zato ni mogoče uporabiti za primerjavo pri presoji o obstoju neenakega obravnavanja, je upravičena.

43. Vendar tega ne moremo samodejno ugotoviti, pač pa je treba preučiti dejansko stanje v celoti in presoditi vse njegove vidike, tudi tiste, ki se zdijo brezpredmetni. V zgoraj navedeni sodbi Connect Austria je Sodišče razsodilo, da je za ugotavljanje, ali brezplačna podelitev licence javnemu podjetju pred liberalizacijo izpolnjuje zahtevo po zagotavljanju enakih možnosti zadevnim operaterjem, treba upoštevati datum podelitve licence, veljavne predpise v tistem obdobju, morebitne zahteve glede izkoriščanja in po potrebi vrednost dovoljenja od odprtja sektorja za konkurenco (točka 94).²⁴

24 — Sodišče je z vidika teh meril razsodilo, da člen 9(2) in člen 11(2) Direktive ne nasprotujeta nacionalnim predpisom, ki omogočajo dodelitev dodatnih frekvenc v frekvenčnem pasu DCS 1800 javnemu podjetju s prevladujočim položajem, ki je že imetnik licence GSM 900, ne da bi mu naložili posebno pristojbino, medtem ko mora novo podjetje na zadevnem trgu plačati pristojbino za dodelitev licence DCS 1800, če se pristojbina, naložena prvemu podjetju za licenco GSM 900, vključno s poznejšo dodelitvijo dodatnih frekvenc v frekvenčnem pasu DCS 1800 brez naknadnega plačila, v gospodarskem smislu zdi enaka pristojbini, naloženi konkurenčnemu podjetju (točka 118).

44. Podjetja, ki so nasledila nekdanje državne monopoliste, imajo praviloma prevladujoč položaj na nacionalnih trgih kljub napredku, ki je bil dosežen v liberalizaciji telekomunikacij.²⁵ Bundesverwaltungsgericht priznava, da Deutsche Telekom prevladuje v sektorju in da, v nasprotju s trditvijo nemške vlade, njegov položaj ni bil oslavljen zaradi dolgov, ki jih je prevzel od nekdanjega monopolista, saj brezplačna pridobitev 400 milijonov števil²⁶ očitno prispeva h krepitvi njegovega nadzora dejanske možnosti za svobodno konkurenco, in domnevamo lahko, da bo zaradi te velike zaloge in ustrezne obveznosti konkurentov v zvezi s plačevanjem visoke dajatve v prihodnosti utrdil svojo prednost v škodo poštene konkurence.²⁷

45. Poleg tega v nemški zakonodaji ni predviden mehanizem, s katerim bi se omogočalo nadomestilo za opisani slabši

25 — V skladu s sodno prakso Skupnosti ima podjetje prevladujoč položaj, kadar je zmožno ovirati ohranjanje konkurence na danem trgu in lahko deluje neodvisno od svojih konkurentov, svojih strank in nazadnje potrošnikov (sodbe z dne 13. februarja 1979 v zadevi Hoffmann-La Roche (85/76, Recueil, str. 461, točka 38), z dne 11. decembra 1980 v zadevi L'Oréal (31/80, Recueil, str. 3775, točka 26) in z dne 9. novembra 1983 v zadevi Michelin (322/81, Recueil, str. 3461, točka 30).

26 — Treba je opozoriti, da je za dodelitev znatno manjše količine (230.300 števil) in zavrnitev 21.000 števil Firma moralo plačati pristojbino v višini 2.308.250 DEM (zdaj 1.154.125 EUR). Ustrezna dajatev za 400 milijonov števil, ki so bile dodeljene podjetju Deutsche Telekom, bi tako znašala 400 milijonov DEM (200 milijonov EUR).

27 — V točkah 85 in 86 zgoraj navedene sodbe Connect Austria je navedeno, da če mora novo podjetje na zadevnem trgu za dodelitev licence plačati pristojbino, medtem ko lahko prevladujoče javno podjetje licenco pridobi brezplačno, to pomeni konkurenčno prednost, ki javnemu podjetju omogoča, da še poveča prevlado s ponudbo nižjih tarif.

