

Mål C-339/21

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

31 maj 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

11 maj 2021

Klagande:

Colt Technology Services SpA

Wind Tre SpA

Telecom Italia SpA

Vodafone Italia SpA

Motparter:

Ministero della Giustizia

Ministero dello Sviluppo Economico

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Procura Generale della Repubblica (presso Corte d'appello di Reggio Calabria)

Procura della Repubblica di Cagliari

Procura della Repubblica (presso il Tribunale di Roma)

Procura della Repubblica (presso il Tribunale di Locri)

Saken i det nationella målet

Överklagande av de domar varigenom Tribunale amministrativo regionale del Lazio har ogillat klagandenas talan om ogiltigförklaring av det interministeriella dekretet av den 28 december 2017 genom vilket det vid genomförande av artikel 96 i lagstiftningsdekretet nr 259/2003 ("lagen om elektronisk kommunikation") har införts regler och kriterier för fastställande av ersättning till telekomoperatörerna för avlyssning av telekommunikation.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Begäran om förhandsavgörande avser den nationella lagstiftning enligt vilken telekomoperatörernas taxa för de avlyssningstjänster som dessa är skyldiga att tillhandahålla på de rättsliga myndigheternas begäran kan fastställas av de behöriga ministerierna till en storlek som inte är förenlig med principen om full ersättning av kostnader. Denna lagstiftning kan strida mot de unionsrättsliga principerna om förbudet mot diskriminering, skyddet av den fria konkurrensen, etableringsfriheten, näringsfriheten och myndighetsåtgärdens proportionalitet. Den hänskjutande domstolen har beslutat att inhämta förhandsavgörande i enlighet med artikel 267 tredje stycket FEUF.

Fråga som har hänskjutits för förhandsavgörande

"Utgör artiklarna 18, 26, 49, 54 och 55 FEUF, artiklarna 3 och 13 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 samt artiklarna 16 och 52 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna hinder för en nationell lagstiftning där det i samband med att de administrativa myndigheterna ges befogenhet att fastställa ersättning till telekomoperatörerna för obligatorisk avlyssning av telekommunikation på de rättsliga myndigheternas begäran inte stadgas att principen om full ersättning av operatörernas faktiska och vederbörligen dokumenterade kostnader för dessa tjänster ska iaktas och där de administrativa myndigheterna dessutom åläggs att uppnå en kostnadsbesparing jämfört med de tidigare kriterierna för fastställande av ersättningen?"

Anförda unionsbestämmelser

- Artiklarna 18, 26, 49, 54 och 55 FEUF.
- Artiklarna 3 och 13 i samt bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 om inrättande av en europeisk kodex för elektronisk kommunikation.
- Artiklarna 16 och 52 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

Anförda nationella bestämmelser

– Decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, emesso dal Ministro della giustizia e dal Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze – Disposizione di riordino delle spese per le prestazioni obbligatorie di cui all'art. 96 del d.lgs. n. 259 del 2003 (interministeriellt dekret av den 28 december 2017 utfärdat av justitieministern och ministern för ekonomisk utveckling i samråd med ekonomi- och finansministern – bestämmelse om omstrukturering av kostnader för de obligatoriska tjänster som avses i artikel 96 i lagstiftningsdekret nr 259/2003).

– Artikel 28 i decreto legislativo n. 259 del 2003 ("Codice delle comunicazioni elettroniche") (lagstiftningsdekret nr 259/2003, "lagen om elektronisk kommunikation")

"Artikel 28 – Villkor som är knutna till den allmänna auktorisationen och till nyttjanderätter till radiospektrum och till nummerresurser

1. Den allmänna auktorisationen för tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät eller kommunikationstjänster samt nyttjanderätter till radiospektrum och nyttjanderätter till nummerresurser får endast omfattas av de villkor som var för sig är upptagna i del A, del B och del C i bilaga 1. Sådana villkor ska vara icke-diskriminerande, proportionella och transparenta, och i fråga om nyttjanderätter till radiospektrum ska sådana villkor vara förenliga med artikel 14 i lagen. Den allmänna auktorisationen omfattas alltid av villkor 11 i del A i bilaga 1."

