

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
föredraget den 9 december 2004¹

1. Bundesverwaltungsgericht (Tysklands högsta federala förvaltningsdomstol) har genom dessa förenade tolkningsfrågor begärt en tolkning av artikel 11.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet² (nedan kallat direktivet).

I — Tillämpliga bestämmelser

A — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna: direktiv 97/13

1. Inledning

2. Den nationella domstolen vill få klarhet i om de nationella regleringsmyndigheterna³ kan påföra en ny operatör en avgift för tilldelningen av telefonnummer som beräknas på grundval av numrens ekonomiska värde, när det företag som är dominerande på marknaden i egenskap av efterträdare till det tidigare statsmonopolet erhöll sitt nummerbestånd helt kostnadsfritt.

3. Under 1990-talet kom telekomindustrin att bli en av ekonomins motorer, med en betydande tillväxtpotential. Den tekniska utvecklingen möjliggjorde nya tjänster, framför allt inom området för mobil- och satellittelefoni, med digital teknik, där landvinningarna inom multimediaområdet banade väg för en stor mängd tjänster.⁴

1 — Originalspråk: spanska.

2 — EGT L 117, s. 15.

3 — Enligt artikel 2.1 b i direktivet det eller de organ som i rättsligt avseende och i fråga om sina uppgifter är oberoende av teleoperatörerna och som av en medlemsstat har fått i uppdrag att utarbeta auktorisationer och övervaka efterlevnaden av dessa.

4 — För en kortfattad redogörelse för denna utveckling rekommenderas den inledande sammanfattningen i "Communication from the Commission to the Council and the European Parliament — the consultation on the green paper on the liberalisation of telecommunications infrastructure and cable television networks", Bryssel den 3 maj 1995, KOM(95) 158 slutlig.

4. I gemenskapen fanns de nödvändiga förutsättningarna för denna uppgång och institutionerna beslutade att verka för en liberalisering inom området. Kommissionen uttalade sig faktiskt för en framtida gemensam marknad i en grönbok som publicerades år 1987, i vilken samtliga huvudaktörer inbjöds att diskutera frågan och en långsam avreglering av sektorn, som samtidigt garanterade medborgarnas rätt att få tillgång till de moderna kommunikationssystemen, efterlystes.⁵

5. Den flexibilitet som eftersträvades innebar dock inte att medlemsstaterna framtogs sin rätt att utöva kontroll genom ändamålsenliga tillståndsförfaranden. I en annan grönbok⁶ förklarade kommissionen nämligen att sådana förfaranden är avgörande för att skapa rättvisa villkor för att utveckla konkurrensen, genom att gemensamma principer för tillståndsbefviljande tillämpas.

6. Direktivet tillgodoser detta behov och innehåller, som jag påpekade i målen

Albacom och Infostrada,⁷ ett enda alternativ som bygger på principerna om proportionalitet, öppenhet och icke-diskriminering för att skapa en miljö som underlättar etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster (skälen 1, 2, 4 och 11 samt artikel 3.2).

7. Direktivets bestämmelser syftar således till att bidra till friheten att tillhandahålla teletjänster och avregleringen av telenätens utnyttjande. Gemenskapslagstiftaren kräver att de skall distribueras och användas obehindrat eller, i tillämpliga fall, enligt allmänna auktorisationer,⁸ och att de individuella tillstånden⁹ skall inskränkas till undantag eller komplement till de generella tillstånden (skälen 7 och 13 samt artiklarna 3.3 och 7).

7 — Förslag till avgörande av den 12 december 2002 i de förenade målen C-292/01 och C-203/01, Albacom och Infostrada (REG 2002, s. I-9449), vars punkter 2–7 nästan ordagrant överensstämmer med punkterna 6–11 nedan.

8 — Enligt artikel 2.1 a första strecksatsen i direktivet avses med allmän auktorisation "alla typer av godkännanden, oavsett om de regleras av en 'klasslicens' eller av allmän lag och oavsett om registrering krävs ... och, som ger det berörda företaget rätt att utan uttryckligt beslut av den nationella regleringsmyndigheten utöva de rättigheter som följer av auktorisationen".

9 — Ett individuellt tillstånd är "ett godkännande som beviljas av en nationell regleringsmyndighet och som ger ett företag särskilda rättigheter, eller genom vilket företaget i tillämpliga fall utöver allmän auktorisation åläggs särskilda skyldigheter i sin verksamhet, varvid företaget inte får utöva rättigheterna i fråga förrän det har mottagit den nationella regleringsmyndighetens beslut" (artikel 2.1 a andra strecksatsen i direktivet).

5 — "Towards a Dynamic European Economy, Green Paper on the development of the common market for telecommunications services and equipment", Bryssel den 16 december 1987, KOM (87) 290 slutlig, s. 6, s. 16 och följande sidor i det "sammansfattande dokumentet".

6 — "Green Paper on the Liberalisation of Telecommunications Infrastructure and Cable Television Networks", del II, Bryssel den 25 januari 1995, KOM(94) 682 slutlig, s. 61 och följande sidor. "Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén — Mot ett nytt regelverk för infrastruktur för elektronisk kommunikation och tillhörande tjänster. 1999 års kommunikationsöversyn", Bryssel den 10 november 1999, KOM(99) 539 slutlig, s. 25.

