

Zaak C-273/23

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing in de zin van artikel 98, lid 1 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

26 april 2023

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

18 april 2023

Verzoekende partijen:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Ministero dello Sviluppo economico

Telecom Italia SpA

Verwerende partijen:

Telecom Italia SpA

Vodafone Italia SpA

Fastweb SpA

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Tiscali Italia SpA

BT Italia SpA

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) tegen twee vonnissen waarbij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Lazio, Italië; hierna: „TAR Lazio”) een aantal

besluiten van de Autorità italiana per le Garanzie nelle Comunicazioni (Italiaanse regelgevende instantie voor communicatie; hierna: „AGCOM”) onrechtmatig heeft verklaard. Bij die besluiten was vastgesteld dat de lasten die op de voor de universeledienstverstrekking in de telefoniesector verantwoordelijke onderneming rusten, onbillijk waren en is van mobielelefonieaanbieders dan ook verlangd dat zij in die lasten zouden bijdragen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de verenigbaarheid met de richtlijnen 97/33 en 2002/22 en met de Unierechtelijke beginselen van transparantie, minimale marktverstoring, non-discriminatie en evenredigheid, van een nationale wettelijke regeling op grond waarvan mobielelefonieaanbieders moeten bijdragen in de lasten die op de voor de universeledienstverstrekking in de telefoniesector verantwoordelijke onderneming rusten wanneer die lasten als onbillijk worden beschouwd, zonder dat de nationale regelgevende instantie (hierna: „NRI”) hoeft na te gaan of die aanbieders met elkaar concurreren of onderling substitueerbaar zijn binnen dezelfde markt. Voorts ziet het verzoek om een prejudiciële beslissing op de vraag of de NRI in het licht van de richtlijnen 97/33 en 2002/22 en van de Unierechtelijke beginselen van transparantie, minimale marktverstoring, non-discriminatie en evenredigheid mag nagaan of de last voor de voor de universeledienstverstrekking in de telefoniesector verantwoordelijke onderneming onredelijk is en derhalve aan de mobielelefonieaanbieders een bijdrageverplichting mag opleggen op basis van andere criteria dan het criterium van substitueerbaarheid tussen vaste- en mobielelefonienetwerkdiensten.

Artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

„Moeten richtlijn 97/33/EG, en met name artikel 5 ervan, richtlijn 2002/22/EG, en met name artikel 13 ervan, die ratione temporis van toepassing zijn, en de beginselen van transparantie, minimale marktverstoring, non-discriminatie en evenredigheid aldus worden uitgelegd dat:

(a) een nationale wettelijke regeling mag voorschrijven dat verplichtingen om bij te dragen tot de financiering van onbillijke lasten die voortvloeien uit de universeledienstverstrekking worden uitgebreid tot mobielelefonieaanbieders, zonder dat de NRI in dergelijke gevallen hoeft na te gaan of de bijdragende aanbieders en de voor de levering van die dienst aangewezen aanbieder op dezelfde markt onderling concurreren of substitueerbaar zijn in de zin van het mededingingsrecht;

(b) NRI's naast of als alternatief voor het ter verificatie van de onbillijkheid van de last gehanteerde criterium van substitueerbaarheid tussen vaste- en

mobielnetwerkdiensten andere criteria mogen hanteren om mobiele dienstenaanbieders een financieringsverplichting op te leggen, en zo ja, welke?”

Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen

Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten, Artikel 4 ter, eerste alinea.

Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP), artikel 5.

Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn), artikel 13.

Aangevoerde nationaalrechtelijke bepalingen

Decreto del Presidente della Repubblica n. 318 – Regolamento per l’attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni (besluit van de president van de Republiek nr. 318 houdende de regeling voor de omzetting van gemeenschapsrichtlijnen op het gebied van telecommunicatie) van 19 september 1997 (hierna: „dpr nr. 318/1997”): artikel 3, leden 6 en 11.