Bilaga 1 innehåller *"en uttömmande förteckning över villkor som får knytas till allmänna auktorisationer (del A), nyttjanderätter till radiospektrum (del B) och nyttjanderätter till nummerresurser (del C) i enlighet med artiklarna 28.1 och 33.1 i lagen". Del A i bilagan anger de "villkor som får knytas till allmänna auktorisationer", däribland villkor 11, det vill säga att "säkerställa de juridiska tjänster som avses i artikel 96 i lagen redan från inledningen av verksamheten".*

– Artikel 96 i samma lagstiftningsdekret

"Artikel 96 – Obligatoriska tjänster

1. Tjänster för rättsliga ändamål som tillhandahålls på de behöriga rättsliga myndigheternas begäran om avlyssning och inhämtande av uppgifter är obligatoriska för operatörerna; fram till antagandet av dekretet i punkt 2 avtalas frister och regler med ovannämnda myndigheter.

2. I syfte att fastställa den fasta årliga avgiften för de obligatoriska tjänster som avses i punkt 1 ska kostnadsposterna i taxelistan i kommunikationsministerns

dekret av den 26 april 2001, offentliggjort i *Gazzetta Ufficiale [della Repubblica Italiana]* (Republiken Italiens officiella tidning) nr 104 av den 7 maj 2001, revideras genom dekret från justitieministern och ministern för ekonomisk utveckling i samråd med ekonomi- och finansministern, vilket ska antas senast den 31 december 2017. I dekretet

a) regleras kategorierna av obligatoriska tjänster och fastställs respektive taxor med hänsyn tagen till hur kostnaderna och tjänsterna utvecklas i syfte att uppnå en kostnadsbesparing på minst 50 procent jämfört med de tillämpade taxorna. Taxan inkluderar kostnaderna för samtliga tjänster som aktiveras eller används samtidigt av varje enskild nätverksidentitet

b) identifieras vilka personer som ska tillhandahålla obligatoriska avlyssningstjänster, däribland tjänsteleverantörer, vilkas infrastruktur tillåter åtkomst till nätet eller distribution av informations- eller kommunikationsinnehåll, och vilka som oavsett skäl tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster eller applikationer, även om dessa kan användas genom andras åtkomst- eller transportnätverk

c) definieras skyldigheterna för de operatörer som ska tillhandahålla obligatoriska tjänster och reglerna för tillhandahållande av dessa tjänster, däribland användning av standardiserade it-förfaranden i samband med överföring och hantering av meddelanden av administrativ karaktär, även i fråga om de skeden som föregår betalningen av dessa tjänster.

3. I händelse av att skyldigheterna i dekretet i punkt 2 inte iakttas tillämpas artikel 32.2, 32.3, 32.4, 32.5 och 32.6.

4. Fram till antagandet av dekretet i punkt 2 ska trafikuppgifter göras tillgängliga utan ersättning. För andra tjänster för rättsliga ändamål än de som avses i första punkten tillämpas fortfarande taxelistan i kommunikationsministerns dekret av den 26 april 2001, offentliggjort i *Gazzetta Ufficiale [della Repubblica Italiana]* (Republiken Italiens officiella tidning) nr 104 av den 7 maj 2001.

5. I syfte att tillhandahålla tjänsterna i punkt 2 har operatörerna skyldighet att förhandla om samtrafik med varandra för att säkerställa tillhandahållande och interoperabilitet av dessa tjänster. Ministeriet kan vid behov vidta åtgärder på eget initiativ eller, för det fall att operatörerna inte kommer överens, på begäran av en av dem.”

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Genom separata ansökningar väckte telekomoperatörerna Colt Technology Services SpA, Wind Tre SpA, Telecom Italia SpA och Vodafone Italia SpA talan

vid Tribunale amministrativo regionale del Lazio (nedan kallad TAR del Lazio) och yrkade ogiltigförklaring av det interministeriella dekretet av den 28 december 2017 utfärdat av justitieministern och ministern för ekonomisk utveckling i samråd med ekonomi- och finansministern, genom vilket det vid genomförande av artikel 96 i lagen om elektronisk kommunikation har införts regler och kriterier för fastställande av ersättning till telekomoperatörerna för avlyssning av telekommunikation.