8. Ett vägledande kriterium i direktivet, till stöd för denna regel *favor libertatis*, är att det inte skall råda någon begränsning för det antal individuella licenser som medlemsstaterna kan utfärda, annat än om det är nödvändigt för att säkerställa en effektiv användning av radiofrekvenserna och det finns ett tillräckligt antal nummer. Alla företag som uppfyller de villkor som fastställs och offentliggörs i de nationella rättsordningarna har således i förstone rätt till ett sådant tillstånd (artiklarna 10.1 och 9.3).

Utan att det påverkar de ekonomiska bidragen för tillhandahållande av samhällsomfattande tjänster enligt bilagan, skall medlemsstaterna säkerställa att de avgifter som tas ut av företag som en del av auktorisationsförfarandena endast är avsedda att täcka de administrativa kostnaderna i samband med utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av det förfarande för allmän auktorisation som är tillämpligt. Information om sådana avgifter skall offentliggöras på ett lämpligt och tillräckligt detaljerat sätt så att den är lätt tillgänglig."

2. Direktivets avgiftsbestämmelser

9. Artiklarna 6 och 11 i direktivet syftar till att främja konkurrensen på marknaden för teletjänster och förhindra att företagen åläggs fler begränsningar eller belastningar än vad som är nödvändigt,¹⁰ och följaktligen skall den ovannämnda proportionalitetsprincipen respekteras. Artiklarnas rubriker är "Avgifter och kostnader för förfaranden vid allmän auktorisation" respektive "Avgifter och kostnader för individuella tillstånd".

11. "Artikel 11

...

10. "Artikel 6

...

1. Medlemsstaterna skall säkerställa att de avgifter som tas ut av företag som en del av auktorisationsförfarandena endast är avsedda att täcka administrativa kostnader i samband med utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av de tillämpliga individuella tillstånden. Avgifterna för individuella tillstånd skall stå i rimlig proportion till det utförda arbetet och offentliggöras på ett lämpligt och tillräckligt specificerat sätt, så att denna information är lätt tillgänglig.

10 — De villkor som kan uppställas för tillstånden anges i bilagan till direktivet.

2. Trots vad som anges i punkt 1 får medlemsstaterna, när det gäller användning av knappa resurser, tillåta sina nationella regleringsmyndigheter att införa avgifter som avspeglar behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av dessa resurser. Avgifterna skall vara icke-diskriminerande och särskild hänsyn skall tas till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens.”

14. I bilagan till TNGebV föreskrivs att avgiften för tilldelningen av ett block om 1 000 tiosiffriga nummer är 1 000 DEM (vilket motsvarar 500 euro). Om ansökan avslås sätts avgiften ned till 250 DEM (för närvarande 125 euro).

II — Bakgrund till målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

B — *De tyska bestämmelserna*

12. De tyska bestämmelser enligt vilka en avgift för tilldelningen av telefonnummer kan tas ut finns i Telekommunikationsgesetz (telekommunikationslagen, nedan kallad TKG)¹¹ och Telekommunikations-Nummergebührenverordnung (förordning om avgifter för nummertilldelning inom telekommunikationssektorn, nedan kallad TNGebV).¹²

15. De två bolagen Isis Multimedia Net GmbH und Co. KG och Firma 02 (Germany) GmbH u. Co. OHG (nedan kallade Isis respektive Firma) ansökte om ett visst antal av dessa telefonnummerblock för lokala nät hos Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (tysk myndighet för reglering av post- och telekommunikationer, nedan kallad regleringsmyndigheten). Isis sökte 43 grupper och beviljades 37 medan Firma sökte 2 324 grupper och beviljades 2 303.

13. Enligt 43 § TKG har den myndighet som ansvarar för nummerspektret rätt att avgiftsbelägga tilldelningen av nummer, och den nämnda förordningen innehåller kriterierna för att fastställa avgiftens storlek.

16. Med stöd av TNGebV påförde regleringsmyndigheten, genom beslut av den 25 oktober 1999 och den 21 juni 2000, Firma och Isis avgifter på 2 308 250 DEM respektive 38 500 DEM.

¹¹ — BGBl. 1996, I, s. 1120.

¹² — BGBl. 1999, I, s. 1887.

17. Deutsche Telekom AG (nedan kallat Deutsche Telekom), efterträdare till den tidigare monopolinnehavaren på den tyska marknaden, erhöll kostnadsfritt, innan TKG trädde i kraft, ett bestånd om 400 miljoner nummer som bolaget kan utnyttja utan att enligt den nationella rätten vara underkastat någon betalningsskyldighet eller skyldighet att återlämna numren.

stort antal telefonnummer från den förre rättsinnehavaren, det dåvarande statsmonopolet, och det enligt nationell rätt inte är möjligt att i efterhand ta ut avgifter för dessa nummer?"

18. De två bolag som påförts avgifter överklagade dessa beslut. Sedan deras yrkanden avslagits i första instans, biföll Oberverwaltungsgericht (högre förvaltningsdomstol) överklagandena och förpliktade den svarande myndigheten att återbetala de erlagda avgifterna jämte ränta.

20. För det fall ovanstående fråga besvaras jakande ställer den tyska domstolen följande fråga:

19. Efter att ha mottagit överklaganden av dessa avgöranden har Bundesverwaltungsgericht beslutat att vilandeförklara målen och ställa följande tolkningsfråga:

"Får vid ett sådant förhållande nya företag på marknaden, oberoende av deras övriga kostnader för marknadsinträdet och utan en därtill knuten analys av deras konkurrensfördelar i förhållande till företaget med dominerande ställning, vid tilldelningen av ett telefonnummer påföras en engångsavgift som fastställts till en viss procentsats (här 0,1 procent) av den uppskattade årsomsättningen sedan telefonnumret tilldelats en slutkund?"