položaj. Nemška vlada je navedla, da se z veljavnim nemškim nacionalnim pravom ne dopušča, da bi podjetju Deutsche Telekom naknadno naložili plačilo pristojbine za številke, ki jih je pridobil pred začetkom veljavnosti TKG. Nacionalni zakonodajalec je to možnost predvidel²⁸ in jo zavrnil, ko je presodil, da je pravno nepravilna.²⁹

veljavnim pravom tistega časa, ker učinki te pridobitve segajo v sedanost: ugodnosti, ki so bile dodeljene nekdanjemu državnemu monopolistu in nato prenesene na podjetje, ki ga je nasledilo, imajo danes škodljive posledice za tretje stranke. Nacionalni zakonodajalec mora pri urejanju novega stanja spoštovati veljavno pravo Skupnosti, vključno s temeljnim načelom o prepovedi protikonkurenčne diskriminacije, s katerim se – kot sem poudaril – ureja tudi postopek liberalizacije trgov na področju telekomunikacij, ta postopek pa se je začel pred sprejetjem TKG.³⁰

46. Torej obstaja neenako obravnavanje, ki lahko izkrivi konkurenčne pogoje in delovanje trga, in kot kaže, v nemški zakonodaji to vprašanje ni urejeno.

47. Treba je še ugotoviti, ali je to različno obravnavanje upravičeno. Ne moremo se sklicevati na preteklost s trditvijo, da ni mogoče oporekati brezplačni pridobitvi te velike zaloge števil, izvedeni v skladu z

48. Nemška vlada poskuša to obravnavanje utemeljiti s trditvijo, da številke, dodeljene podjetju Deutsche Telekom, pripadajo nekdanjim strankam in torej niso v obtoku,

28 — V odstavku 4 prvega razloga predložitvenega sklepa v tej zadevi je navedeno, da „je zakonodajalec predvidel plačilo pristojbine podjetja Deutsche Telekom v višini približno 386.000.000 DEM za številke, ki jih je to podjetje prevzelo. Vendar pa ta pristojbina ni bila nikoli izplačana, ker Deutsche Telekom ni vložil zahteve za dodelitev zadevnih števil, obveznost plačila pristojbine pa je vezana na odločitev v zvezi s takšno zahtevo“.

29 — Wissmann, M., (ur.), *Telekommunikationsrecht*, Heidelberg, 2003, str. 351 in 1219, omenja pravno negotovost, ki prevladuje v Nemčiji v zvezi z gospodarsko vrednostjo zaloge, s katero razpolaga Deutsche Telekom. Vprašanje, ali mu je mogoče naložiti pristojbino za številke, dodeljene pred 1. avgustom 1996, glede na to, da je glavni cilj TKG zagotoviti enake konkurenčne pogoje, je sprožilo razpravo med pravnimi teoretiki in povzročilo razhajanje mnenj v sodni praksi. V tem smislu se pojavlja tudi trditev, da to podjetje ne bi smelo izkoriščati monopola, ki je bil ustvarjen prej v okviru zaprtega trga. Zagovorniki nasprotne trditve poudarjajo, da je bil zadevni prenos izveden v skladu z veljavnim pravnim okvirom tega obdobja in ob razdelitvi pristojnosti med Bundesministerium für Post und Telekommunikation (zvezno ministrstvo za pošto in telekomunikacije), podjetjem Deutsche Telekom in njegovim predhodnikom.

30 — Ta postopek se je začel z Direktivo Komisije 90/388/EGS z dne 28. junija 1990 o konkurenci na trgih za telekomunikacijske storitve (UL L 192, str. 10). Najprej je bila spremenjena z Direktivo Komisije 94/46/ES z dne 13. oktobra 1994 o spremembi Direktive 88/301/EGS in Direktive 90/388/EGS, zlasti v zvezi s satelitskimi komunikacijami (UL L 268, str. 15). Z Direktivo Komisije 95/51/ES z dne 18. oktobra 1995 (UL L 256, str. 49) so bile odpravljene omejitve glede uporabe kabelskih televizijskih omrežij za opravljanje že liberaliziranih telekomunikacijskih storitev. Istega leta so bili z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta št. 95/62/ES z dne 13. decembra 1995 (UL L 321, str. 6) določeni pogoji odprtega trga za fiksno govorno telefonijo. Direktiva št. 90/388 je bila znova spremenjena z Direktivo Komisije št. 96/2/ES z dne 16. januarja 1996 (UL L 20, str. 59), s katero se je razširilo njeno področje uporabe na mobilne in osebne komunikacijske storitve in sisteme. Nova sprememba Direktive iz leta 1990 je sledila z Direktivo Komisije št. 96/19/ES z dne 13. marca 1996 (UL L 74, str. 13), katere namen je bil spodbuditi popolno konkurenco na komunikacijskih trgih. Zadnja sprememba je nastopila z Direktivo Komisije št. 1999/64/ES z dne 23. junija 1999 (UL L 175, str. 39), njen cilj pa je bil zagotoviti, da telekomunikacijska omrežja in kabelska televizijska omrežja, ki pripadajo enemu operaterju, upravljajo ločene pravne osebe. Del tega pravnega reda Skupnosti je bil razveljavljen, zamenjala pa ga je Direktiva Komisije št. 2002/77/ES z dne 16. septembra 2002 o konkurenci na trgih za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (UL L 249, str. 21).