- 2 Ovannämnda telefonoperatörer gjorde gällande att ersättningen var mycket lägre än den som utgick enligt den tidigare regleringen genom ministerdekret av den 26 april 2001 (ersättningen hade skurits ned väsentligt, med hela 90 procent) och att den därigenom inte ens täckte kostnaderna för avlyssningstjänsterna. Vodafone Italia SpA framställde även begäran om att en fråga skulle hänskjutas till EU-domstolen för förhandsavgörande.
- 3 TAR del Lazio lämnade klagandenas samtliga invändningar utan bifall med den motiveringen att det inte var styrkt att de taxor som fastställs i dekretet för ersättning av operatörernas kostnader för avlyssningstjänster var alltför lågt satta för att täcka kostnaderna. Av detta skäl fann TAR del Lazio att villkoren för att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen inte var uppfyllda.
- 4 Ovannämnda telekomoperatörer ingav överklagande till Consiglio di Stato och framställde samma invändningar och yrkanden som i första instans.
- 5 Genom beslut av den 23 mars 2020 fullgjorde Consiglio di Stato sin skyldighet att hänskjuta ärendet till EU-domstolen för ett förhandsavgörande i enlighet med artikel 267 tredje stycket FEUF och ombad EU-domstolen att uttala sig i en rad frågor om de aspekter som Vodafone Italia SpA åberopat, mot bakgrund av vilka den italienska lagstiftningen kunde strida mot unionsrätten.
- 6 EU-domstolen slog i sitt beslut av den 26 november 2020 fast att det var *”uppenbart att begäran om förhandsavgörande ... inte kan tas upp till sakprövning”* men påpekade uttryckligen att Consiglio di Stato kunde *”framställa en ny begäran om förhandsavgörande med de uppgifter som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på frågorna”*.
- 7 Målet har återupptagits och klagandena har åter yrkat att en fråga ska hänskjutas till EU-domstolen.
- 8 Consiglio di Stato har framställt en ny begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 267 tredje stycket FEUF.

Parternas huvudargument

- 9 Klagandena har gjort gällande att artikel 96 i lagstiftningsdekret nr 259/2003 – i den del där det stadgas att telekomoperatörernas taxa för obligatoriska avlyssningstjänster kan fastställas av de behöriga ministerierna till ett belopp som

inte grundar sig på principen om full ersättning av kostnader – strider mot unionsrätten, eftersom

– telekomoperatörerna åläggs att tillhandahålla avlyssningstjänster på de rättsliga myndigheternas begäran, vilket i det fall denna skyldighet inte iakttas innebär betungande administrativa sanktioner och till och med att auktorisationen kan återkallas

– det stadgas att operatörernas taxor för avlyssningstjänster fastställs av myndigheterna till ett belopp som gör det möjligt ”att uppnå en kostnadsbesparing på minst 50 procent jämfört med de tillämpade taxorna”, vilket inte bara innebär att operatörerna inte får någon vinst, utan gör att de inte ens kan täcka de aktuella kostnaderna, eftersom tillhandahållande av dessa tjänster kräver specifika investeringar och personalresurser som annars inte skulle vara nödvändiga.

10 Detta innebär

a) diskriminering på grund av storlek eftersom de mindre företagen belastas i mindre omfattning än de stora operatörerna såsom klagandena

b) diskriminering på grund av nationalitet i och med att företag som inte är etablerade i Italien gynnas framför operatörer som är etablerade i Italien såsom klagandena

c) snedvridning av konkurrensen med följdverkningar på europeisk nivå, eftersom etablering av utländska företag på den italienska marknaden och, mera allmänt, tillträde för nya operatörer till denna marknad görs strukturellt sett mindre lönsamt på grund av avlyssningstjänsternas olönsamma karaktär som följer av den aktuella nationella lagstiftningen

d) en materiell expropriation av privata ekonomiska operatörers affärskapacitet som är fullständigt oproportionerlig i förhållande till det eftersträlvade allmänintresset.

11 Klagandena har i allt väsentligt gjort gällande att avlyssningstjänsternas inneboende olönsamma karaktär som följer av den omtvistade nationella lagstiftningen

a) innebär en oproportionerligt stor börda för större operatörer vilka – just därför att de har en bredare avtalsbunden kundkrets – det är mer sannolikt att de rättsliga myndigheternas ställer en begäran om avlyssning till, vilket har en exponentiell inverkan på dessa tjänsters olönsamma karaktär

b) belastar de operatörer som är etablerade i Italien oproportionerligt mycket, eftersom utländska operatörer mot bakgrund av de kraftigt sänkta roamingavgifterna kan erbjuda billigare tjänster till de italienska kunder som köper utländska SIM-kort; närmare bestämt kan de utländska operatörerna

b1) antingen begränsa avlyssningstjänsternas sammanlagda olönsamma inverkan i kraft av den omsättningsmarginal som uppnås med kunderna i etableringslandet