"Skall Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG tolkas så, att den nationella regleringsmyndigheten vid tilldelningen av telefonnummer får påföra en avgift som beaktar det ekonomiska värdet av de tilldelade numren, trots att ett telekommunikationsföretag som är verksamt på samma marknad och på denna har en dominerande ställning sedan den kostnadsfritt övertagit ett

III — Förfarandet vid domstolen

21. Domstolens ordförande beslutade genom beslut av den 16 september 2003 att med hänsyn till det föreliggande objektiva sambandet förena de två målen.

22. Kommissionen, Tysklands regering och Förenade kungarikets regering har i likhet med de klagande bolagen i de nationella målen inkommit med skriftliga yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 20 i EG-stadgan för domstolen.

23. Med undantag av Förenade kungarikets regering infann sig företrädarna för dem som deltog i det skriftliga förfarandet till förhandlingen som hölls den 11 november 2004 för att yttra sig muntligen.

IV — Bedömning av tolkningsfrågorna

A — *Tolkningen av direktivets avgiftsbestämmelser*

24. Bundesverwaltungsgerichts frågor ger domstolen tillfälle att precisera de gränser som medlemsstaterna av hänsyn till den fria konkurrensen skall respektera i fråga om att ta ut avgifter för att bevilja individuella tillstånd inom telesektorn. De kan även bidra till att klargöra ställningen för de tidigare statsmonopolens rättsliga efterträdare och deras relation till de nya konkurrenterna, efter det att avregleringen av telekommunikationsmarknaden nådde sin kulmen år 1998.

25. Som jag påpekat hade det inte varit möjligt att skapa en gemensam marknad inom denna sektor om man inte på gemenskapsnivå antagit regler för att garantera konkurrenterna lika villkor. Principerna om öppenhet, icke-diskriminering och proportionalitet har således i artikel 11 i direktivet uttryckligen angivits som grund för tillståndsförfarandena, en fas som är särskilt känslig och av stor betydelse eftersom de individuella tillstånden utgör operatörernas nyckel till marknaden. Alla hinder i detta skede befäster status quo och begränsar konkurrensen.¹³

26. Artikel 11 innehåller således (liksom artikel 6) skattebestämmelser, som fogats in i en text som behandlar förfaranden och som syftar till att bidra till avregleringen genom att undanröja hinder för de nya konkurrenternas tillträde till marknaden. Som jag påpekade i förslaget till avgörande i de förenade målen Albacom och Infostrada (punkt 28) skall dessa bestämmelser tolkas i linje med nämnda syfte. Avgifterna bör i detta skede inte verka avhållande på företagens satsningar.

27. I den berörda bestämmelsen behandlas två avgiftsmodeller: en "avgift" för indivi-

¹³ — Kommissionen har påpekat att "tillstånden inom telekommunikationsområdet indirekt begränsar friheten att tillhandahålla tjänster och kan påverka marknadens strukturer" (det i fotnot 4 nämnda meddelandet, s. vii).

duella tillstånd, i artikel 11.1, och en "skatt" när tillstånden gäller knappa resurser; i artikel 11.2. Den första, där den avgiftsgrundande händelsen är de administrativa åtgärder som sammanhänger med utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av tillstånden är avsedd att täcka handläggningskostnaderna. Den andra, som även den tas ut av innehavarna av individuella tillstånd, syftar till att optimera utnyttjandet av knappa tillgångar. Båda avgifterna skall tas ut i enlighet med principerna om objektivitet, icke-diskriminering och öppenhet, men i fråga om den senare får inte kostnadstypen eller pålagans belopp nå en nivå som avskräcker nya konkurrenter eller avhåller från lansering av nya telekommunikationstjänster. Jag framförde liknande synpunkter i punkterna 36–43 i förslaget till avgörande i de förenade målen Albacom och Infostrada.

28. I den mån avgiftsbeloppet överstiger kostnaden för den tillhandahållna tjänsten kan avgiftsbesluten i målen vid den nationella domstolen, liksom de tyska bestämmelser på vilka de grundas, endast stödjas på artikel 11.2 i direktivet. Det innebär att den första fråga som skall besvaras är huruvida telefonnumren utgör en knapp resurs i artikelns mening.

B — Nummerspektret som "knapp resurs"

29. För att en enhetlig tillämpning av direktivet skall vara möjlig är det nödvändigt att fastställa en gemensam definition av begreppet knapp resurs, vilket domstolen hittills inte har haft tillfälle att göra. Enligt min uppfattning skall begreppet omfatta alla tillgångar som bör bevaras eftersom de av tekniska, ekonomiska eller praktiska skäl inte kan återskapas i obegränsad omfattning.¹⁴ Den kraftiga ökningen av antalet användare, liksom av antalet leverantörer, påverkar antalet tillgängliga nummer, så att de blir en knapp tillgång. Detta ställer krav på lämpliga förfaranden och kriterier för att tilldelningen skall ske på ett rättvist sätt¹⁵ så att alla konkurrenter ges samma utgångspunkt vid tiden för inträdet på marknaden, eftersom detta är en avgörande tidpunkt för att garantera likabehandlingen på en marknad med fri konkurrens.¹⁶

30. Detta synsätt sammanfaller med gemenskapsmyndigheternas avsikt, som de vid vissa tillfällen uttryckt direkt och vid andra indirekt, deras oro för en framtida bristsituation och önskan att undvika en

14 — Denna definition har använts av Verwaltungsgericht (förvaltningsdomstol) i Köln i en dom av den 15 december 2000, offentliggjord i *Multimedia und Recht*, 5/2001, s. 327.