Artikel 3, leden 6 en 11, luidde:

„[6]. Wanneer de universeledienstverplichtingen overeenkomstig het bepaalde in dit artikel een onbillijke last vormen voor de voor de universeledienstverstrekking verantwoordelijke organisatie of organisaties, wordt een regeling ingesteld om de nettokosten van die verplichtingen te delen met andere organisaties die openbare telecommunicatienetwerken exploiteren, met aanbieders van voor het publiek beschikbare spraaktelefoniediensten en met organisaties die persoonlijke en mobiele communicatiediensten aanbieden. Die regeling is niet van toepassing wanneer: [...] (b) de nettokosten van de universeledienstverplichtingen geen onbillijke last vormen [...].

[...]

11. Aan de hand van de nettokostenberekening [...] bepaalt de autoriteit, rekening houdend met het eventuele marktvoordeel voor de verantwoordelijke organisatie, of de regeling voor het delen van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen gerechtvaardigd is. Als dat het geval is, wordt de

desbetreffende last verdeeld op basis van objectieve, niet-discriminerende en evenredige criteria [...]”.

Decreto – Finanziamento del servizio universale nel settore delle telecomunicazioni (besluit betreffende de financiering van de universele dienst in de telecommunicatiesector) van 10 maart 1998: artikel 2, lid 2.

Artikel 2, lid 2, luidde:

„[...] wordt een op de beginselen van non-discriminatie, transparantie en evenredigheid gebaseerde kostendelingsregeling opgelegd aan organisaties die openbare telecommunicatienetwerken exploiteren, die het publiek spraaktelefoniediensten aanbieden, in verhouding tot het gebruik dat die organisaties maken van de openbare telecommunicatienetwerken, of die op nationaal niveau persoonlijke en mobiele communicatiediensten aanbieden.”

Decreto legislativo n. 259 – Codice delle comunicazioni elettroniche (wetsbesluit nr. 259 inzake het wetboek elektronische communicatie; hierna: „wetboek elektronische communicatie”) van 1 augustus 2003: artikel 62, lid 1, artikel 63, leden 1 en 3, en bijlage 11.

Artikel 62, lid 1, luidde:

„Wanneer de autoriteit van oordeel is dat de universeledienstverstrekking bedoeld in de artikelen 53 tot en met 60 een ongerechtvaardigde last kan vormen voor de ondernemingen die zijn aangewezen om die dienst te verstrekken, berekent zij de nettokosten voor het aanbieden van die dienst. Daartoe kan de autoriteit: (a) de nettokosten van de afzonderlijke onderdelen van de universeledienstverplichting berekenen overeenkomstig de procedures van bijlage 11, rekening houdend met eventuele marktvoordelen die voor een aangewezen onderneming uit het aanbieden van de universele dienst voortvloeien [...]”.

Artikel 63, leden 1 en 3, luidde:

„1. Wanneer de autoriteit op grond van de nettokostenberekening bedoeld in artikel 62 vaststelt dat een aangewezen onderneming een ongerechtvaardigde last wordt opgelegd, verdeelt zij, op verzoek van die onderneming, de nettokosten [...] onder de aanbieders van elektronische communicatienetwerken en -diensten [...].

[...]

3. Bij de kostendelingsregeling worden de beginselen van transparantie, minimale verstoring van de markt, non-discriminatie en evenredigheid in acht genomen, overeenkomstig artikel 2, leden 5, 6 en 7, van bijlage 11. [...]”

In artikel 3, leden 2 en 6, van bijlage 11 stond:

„2. Een op de beginselen van non-discriminatie, transparantie en evenredigheid gebaseerde kostendelingsregeling wordt opgelegd aan ondernemingen die openbare telecommunicatienetwerken exploiteren, die publiek beschikbare telefoniediensten aanbieden, in verhouding tot het gebruik dat die ondernemingen maken van de openbare telecommunicatienetwerken, of die op nationaal niveau persoonlijke en mobielecommunicatiediensten aanbieden.