razen če postanejo proste, v tem primeru pa se povrnejo regulativnemu organu, ki jih lahko v novem konkurenčnem okviru svojih pristojnosti znova dodeli operaterju, tudi podjetju Deutsche Telekom, proti plačilu ustrezne pristojbine. Vseeno pa ostaja dejstvo, da v resnici Deutsche Telekom, za katerega še zdaleč ne velja enaka ureditev kot za preostala podjetja, brezplačno razpolaga s številkami, za katere so morali njegovi konkurenti plačati pristojbino.

Bundesverwaltungsgericht presoditi utemeljitev te razlike ob upoštevanju vseh okoliščin zadeve. V zvezi s tem ni mogoče veljavno trditi, da (1) za dodelitev telefonskih številk ni bilo nobene pristojbine v obdobju, ko je zdaj prevladujoče podjetje nasledilo prejšnjega monopolista, ali da (2) mora to podjetje od začetka veljavnosti nove ureditve plačevati pristojbino za dodelitev novih številk.

49. Nemška vlada za razbremenitev tega podjetja dodaja, da je prevzelo ne samo telefonske številke, ampak kot nadomestilo dobljenih ugodnosti tudi številna bremena, med katerimi so obveznosti, povezane z opravljanjem univerzalne storitve na trgu, odprtem za konkurenco, in prevzem približno 80.000 uradnikov;³¹ vendar ta trditev ni zadostno podprta in nacionalno sodišče jo mora vsekakor presoditi, da ugotovi, ali je različno obravnavanje konkurenčnih podjetij sprejemljivo.

3. Združljivost z načelom svobodne konkurence

51. V členu 11(2) Direktive je za naložitev pristojbin imetnikom posamičnih licenc za uporabo redkih virov določen še zadnji pogoj: te pristojbine morajo spodbujati razvoj inovativnih storitev in konkurence.

50. Skratka, ugotavljam, da v obravnavanem primeru obstaja različen sistem in da mora

52. Liberalizacija telekomunikacij pomeni odprtje trgov, česar ne bi smele ovirati dajatve, ki omejujejo konkurenco zaradi različnih stopenj, ki se uporabljajo za operaterje v enakem položaju, od katerih imajo nekateri v primerjavi z drugimi privilegije. Kot je Sodišče razsodilo v točki 83 zgoraj navedene sodbe Connect Austria, svobodna

31 — Težko je sklepati, da je prevzem 80.000 uradnikov breme, razen če izhajamo iz stare ideje, da so privilegirano, nepravilno in redko učinkovito osebe, ki je zelo prisotno v literaturi 19. stoletja, kot na primer izhaja iz novele Čehova *Dvorana 6* (Čehov, A., *Cuentos imprescindibles*, izdal in napisal predgovor Richard Ford, Editorial Lumen, Barcelona 2002, str. 204), v kateri se Andrej Jefimič tako pritožuje: „Služim škodljivi stvari, prejemam plačilo od oseb, ki jih zavajam, nisem pošten. Vendar v resnici nisem nič, sem samo del neizogibnega družbenega zla: vsi lokalni uradniki so škodljivi in plačani, da ne delajo nič.“

konkurenca zahteva enake možnosti konkurentov. Poleg tega cilj in značaj izjeme iz člena 11(2), s katero se zahteva ozka razlaga v skladu s splošnimi pravili pravne razlage,³² prepovedujeta, da za nove konkurente velja več omejitev ali bremen, kot je nujno potrebno, kot sem navedel v točki 43 sklepnih predlogov v združenih zadevah Albacom in Infostrada.

53. Poleg tega so podjetja, ki želijo vstopiti v ta gospodarski sektor, prisiljena v velike naložbe, in tudi začetna faza njihove strategije je posebno pomembna za razvoj konkurence, saj sta lahko neželeni posledici zahtevanih upravnih formalnosti in z njimi povezanih stroškov³³ zaščita in okrepitev položaja že uveljavljenih podjetij.³⁴

32 — Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi Albacom in Infostrada razsodilo, da besedilo člena 11(2) zahteva ozko razlago (točka 34).

33 — Komisija v Sporočilu, navedenem v opombi 6, meni, da podelitev licence lahko postane neupravičena ovira za vstop na trg, če so zanj značilni predpisi in nekoristno zapleteni upravni postopki. Opozarja tudi, da je treba davčna bremena zmanjšati (str. 25 in 26). Če pozorno analiziramo dejstva v sporih o glavni stvari, je jasno, kot sem že opozoril, da je sporna dajatev petnajstkrat višja od stroška opravljene dejavnosti.