15 — En liknande syn företräds av Gramlich, L.: *Rechtsfragen der Nummerierung nach §43 Telekommunikationsgesetz*, Archiv für Post und Telekommunikation 1998, s. 16, och Scherer, J.: "Entwicklungslinien des Telekommunikationsrechts", i *Computer und Recht*.

16 — Se Polster, S.: *Das Telekommunikationsrecht der Europäischen Gemeinschaften*, Wien 1999, s. 78.

omstrukturering av spektret. Således framhöll kommissionen i "För en europeisk numreringsmiljö — Grönbok om en numreringspolitik för teletjänster i Europa" att denna resurs under övergångsperioden till en fullständig liberalisering skulle få en likartad betydelse som frekvenserna och ledningsrätterna. Detta beror på att även om de visserligen till skillnad från de senare inte är tekniskt begränsade, så uppkommer en liknande situation eftersom det är kostsamt och föga populärt hos befolkningen att byta telefonnummer.¹⁷ Tre år senare bekräftade kommissionen i klartext i det i fotnot 6 nämnda meddelandet att detta är en knapp resurs (sidan 26).

området för den andra typen av tillstånd omfattar utnyttjandet av knappa resurser. Till dessa hör förutom radiofrekvenserna även nummerspektret, vilket framgår av direktiv 2002/20/EG¹⁹, där det föreskrivs att det är tillåtet att ta ut en avgift för nyttjandet av telefonnummer (artikel 13).

32. Om nummertilldelningen behandlas på samma sätt som radiofrekvenserna, som tveklöst är fysiskt begränsade, måste de anses som en skyddsvärd tillgång som omfattas av begreppet knapp resurs i artikel 11.2 i direktivet.

31. I direktivet ges, om än indirekt, uttryck för samma ståndpunkt genom att det, såsom redan har nämnts, görs skillnad mellan, å ena sidan, allmänna auktorisationer som är i förväg definierade tillstånd av generisk art enligt vilka företag kan etablera sig på marknaden utan att behöva ett uttryckligt beslut från den behöriga myndigheten, men som eventuellt kan underkastas en senare kontroll, och, å andra sidan, de individuella tillstånden som är särskilda tillstånd för innehavarna att bedriva verksamhet och som förutsätter ett administrativt beslut *ad hoc*.¹⁸ Det framgår av skäl 13, jämfört med artiklarna 7.1 a och 10.1 samt punkt 4.1 och 4.2 i bilagan att det objektiva tillämpnings-

C — Villkoren enligt artikel 11.2 i direktivet

33. Enligt denna bestämmelse ges medlemsstaterna rätt att avgiftsbelägga utnyttjandet av dessa begränsade tillgångar, eftersom det måste ske genom en skatt, om tre villkor är uppfyllda, nämligen 1) att behovet att säkerställa ett optimalt utnyttjande av dessa resurser beaktas, 2) att avgifterna inte är diskriminerande och 3) att de främjar utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens.

17 — "För en europeisk numreringsmiljö — Grönbok om en numreringspolitik för teletjänster i Europa", Bryssel den 20 november 1996, KOM(96) 590 slutlig, s. 1 och fotnot 3.

18 — Jag formulerade mig på ett liknande sätt i punkterna 30 och 31 i förslaget till avgörande i de förenade målen Albacom och Infostrada, där jag föreslog en tolkning av artiklarna 2, 5 och 9 i direktivet.

19 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (tillståndsdirektiv) (EGT L 108, s. 21).

1. Optimalt utnyttjande av knappa resurser

34. Jag påpekade redan i förslaget till avgörande i de förenade målen *Infostrada* och *Albacom* (punkt 42) att denna pålaga skiljer sig från den "taxa" som föreskrivs i artikel 11.1, eftersom den inte syftar till att täcka de administrativa kostnaderna i samband med utfärdande och tillsyn av dessa tillstånd, utan till att dessa knappa resurser skall utnyttjas på bästa sätt. Avgiften saknar inslag av motprestation och är i stället av skattekaraktär, även om den är av speciell karaktär (punkt 35 i nämnda förslag till avgörande).

35. Det särskilda syftet är att förbättra utnyttjandet av resurser vars knapphet motiverar pålagan, och det skulle inte strida mot bestämmelsens anda att avdela de medel som erhålls till förbättringar av infrastrukturen och forskning i ny teknik. Gemenskapslagstiftaren har i alla händelser överlämnat befogenheten att fatta beslut om användningen av medlen,²⁰ med förbehåll för att de på grund av pålagans art är skyldiga att använda intäkterna för detta speciella ändamål. Detta krävs av hänsyn till den eftersträfvade harmoniseringen.

20 — I punkt 32 i skälen i "tillståndsdirektivet" anges att direktivet inte påverkar det ändamål för vilket avgifter för nyttjanderätter används.