[...]

6. De regeling bedoeld in lid 2 is niet van toepassing wanneer: [...] (b) de nettokosten van de universeledienstverplichtingen geen onbillijke last vormen [...]”.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Telecom Italia SpA (hierna: „Telecom”) is de onderneming die in Italië verantwoordelijk is voor de universeledienstverstrekking in de telefoniesector. Die omvat een reeks basisdiensten die tegen betaalbare prijzen worden aangeboden en enkel betrekking hebben op vaste telefonie. Volgens de Italiaanse wettelijke regeling moet de NRI, wanneer de universeledienstverstrekking tot zogenoemde „nettokosten” leidt, dat wil zeggen wanneer de door de aanbieder gemaakte kosten hoger zijn dan de baten, beoordelen - mede met inachtneming van de eventuele marktvoordelen die de verantwoordelijke aanbieder daaruit haalt - of die kosten voor die aanbieder een „onbillijke last” vormen. Wanneer de NRI van oordeel is dat de nettokosten van de universele dienst (hierna: „NKUD”) een onbillijke last vormen, moet zij deze last verdelen onder de aanbieders in de telefoniesector, met inbegrip van mobiele telefonieaanbieders.
- 2 Bij besluit 263/20/CIR, dat is bekendgemaakt op 21 juli 2020, heeft AGCOM, de Italiaanse NRI, een openbare raadpleging gelanceerd ter beoordeling van de mogelijke onbillijkheid van de aan Telecom opgelegde NKUD voor de jaren 1999 tot en met 2009. Dit besluit is vastgesteld na een reeks vonnissen van bestuursrechters waarbij een aantal eerdere besluiten in dat verband nietig waren verklaard. Vodafone Italia SpA (hierna: „Vodafone”) heeft tegen besluit 263/20/CIR beroep ingesteld bij de TAR Lazio.
- 3 AGCOM heeft vervolgens besluit 18/21/CIR vastgesteld, waarin zij een bepaalde parameter hanteert voor de zogenaamde prima-faciebeoordeling van de mogelijke onbillijkheid van de NKUD, dat wil zeggen voor de beoordeling ervan op het eerste niveau, en een andere parameter voor de zogenaamde secunda-faciebeoordeling ervan, dat wil zeggen de beoordeling ervan op het tweede niveau.
- 4 Voor de zogenaamde prima-faciebeoordeling heeft AGCOM met name de parameter van toenemende mededingingsdruk van mobiele telefoniediensten gehanteerd. Dienaangaande heeft AGCOM erop gewezen dat vaste- en mobiele telefoniediensten weliswaar niet perfect substitueerbaar zijn, maar

mobiele telefoniediensten een toenemende mededingingsdruk op vastetelefoniediensten uitoefenen in gevallen waarin de klant beslist om enkel een mobiele telefoon te gebruiken of om ook thuis een mobiele telefoon te gebruiken en tegelijkertijd de vastenetwerkdienst behoudt. AGCOM heeft zich voor de zogenaamde prima-faciebeoordeling ook gebaseerd op het rapport van 2017 van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (Berec), volgens hetwelk voor de vaststelling van de onbillijkheid van de last en de daaruit voortvloeiende toepasselijkheid van de verdelingsregeling de graad van mededinging op de markt moet worden beoordeeld aan de hand van de volgende indicatoren: (i) aandelen naar volume en inkomsten in de markt voor toegang; ii) volume en aandelen in de markt voor telefoonverkeer; iii) mate van interconnectie voor gespreksopbouw- en gespreksafgiftediensten op vaste en mobiele netwerken; iv) inzet van diensten op mobiele netwerken; v) uit de universeledienstverplichtingen voortvloeiende voordelen voor aanbieders; vi) financiële positie van de aanbieders.