b2) eller till och med helt undvika denna inverkan, om kunderna i operatörens etableringsland kan köpa SIM-kort utan att behöva uppge sin personliga identitet, vilket leder till att de italienska rättsliga myndigheterna i praktiken inte kan begära avlyssning i och med att ett visst SIM-kort inte kan knytas till en viss person

c) inför en strukturell och omotiverad svårighet för utländska operatörer, och mera allmänt för nya operatörer, att få tillträde till och etablera sig på den italienska marknaden, samtidigt som det ”i efterföljande led” innebär en sannolik höjning av avgifterna för slutkunderna (i och med att operatörerna ska uppnå täckning för kostnaderna i samband med tillhandahållande av olönsamma avlyssningstjänster)

d) medför att kostnaderna för tillhandahållande av en tjänst av allmänintresse nästan helt belastar vinstdrivande privata aktörer som bedriver verksamhet på en konkurrensutsatt marknad, vilket utgör en kränkning av den grundläggande rätten till näringsfrihet som är fastställd i unionsrätten.

- 12 Klagandena är avslutningsvis av den uppfattningen att den enda regel för fastställande av taxorna som är förenlig med unionsrätten bygger på kriteriet om full ersättning av de kostnader som telekomoperatörerna faktiskt har haft för avlyssningstjänster på de rättsliga myndigheternas begäran.
- 13 Motparterna har däremot gjort gällande att klagandenas invändningar saknar grund eftersom ersättning inte kan lämnas för
- kostnader i samband med användning av teknisk apparatur och operativa metoder som inte längre är tekniskt försvarbara
 - kostnader till följd av användning av apparatur som under alla omständigheter är nödvändig för att tillhandahålla kundkretsen den normala kommersiella tjänsten (exempelvis distributionsinfrastrukturer)
 - kostnader för att redovisa de aktuella kostnaderna, eftersom det rör sig om ett bolags interna administrationskostnader och inte om några kostnadsposter som har en nära koppling till tjänsten.
- 14 Vidare kan ersättning enbart lämnas för de personalkostnader som fastställs till fasta belopp på grundval av antalet avlyssningsdagar under året och hur länge de enskilda avlyssningstjänsterna har varat i genomsnitt.
- 15 I grund och botten följer det lagstadgade syftet om en kostnadsbesparing på 50 procent jämfört med den tidigare situationen först och främst av den tekniska utvecklingen. De kostnader som den därtill utnämnda arbetsgruppen inom justitieministeriet genom induktiv slutledning har beräknat ”mot bakgrund av den aktuella tekniska utvecklingen” har varit föremål för ”nedsänkningar” i syfte att

uppnå den minsta kostnadsbesparing som har föreskrivits av den nationella lagstiftaren (”50 procent jämfört med de tillämpade taxorna”).

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 16 Den hänskjutande domstolen påpekar att enligt unionens sekundärrätt (artikel 13 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 och dess bilaga I) kan den allmänna auktorisationen för tillhandahållande av kommunikationstjänster villkoras i den nationella lagstiftningen av att det tillhandahålls avlyssningstjänster på de rättsliga myndigheternas begäran.
- 17 I detta hänseende gäller endast den begränsning som fastställs i nämnda artikel 13 vad gäller samtliga villkor, närmare bestämt att de ska vara ”icke-diskriminerande, proportionella och transparenta”.
- 18 Enligt unionens gällande sekundärrätt på området behöver den nationella lagstiftningen med andra ord inte uttryckligen föreskriva full ersättning av de kostnader som telekomoperatörerna har för tillhandahållande av avlyssningstjänster på de rättsliga myndigheternas begäran.
- 19 Klagandena är av den uppfattningen att en skyldighet att följa den unionsrättsliga principen om full ersättning av kostnader – det vill säga alla kostnader som telekomoperatörerna har haft för tillhandahållande av avlyssningstjänster – implicit men entydigt kan härledas ur
 - de ”allmänna mål” som eftersträvas genom direktiv (EU) 2018/1972, först och främst att ”främja konkurrens”, ”bidra till utvecklingen av den inre marknaden”, ”främja konvergens i villkoren för investering” och se till att tillhandahållare ”inte behandlas olika” (se artikel 3 i direktivet)
 - en systematisk tolkning av unionens primärrätt, närmare bestämt en inbördes jämförelse och helhetsbedömning av de allmänna principerna i fördragen, däribland förbudet mot diskriminering, skyddet av den fria konkurrensen, etableringsfriheten, näringsfriheten och proportionalitetsprincipen.
- 20 Den hänskjutande domstolen finner att varken unionens gällande sekundärrätt på området eller de allmänna principer i fördragen som parterna har åberopat föreskriver full ersättning av operatörernas faktiska (och vederbörligen dokumenterade) kostnader för tillhandahållande av avlyssningstjänster och således inte utgör hinder för en nationell lagstiftning där det inte stadgas någon sådan full ersättning och där de administrativa myndigheternas revidering av operatörernas taxor villkoras av att det uppnås en ”kostnadsbesparing”.
- 21 Den hänskjutande domstolen påpekar följande:
 - a) Först och främst är medlemsstaterna enligt direktiv (EU) 2018/1972 inte uttryckligen skyldiga att ge operatörerna full ersättning för kostnader. Slutsatsen