36. Harmoniseringen omfattar således den avgiftsgrundande händelsen och den typ av utgift som intäkten skall täcka, men man borde kanske gå längre så att den även kom att omfatta skattesatsen. Exempelvis motsvarar den taxa som betalas i Tyskland om tillståndet beviljas inte mindre än femton gånger de administrativa kostnaderna och även om den kan anses hög kan den, om intäkterna används för att förbättra utnyttjandet av de begränsade resurserna, inte angripas med stöd av gemenskapsrätten. Ingen kan dock undgå att inse att de avsevärda skillnaderna mellan de olika medlemsstaterna i fråga om skattetrycket kan skapa allvarliga hinder för de fria rörligheter-nas effektivitet, eftersom de påverkar konkurrensen,²¹ samtidigt som syftet med artikel 11.2 är att stärka densamma genom de reglerade avgifterna.²²

37. En oproportionerlig eller alltför hög skattesats kan alltså, förutom att den strider

21 — I punkt 51, in fine, i förslaget till avgörande i de förenade målen *Albacom* och *Infostrada*, som jag flera gånger har hänvisat till, påpekade jag att "[s]killnaden mellan medlemsstaterna i fråga om behandlingen i form av påförande av pålagor på grund av en och samma skattegrundande händelse kan förorsaka en betydande snedvridning av konkurrensen och påverka den fria rörligheten för personer, kapital och varor samt friheten att tillhandahålla tjänster". Scherer, J.: a.a., s. 42, kritiserar direktivet för det handlingsutrymme som medlemsstaterna tillerkänns då de ges rätt att till beloppet påföra skilda avgifter för tilldelningen av knappa resurser, och därmed skapa påtagliga hinder för tillträdet till marknaden. Polster, S., a.a., s. 78, ansluter sig till denna uppfattning och pekar på den bristande precisionen i fråga om fastställelsen av en högsta tillåtna gräns för dessa avgifter. Europeiska telekommunikationskontoret konstaterade för sin del i en rapport till kommissionen (*Annexes to the second interim report — Fees for licensing telecommunications services and networks*, juli 1999, s. 5) att skillnaderna mellan de avgifter som operatörerna påförs kan inverka negativt på branschen och skada en nationell marknad jämfört med de övriga.

22 — I "tillståndsdirektivets" trettioförsta skäl erinras om att de administrativa avgifter som medlemsstaterna påför inte bör leda till snedvridning av konkurrensen eller hinder för ett inträde på marknaden.

mot andra grundläggande rättsprinciper, strida mot direktivet om den utgör ett hinder för nya leverantörer av telekommunikation att inträda på marknaden.

med vissa variationer råder i de flesta medlemsstater sedan processen för avreglering av telekommunikationsmarknaden och avskaffandet av de statliga monopolen har slutförts, nämligen konkurrens på skilda villkor mellan företag som efterträtt tidigare operatörer, som kontrollerade de nationella marknaderna, och nya leverantörer som försöker etablera sig på den större gemensamma europeiska marknaden.

2. Förbudet mot all diskriminerande behandling

38. Diskrimineringsbegreppet är väl etablerat i domstolens rättspraxis. Diskriminering föreligger när jämförbara situationer utan sakliga skäl behandlas olika till nackdel för vissa personer i förhållande till andra.²³ Sammanfattningsvis kan man säga att om medlemsstaterna, med stöd av artikel 11.2 i direktivet, påför innehavarna av individuella tillstånd avgifter för att optimera utnyttjandet av vissa resurser, är de skyldiga att reglera dessa så att de inte skapar godtyckliga skillnader mellan operatörerna inom sektorn.

39. Detta krav ökar betydelsen av de tolkningsfrågor som har ställts i förevarande mål, där förhållandena speglar den situation som

40. Enligt direktivet skall Deutsche Telekom, Isis och Firma konkurrera på lika villkor. Deutsche Telekom erhöll emellertid ett stort antal telefonnummer utan någon som helst avgift, medan de två senare betalade en avgift enligt 43.3 § TKG, trots att företagen befinner sig i en jämförbar situation. Alla tre företagen är verksamma inom samma sektor, de bedriver samma verksamhet och innehavet av telefonnummer har följaktligen, ur ekonomisk synvinkel, samma betydelse för dem.

41. Mot den bakgrunden skall det prövas om nämnda direktiv tillåter en situation som den som råder i förevarande mål.

42. Vid första anblicken tycks svaret bli nekande, en jämförbar situation bör inte behandlas olika i rättsligt hänseende. Man får

23 — Till de äldsta domarna hör dom av den 13 juli 1963 i de förenade målen 17/61 och 20/61, Klöckner-Werke m.fl. (REG 1963, s. 615, särskilt s. 652), och till de senare hör dom av den 26 september 2002 i mål C-351/98, Spanien mot kommissionen (REG 2002, s. I-8031), punkt 57, och av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria (REG 2003, s. I-5197), punkt 115, till vilka jag återkommer nedan.

dock inte bortse från tidsaspekten. Deutsche Telekom efterträdde den tidigare ensamme operatören vid en tidpunkt då TKG ännu inte hade trätt i kraft, vilket innebär att förvärvet av dess nummerbestånd hör till det förflutna och till ett annat rättsläge. Det är därför inte oskäligt att påstå att situationerna inte är jämförbara.