- 5 Voor de zogenaamde secunda-faciebeoordeling heeft AGCOM daarentegen de NKUD/EBITDA-ratio als parameter gehanteerd en is de last voor de universeledienstaanbieder als onbillijk beschouwd bij een NKUD/EBITDA-ratio van meer dan 0,17 %.
- 6 Bij besluit 18/21/CIR is AGCOM tot de slotsom gekomen dat de universeledienstverstrekking voor de jaren 1999 en 2000 geen onbillijke nettokosten voor Telecom had meegebracht en dat de verdelingsregeling dus niet van toepassing was. Voor de jaren 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 en 2009 daarentegen had de universeledienstverstrekking wel tot onbillijke nettokosten voor Telecom geleid en was de regeling voor het delen met andere aanbieders in de telefoniesector, waaronder mobiele telefonieaanbieders, dus wel van toepassing.
- 7 Vodafone heeft ook tegen besluit 18/21/CIR beroep ingesteld bij de TAR Lazio. Bovendien is Telecom met een afzonderlijk beroep opgekomen tegen dat besluit voor zover het betrekking heeft op de jaren 1999 en 2000, waarvoor de nettokosten van de universele dienst volledig voor haar rekening zijn gebleven. In die procedure heeft onder meer Vodafone incidenteel beroep ingesteld.
- 8 De TAR Lazio heeft op het beroep van Vodafone uitspraak gedaan bij vonnis nr. 1963/2022, waarbij die rechter besluit 18/21/CIR nietig heeft verklaard op grond dat de parameter NKUD/EBITDA-ratio van meer dan 0,17 %, die in dat besluit wordt gehanteerd ter beoordeling van de mogelijke onbillijkheid van de NKUD, willekeurig en onaanvaardbaar was. Telecom, AGCOM en de Ministero dello Sviluppo economico (ministerie van Economische Ontwikkeling, Italië) hebben tegen die beslissing hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato. In beide procedures heeft onder meer Vodafone incidenteel beroep ingesteld.
- 9 Voorts heeft de TAR Lazio op het beroep van Telecom uitspraak gedaan bij vonnis nr. 2218/2022, waarbij die rechter het incidentele beroep van Vodafone heeft toegewezen met een soortgelijke motivering als in vonnis nr. 1963/2022.

Telecom en AGCOM hebben tegen vonnis nr. 2218/2022 hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato. In beide procedures heeft onder meer Vodafone incidenteel beroep ingesteld.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 10 Vodafone betoogt dat de verplichting om bij te dragen in de lasten voor de universeledienstverstrekking op grond van zowel dpr nr. 318/1997 als het wetboek elektronische communicatie alleen tot mobielelefonieaanbieders kan worden uitgebreid indien vaste en mobiele telefonie met elkaar concurreren doordat zij onderling substitueerbaar zijn.
- 11 Voor de jaren 1999, 2000, 2002 en 2003 zijn over de verdeling van de last van de universeledienstverstrekking een aantal rechterlijke beslissingen vastgesteld door de Consiglio di Stato en de Corte di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) die in kracht van gewijsde zijn gegaan en waarbij is geoordeeld dat er in de betrokken jaren geen sprake was van een markt waarop vaste- en mobielelefonieaanbieders met elkaar concurreren en dat dus niet was voldaan aan de voorwaarde om de last bij mobielelefonieaanbieders te leggen. Bovendien strekken de gevolgen van die beslissingen zich ook uit tot de jaren 2004, 2005, 2006, 2007 en 2009, waarvoor AGCOM bij de besluiten 65/09/CONS en 623/15/CONS heeft uitgesloten dat vaste en mobiele telefonie door onderlinge substitueerbaarheid met elkaar concurreerden. In bovengenoemde rechterlijke beslissingen is ook rekening gehouden met de mededeling van de Commissie van 27 november 1996.
- 12 Volgens Vodafone is de door AGCOM in besluit 18/21/CIR uitgevoerde analyse bovendien ongeldig, voor zover daarin wordt vastgesteld dat de mededingingsdruk van mobielelefoniediensten ten aanzien van vastetelefoniediensten toeneemt. Ten eerste is de parameter van mededingingsdruk immers in wezen identiek aan de parameter van substitueerbaarheid tussen vaste en mobiele telefonie, die een onmisbare voorwaarde blijft voor de vaststelling of de twee diensten met elkaar concurreren. Ten tweede is de vaststelling dat de mededingingsdruk van mobielelefoniediensten toeneemt in tegenspraak met de marktanalyses van AGCOM in bovengenoemde besluiten 65/09/CONS en 623/15/CONS.
- 13 AGCOM en Telecom stellen daarentegen dat noch de Europese regels noch de nationale wettelijke regeling bepalen dat voor de bijdrage van de mobielelefonieaanbieders aan de NKUD moet worden nagegaan of is voldaan aan de voorwaarde van substitueerbaarheid tussen vaste en mobiele telefonie. In de mededeling van de Commissie van 27 november 1996 is de lidstaten met name de keuze gelaten om de mobielelefonieaanbieders al dan niet op te nemen onder de aanbieders die de universele dienst moeten financieren. De Italiaanse wetgever heeft ervoor gekozen om hen onder die aanbieders op te nemen, eerst bij dpr nr. 318/1997 en het besluit van 10 maart 1998, en later in het wetboek elektronische communicatie.