kan följaktligen dras att unionslagstiftaren implicit har velat ge medlemsstaterna fullständigt fria händer på detta område.

b) Dessutom får medlemsstaterna i enlighet med nämnda direktiv ålägga telekomoperatörerna att tillhandahålla avlyssningstjänster på de rättsliga myndigheternas lagenliga begäran. Dessa tjänster, som i enlighet med lagen åläggs med hänsyn tagen till primära och ofrånkomliga tyngre vägande allmänintressen, får endast i ringa omfattning vara föremål för ekonomiska villkor, i synnerhet om dessa villkor påverkar privata operatörer som är verksamma på en reglerad marknad på grundval av en administrativ auktorisation.

c) Mera allmänt stämmer det att enligt unionens sekundärrätt får den allmänna auktorisationen för tillhandahållande av telekommunikationstjänster endast omfattas av villkor, däribland skyldigheten att tillhandahålla avlyssningstjänster, som ska vara ”*icke-diskriminerande, proportionella och transparenta*”, men det stämmer likaså att de taxor för tillhandahållande av avlyssningstjänster som fastställs i allmänna drag i lagstiftningsdekret nr 259/2003

c1) är helt identiska för samtliga operatörer, både stora och små, inhemska och utländska, som erbjuder sina tjänster i Italien, och det föreligger därför inte något tekniskt-rättsligt hinder för den fria konkurrensen och för tillträde till marknaden eller än mindre någon diskriminering på grund av företagets storlek eller nationalitet (taxorna är därför ”*icke-diskriminerande*”)

c2) ska fastställas av myndigheterna ”*med hänsyn tagen till hur kostnaderna ... utvecklas*”; däremot kan dessa tjänster, som är oundgängliga för att tillgodose allmänna mål av primärt allmänintresse, enbart tillhandahållas av telekomoperatörerna (taxorna är därför sammantaget ”*proportionella*”)

c3) är offentliga och tillgängliga för alla, i och med att de finns i en formell administrativ rättsakt (taxorna är därför ”*transparenta*”).

d) I juridisk mening måste ersättning för kostnader inte nödvändigtvis och enbart vara ett belopp som ställs i relation till de verkliga och faktiska kostnaderna, utan en ersättning kan även baseras på de kostnader som skulle uppkomma för en hypotetisk mönstergill operatör som väljer de bästa tillgängliga tekniska och organisatoriska lösningarna mot bakgrund av den kunskap som är tillgänglig vid den aktuella tidpunkten. Dessutom har telekomoperatören i enlighet med den gällande unionsrätten och den nationella lagstiftningen skyldighet att möjliggöra avlyssning, vilket innebär att telekomoperatören – i juridisk mening – är skyldig att dels (i allmänintresset) ombesörja en organisatorisk struktur med vilken dessa tjänster kan genomföras på det smidigaste, mest effektiva och mest ändamålsenliga sättet, dels (i det egna intresset) minimera de aktuella kostnaderna.

e) Slutligen erkänns, utgående från ett värdeinriktat och systematiskt synsätt, i unionens primärrätt (se artiklarna 4.2 FEU samt 4.2 j, 72, 82 och 84 FEUF), direkt eller indirekt, ett företräde för vissa av medlemsstaternas grundläggande allmänintressen, däribland lagföring av brott, vid vilken telefonavlyssning utgör

ett viktigt och ofta nödvändigt medel. Eftersom telefonavlyssning enbart kan åstadkommas i samarbete med telekomoperatörerna räcker det att medlemsstaten antar ett tydligt och likvärdigt regelverk för alla operatörer som är verksamma på den nationella marknaden och som rimligen gör tillhandahållandet av dessa tjänster ekonomiskt godtagbart.

ARBETS
DOKUMENT