43. Bedömningen är emellertid inte fullt så enkel, eftersom man måste se till de faktiska omständigheterna som helhet, och beakta alla aspekter hur ovidkommande de än kan te sig. I den ovannämnda domen i målet Connect Austria konstaterade domstolen att det vid prövningen av om det avgiftsfria beviljandet av licensen till det statliga bolaget, före avregleringen, uppfyller kravet på lika behandling av de olika ekonomiska aktörerna skall tas hänsyn till tidpunkten för beviljandet av licensen, den då gällande lagstiftningen, en eventuell driftsskyldighet samt, i förekommande fall, licensens ekonomiska värde, från och med att den salufördes (punkt 94).²⁴

24 — Med utgångspunkt i detta slog domstolen fast att artiklarna 9.2 och 11.2 i direktivet inte utgör något hinder för en sådan nationell lagstiftning, enligt vilken det är tillåtet att utan uttag av någon ny avgift tilldela kompletterande frekvenser inom det frekvensområde som reserverats för DCS 1800-standard, till operatörer som redan innehar en GSM 900-licens, trots att en avgift har tagits ut av den operatör som börjat bedriva verksamhet på referensmarknaden och som beviljats en DCS 1800-licens, under förutsättning att avgiften som togs ut av befintliga operatörer för deras GSM 900-licens, inbegripet den senare tilldelningen utan ytterligare avgifter av kompletterande frekvenser inom det frekvensområde som reserverats för DCS 1800-standard, framstår som ekonomiskt likvärdig med den avgift som tagits ut av konkurrenten (punkt 118).

44. De företag som har ersatt de ensamma operatörer som inte längre existerar har i allmänhet, trots framstegen sedan telekommunikationsmarknaderna avreglerades, en dominerande ställning på de nationella marknaderna.²⁵ Bundesverwaltungsgericht medger att Deutsche Telekom har en dominerande ställning inom sektorn, som inte, i motsats till vad tyska regeringen har gjort gällande, försvagas av att bolaget har övertagit den tidigare monopolinnehavarens skulder. Det kostnadsfria förvärvet av 400 miljoner nummer²⁶ bidrar nämligen till att, vilket är ostridigt, stärka dess kontroll under de nuvarande fria konkurrensförhållandena, och detta kan i framtiden, tack vare den väl tilltagna reserven och den motsvarande skyldigheten för dess konkurrenter att betala en hög avgift, stärka dess privilegierade ställning till förfång för en rättvis konkurrens.²⁷

45. Dessutom saknas en mekanism för att uppväga dessa nackdelar i den tyska lagstiftningen. Som förbundsrepublikens regering

25 — Enligt domstolens rättspraxis har ett företag en dominerande ställning om det kan hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att i betydande omfattning uppträda oberoende i förhållande till sina konkurrenter, sina kunder och, i sista hand, i förhållande till konsumenterna (dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche (REG 1979, s. I-461); svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), punkt 38, av den 11 december 1980 i mål 31/80, L'Oreal (REG 1980, s. 3775), punkt 26, och av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin (REG 1983, s. 3641; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351), punkt 30).

26 — Noteras skall att Firma med anledning av beviljandet av betydligt färre nummer (230 300) och avslaget avseende 21 000 nummer skall erlägga en avgift på 2 308 250 DEM (för närvarande 1 154 125 euro). Avgiften för de 400 miljoner nummer som tilldelades Deutsche Telekom skulle motsvara 400 000 000 DEM (200 000 000 euro).

27 — I den ovannämnda domen i målet Connect Austria slog domstolen i punkterna 85 och 86 fast att det faktum att en ny operatör skall erlägga en avgift för beviljandet av en licens medan ett offentligt företag med dominerande ställning inte behöver erlägga någon avgift alls kan utgöra en konkurrensfördel som låter sistnämnda operatör utvidga sin dominerande ställning och erbjuda lägre taxor.

har påpekat finns det enligt gällande rätt ingen möjlighet att kräva att Deutsche Telekom i efterskott skall erlägga en avgift för de nummer som förvärvades innan TKG trädde i kraft. Den nationella lagstiftaren övervägde visserligen denna möjlighet,²⁸ men den förkastades eftersom den konstaterades vara rättsligt inkorrekt.²⁹

46. Vi står således inför en ojämlik situation som kan snedvrider marknadsvillkoren och marknadens funktion och det tycks inte finnas någon lösning i den tyska rättsordningen.

47. Återstår så att utreda om denna särbehandling är motiverad. Den går inte att hänvisa till det förflutna som förklaring till att det kostnadsfria förvärvet av denna enorma mängd telefonnummer, som ägde

rum enligt de vid tidpunkten gällande rättsreglerna, inte kan ändras. Effekterna uppkommer nämligen i nuet, genom att de förmåner som tillerkändes den tidigare ensamme licensinnehavaren, och som sedan överfördes till efterträdaren, får konsekvenser i nuet till nackdel för tredje man. Vid regleringen av den nya situationen måste den nationella lagstiftaren respektera gällande gemenskapsrätt, där en av de centrala principerna förbjuder konkurrenshämmande diskriminering. Detta krav ligger som jag nämnt även till grund för den process för att liberalisera telekommunikationsmarknaderna som inleddes innan TKG antogs.³⁰

48. Den tyska regeringen har försökt urskulda situationen med att antalet nummer som tilldelats Deutsche Telekom motsvarar faktiska kunder, vilket innebär att de

28 — I första grunden fjärde stycket i beslutet om hänskjutande i mål C-327/03 anges att "lagstiftaren ansåg att Deutsche Telekom AG borde betala avgifter till ett belopp av ungefär 386 miljoner DEM. Betalningsskyldigheten konkretiserades dock aldrig, eftersom bolaget aldrig inkom med en ansökan om tilldelning av telefonnumren och det var just beslutet över denna ansökan som utgjorde den skattegrundande händelsen".