- 14 Bovendien moet erop worden gewezen dat de regeling voor de financiering van de universele dienst in de jaren waarmee in besluit 18/21/CIR rekening is gehouden, in veel andere Europese landen zonder onderscheid vaste- en mobiele telefonieaanbieders omvatte. Deze uitbreiding van de bijdrageverplichting tot alle vaste- en mobiele telefonieaanbieders is door de in de andere Europese landen actieve ondernemingen van de Vodafone-groep niet aangevochten.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 15 Ten eerste merkt de verwijzende rechter op dat de bestuursrechtspraak ter zake fluctueert. Enerzijds zijn bepaalde besluiten van AGCOM waarbij de NKUD-verdelingsregeling was toegepast, nietig verklaard op grond dat niet was aangetoond dat tussen vaste en mobiele telefonie substitueerbaar waren, hetgeen moest worden beschouwd als voorwaarde voor het opleggen van de bijdrageverplichting aan Vodafone. Anderzijds heeft de Consiglio di Stato bij arrest nr. 6881/2019 geoordeeld dat het criterium van substitueerbaarheid tussen vaste en mobiele telefonie als voorwaarde voor de bijdrageverplichting voor mobiele telefonieaanbieders „misleidend”, dat wil zeggen onjuist was.
- 16 Ten tweede merkt de verwijzende rechter op dat de nationale wettelijke regeling voor de opname van mobiele telefonieaanbieders onder de personen die moeten bijdragen aan de financiering van de NKUD indien de universeledienstverstrekking een onbillijke last zou vormen, niet uitdrukkelijk het bewijs vereist dat vaste en mobiele telefonie in voldoende mate substitueerbaar zijn. Volgens de nationale rechtspraak is een dergelijke substitueerbaarheid nochtans een noodzakelijke parameter om te bepalen of de last van de universeledienstverstrekking onbillijk is.
- 17 Ten derde merkt de verwijzende rechter op dat de door AGCOM in besluit 18/21/CIR gehanteerde parameter van mededingingsdruk grotendeels overeenkomt met de in eerdere regelgevende besluiten ter zake gehanteerde parameter van substitueerbaarheid tussen vaste en mobiele telefonie.
- 18 Ten vierde stelt de verwijzende rechter zich op het standpunt dat het criterium voor de uitbreiding van de NKUD-bijdrageverplichting tot de mobiele telefonieaanbieders niet zomaar uit de Europese regeling kan worden afgeleid. Zijns inziens is het dan ook noodzakelijk om het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing te verzoeken over bovengenoemde vragen.