34 — Heffermann, A., *Telekommunikationsrecht, Liberalisierung und Wettbewerb*, Dunaj, 2002, str. 1, trdi, da so pravila o konkurenci postala zelo pomembna s konsolidacijo tržnih sil po liberalizaciji sektorja, kar ima po njegovem mnenju poseben interes zaradi prevladujočega položaja, ki ga imajo zdaj nekdanji državni monopolisti, kot je mogoče ugotoviti na podlagi tega predloga za sprejetje predhodne odločbe.

54. Vendar je treba izkrivljanje konkurence presoјati ne samo z vidika gospodarskih dejavnikov, ampak tudi z vidika tehničnih dejavnikov. To sta dva dopolnjujoča se elementa, s katerima se zmanjšuje diskrecijska pravica državnih organov, ki imajo bodisi zakonodajna pooblastila bodisi samo izvedbena.³⁵ Med temi tehničnimi dejavniki so predvsem telefonske številke, redke vir, ki je postal zelo pomemben, ker tržne sile zahtevajo predhodno zagotavljanje zadostne količine števil in tudi njihovo pravično razdelitev med konkurente.³⁶

55. Če dejstvo, da je naslednik nekdanjega monopolista dobil velik del tega omejenega vira, spremlja dejstvo, da morajo novi operaterji plačati precej višji znesek od stroška upravnih ukrepov, izvedenih za dodelitev števil, se zdi nesporno, da različne ureditve, ki se tu obravnavajo, krepijo prej obstoječi prevladujoči položaj in torej ovirajo dostop drugih podjetij na trg v škodo svobodne konkurence, ki je cilj Direktive na splošno in zlasti člena 11(2) te direktive. Ne samo da je Deutsche Telekom dobil velik del „pogače“, ampak ga je dobil tudi brezplačno, medtem ko morajo druga podjetja plačati visoko ceno: torej je treba ugotoviti, da enakih možnosti, ki se zahtevajo za trženje proizvoda, ni.

35 — Glej Möstl, M., *Lizenzgebühren im Bereich Von Post und Telekommunikation*, v: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2001, str. 738.

36 — O tem vprašanju se lahko sklicujemo na zgoraj navedeno delo Wissmann, M. (ur.), str. 326 in 1196.

56. Zato je treba Direktivo in člen 11(2) te direktive razlagati tako, da nasprotujeta temu, da se za dodelitev telefonskih števil plača pristojbina, ki temelji na njihovi gospodarski vrednosti in katere znesek je višji od stroška upravnih ukrepov, izvedenih v ta namen, kadar je podjetje, ki ima prevladujoč položaj na trgu kot naslednik nekdanjega državnega monopolista, brezplačno dobilo bloke števil svojega predhodnika, in da po nacionalnem pravu za to dodelitev, ki ni nadomestilo za bremena, „podedovana“ od prejšnjega monopolista, ni mogoče naložiti pristojbine za nazaj.

57. Ker za prvo vprašanje za predhodno odločanje predlagam nikalni odgovor, je vsakršno razmišljanje o drugem vprašanju odveč, saj iz zgornjih ugotovitev izhaja, da novim podjetjem ni mogoče naložiti enotne pristojbine, ki je enaka nekemu odstotku (0,1 % uresničljivega prometa, če se te številke prenesejo na končnega uporabnika), ne da bi pred tem na podlagi drugih stroškov vstopa na trg analizirali možnosti novih podjetij za konkuriranje prevladujočemu podjetju, ki že deluje na trgu.

V – Predlog

58. Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev predlagam Sodišču, naj na prvo od dveh vprašanj za predhodno odločanje, ki ju je Bundesverwaltungsgericht predložilo v teh združenih zadevah, odgovori, da je treba Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 97/13/ES z dne 10. aprila 1997 o skupnem okviru za splošna dovoljenja in posamične licence v sektorju telekomunikacijskih storitev in zlasti člen 11(2) te direktive razlagati tako, da nasprotujeta temu, da se za dodelitev telefonskih števil plača pristojbina, ki temelji na njihovi gospodarski vrednosti in katere znesek je precej višji od stroška upravnih ukrepov, izvedenih za navedeno dodelitev, kadar je podjetje, ki ima prevladujoč položaj na trgu kot naslednik nekdanjega državnega monopolista, brezplačno pridobilo bloke števil, s katerimi je razpolagal njegov predhodnik, in da po nacionalnem pravu za to dodelitev, ki ni nadomestilo za bremena, „podedovana“ od navedenega monopolista, ni mogoče naložiti pristojbine za nazaj.