29 — Wissmann, M. (utgivare), *Telekommunikationsrecht*, Heidelberg 2003, s. 351 och s. 1219, hänvisar till den rättsliga osäkerhet som råder i Tyskland angående den ekonomiska värderingen av det bestånd som innehas av Deutsche Telekom. I rättspraxis och doktrin diskuteras möjligheten att kräva att bolaget erlägger en avgift för beviljandet före den 1 augusti 1996, med hänvisning till att syftet med TKG just är att skapa jämlika konkurrensförhållanden. Det har vidare hävdats att bolaget i fråga inte bör gynnas av att ett monopol som i det förflutna skapades inom ramen för en sluten marknad. Ett motsatt argument är att det bör noteras att övergången i fråga ägde rum enligt då gällande rätt och den kompetensfördelning som rådde mellan Bundesministerium für Post und Telekommunikation (federalt ministerium för post och telekommunikation), Deutsche Telekom och dess efterträdare.

30 — En utgångspunkt var kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 192, s. 10; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 221). Den första ändringen ägde rum genom kommissionens direktiv 94/46/EG av den 13 oktober 1994, särskilt med avseende på satellitkommunikation (EGT L 268, s. 15; svensk specialutgåva, område 8, volym 2, s. 63). Genom kommissionens direktiv 95/51/EG av den 18 oktober 1995 (EGT L 256, s. 49) avskaffades begränsningarna för användning av kabeltelevisionsnät för tillhandahållande av redan avreglerade teletjänster. Samma år fastställdes villkoren för tillhandahållande av öppna nät (ONP) för taltelefoni genom Europaparlamentets och rådets direktiv 95/62/EG av den 13 december 1995 (EGT L 321, s. 6). Direktiv 90/388 ändrades på nytt genom kommissionens direktiv 96/2/EG av den 16 januari 1996 (EGT L 20, s. 59) så att mobil- och personkommunikation inkluderades i dess tillämpningsområde. Genom kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996 (EGT L 74, s. 13) ändrades 1990 års direktiv för att genomföra full konkurrens på marknaderna för teletjänster. Den senaste ändringen ägde rum genom kommissionens direktiv 1999/64/EG av den 23 juni 1999 (EGT L 175, s. 39) och den syftade till att säkerställa att telenät och kabeltelevisionsnät som ägs av en enda operatör utgör skilda rättsliga enheter. Ovannämnda regelverk har delvis upphävts och ersatts av kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikations tjänster (EGT L 249, s. 21).

inte är i cirkulation annat än om de blir lediga. Då återlämnas de till regleringsmyndigheten som inom ramen för de nya konkurrensförhållandena kan dela ut dem till en annan leverantör, inklusive Deutsche Telekom, sedan den relevanta avgiften erlagts. Detta förändrar dock ingenting. Deutsche Telekom underkastas inte alls samma regler som andra företag, eftersom det har gratis tillgång till nummer som konkurrenterna måste betala för.

waltungsgericht att pröva huruvida den med hänsyn till omständigheterna i förevarande fall är godtagbar. Att avgiften för tilldelningen av telefonnummer inte togs ut vid den tidpunkt då det för närvarande dominerande företaget efterträdde det tidigare monopollet eller att detta företag, sedan det nya systemet trätt i kraft, liksom övriga företag skall betala avgiften för tilldelning av tilläggsnummer kan dock inte anses vara godtagbara skäl.

49. Regeringen har även försvarat situationen med att bolaget i fråga, tillsammans med numren har "ärvt" ett stort antal belastningar som motvikt till de fördelar som erhållits. Till dessa hör de skyldigheter som hängde samman med tillhandahållandet av den samhällsomsfattande tjänsten vid tidpunkten för marknadernas avreglering och övertagandet av omkring 80 000 tjänstemän.³¹ Påståendet saknar dock bevisvärde och det ankommer i alla händelser på den nationella domstolen att bedöma huruvida det finns sakliga skäl för att behandla de konkurrerande företagen olika.

3. Förenligheten med principen om fri konkurrens

51. Det sista villkoret i artikel 11.2 i direktivet för att den avgift på knappa resurser som tas ut av innehavare av individuella tillstånd skall vara rättsenlig är att den skall främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens.

50. Sammanfattningsvis råder en heterogen ordning och det ankommer på Bundesver-

52. Avregleringen av telekommunikationstjänsterna innebär att marknaderna öppnas, och den processen får inte störas av avgifter som begränsar konkurrensen genom att olika avgiftsnivåer tillämpas för leverantörer i jämförbara situationer, så att vissa gynnas i förhållande till andra, eftersom den fria konkurrensen, såsom fastslogs i domen i målet Connect Austria, förutsätter att de

31 — Det är svårt att erkänna övertagandet av 80 000 tjänstemän som en belastning om man inte delar det förlagade synsättet att de utgör en bortskänd, illa utbildad och föga effektiv personalgrupp, som var mycket spridd i 1800-talslitteraturen, där den exempelvis kommer till uttryck i A. Tjechovs berättelse "Paviljong 6" (*Cuentos imprescindibles*, utgivning och förord Richard Ford, Editorial Lumen, Barcelona 2002, s. 201), när Andrej Jefimovitj beklagar sig "Jag tjänar en skadlig sak, avlönas av människor jag bedrar, jag är ohederlig. Men i själva verket är jag ingen, bara en liten beståndsdel i en oundviklig social åkomma, alla landsortstjänstemän gör skada och tar betalt för att ingenting göra ..."

olika ekonomiska aktörerna kan tillförsäkras lika möjligheter (punkt 83). Å andra sidan följer vidare av syftet med denna gemenskapsbestämmelse och det faktum att artikel 11.2 är av undantagskaraktär enligt allmänna rättsliga tolkningsregler³² ett förbud mot att ålägga de nya konkurrenterna fler begränsningar eller pålagor än de absolut nödvändiga, vilket jag även påpekade i förslaget till avgörande i målet Albacom och Infostrada (punkt 43).

53. De företag som försöker etablera sig inom denna ekonomiska sektor tvingas till betydande investeringar, vilket innebär att det inledande skedet i deras satsning är av särskild betydelse för konkurrensutvecklingen, eftersom de nödvändiga administrativa förfarandena och de därmed sammanhängande kostnaderna³³ kan få den oönskade bieffekten att skydda och konsolidera de redan etablerade bolagen.³⁴

32 — I domen i målet Albacom och Infostrada konstaterade domstolen att artikel 11.2 i direktivet skall tolkas strikt (punkt 34).

33 — I det i fotnot 6 nämnda meddelandet gjorde kommissionen bedömningen att ett förhandstillstånd kan bli ett oerättigat hinder på grund av regleringen och de långsamma och onödigt betungande administrativa förfarandena. Kommissionen erinrade även om att skattepålagorna skall vara begränsade (s. 25 och s. 26). Vid en noggrann analys av omständigheterna i målen vid den nationella domstolen noterar man, som jag redan nämnt, att den omtvistade taxan är femton gånger så hög som kostnaderna för de vidtagna åtgärderna.

34 — Heffernan, A.: *Telekommunikationsrecht, Liberalisierung und Wettbewerb*, Wien 2002, s. 91, påpekar att konkurrensreglerna har fått stor betydelse i och med marknadskrafternas konsolidering efter sektorns avreglering, vilket enligt författarens uppfattning är av ovanligt stort intresse mot bakgrund av de tidigare statliga monopolens nuvarande dominerande ställning, något som kommer till uttryck i förevarande tolkningsfrågor.

54. Snedvridningen av konkurrensen förorsakas dock inte bara av ekonomiska krafter, utan även av tekniska faktorer. Dessa två aspekter kompletterar varandra och minskar de statliga myndigheternas handlingsutrymme, såväl när de utövar sin lagstiftningsmakt som i deras rent verkställande funktion.³⁵ En av dessa tekniska aspekter är just nummerspektret, en knapp resurs som fått stor betydelse eftersom marknadskrafternas fria spel förutsätter att man först förfogar över ett tillräckligt antal nummer, och att de fördelas på ett rättvist sätt mellan konkurrenterna.³⁶

55. Om man till den kostnadsfria tilldelningen till den tidigare monopolinnehavarens efterträdare av ett mycket stort antal av denna begränsade tillgång lägger det faktum att de nya operatörerna är skyldiga att erlägga ett belopp som väsentligt överskrider kostnaden för de administrativa förfaranden som tillämpas för att bevilja nummer tycks det vara ställt utom allt tvivel att detta bidrar till att konsolidera den befintliga dominanssituationen och försvåra inträdet på marknaden för andra företag, vilket skadar den fria konkurrens som eftersträvas genom direktivet i allmänhet och dess artikel 11.2 i synnerhet. Deutsche Telekom har inte bara en stor del av "kakan", utan har dessutom fått den helt kostnadsfritt, medan de övriga måste betala ett högt pris, vilket medför att de erforderliga möjligheterna att saluföra produkten på lika villkor inte föreligger.

35 — Se Möstl, M.: "Lizenzgebühren im Bereich von Post und Telekommunikation", i *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2001, s. 738.

36 — Se i detta avseende det citerade verket av Wissmann, M. (utgivare), s. 326 och s. 1196.

56. Följaktligen skall direktivet och artikel 11.2 i detta tolkas så, att de utgör hinder för att tilldelningen av telefonnummer beläggs med en fast avgift som baseras på telefonnumrens ekonomiska värde och som överskrider kostnaden för de faktiskt vidtagna administrativa åtgärderna, när ett bolag som kontrollerar sektorn på grund av att det har efterträtt den tidigare statliga monopolinnehavaren, kostnadsfritt har tilldelats sin företrädares telefonnummerblock och denna tilldelning, som inte utgör en kompensation för "ärvda" belastningar, inte kan avgiftsbeläggas retroaktivt enligt den nationella lagstiftningen.

57. Eftersom jag föreslår ett nekande svar på den första tolkningsfrågan är det inte nödvändigt att pröva den andra frågan. Av ovan sagda följer nämligen att det inte är tillåtet att påföra nya företag en engångsavgift som beräknas enligt bestämda regler (0,1 procent av den uppskattade årsomsättningen sedan telefonnumret tilldelats en slutkund), oberoende av deras övriga kostnader för marknadsinträdet och utan en föregående analys av deras konkurrenskraft i förhållande till det dominerande företag som redan är etablerat på marknaden.

V — Förslag till avgörande

58. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den första av de två tolkningsfrågor som har ställts av Bundesverwaltungsgericht i förevarande förenade mål enligt följande: Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet, särskilt artikel 11.2 i detta, skall tolkas så, att de utgör hinder för att tilldelningen av telefonnummer beläggs med en fast avgift som baseras på telefonnumrens ekonomiska värde och som överskrider kostnaden för de faktiskt vidtagna administrativa åtgärderna, när ett bolag som kontrollerar sektorn på grund av att det har efterträtt det tidigare statsmonopolet kostnadsfritt har tilldelats sin företrädares telefonnummerblock och denna tilldelning, som inte utgör en kompensation för "ärvda" belastningar, inte kan avgiftsbeläggas retroaktivt enligt den nationella lagstiftningen.