

Mål C-273/23

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

26 april 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

18 april 2023

Klagande:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Ministero dello Sviluppo economico

Telecom Italia SpA

Motpart:

Telecom Italia SpA

Vodafone Italia SpA

Fastweb SpA

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Tiscali Italia SpA

BT Italia SpA

Saken i det nationella målet

Överklagande till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) av två domar genom vilka Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien) slog fast att ett antal beslut som fattats av Autorità italiana per le Garanzie nelle Comunicazioni (Italienska

kommunikationstillsynsmyndigheten) var rättsstridiga. Genom dessa beslut hade tillsynsmyndigheten fastställt att kostnaden för att tillhandahålla en samhällsomfattande tjänst inom telefonisektorn var orättvist betungande för den operatör som tilldelats uppdraget att tillhandahålla tjänsten och följaktligen förpliktat mobiltelefonioperatörerna att bidra till nämnda kostnad.

Föremål och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Begäran om förhandsavgörande rör frågan huruvida det är förenligt med direktiv 97/33 och direktiv 2002/22, samt med de unionsrättsliga principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet, att en nationell lagstiftning ålägger mobiltelefonioperatörer att bidra till den kostnad för tillhandahållandet av en samhällsomfattande tjänst inom telefonisektorn som bärs av den operatör som utsetts att tillhandahålla denna tjänst, för det fall kostnaden anses vara alltför betungande, utan att den nationella tillsynsmyndigheten behöver kontrollera huruvida det föreligger ett förhållande av konkurrens eller utbytbarhet mellan operatörerna på samma marknad. Begäran om förhandsavgörande avser även frågan huruvida en nationell tillsynsmyndighet, mot bakgrund av direktiv 97/33 och direktiv 2002/22 samt de unionsrättsliga principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet, får kontrollera huruvida den kostnad som bärs av den operatör som tilldelats uppdraget att tillhandahålla den samhällsomfattande tjänsten inom telefonisektorn är orättvist betungande och som en följd av detta ålägga mobiltelefonioperatörerna att bidra på grundval av andra kriterier än utbytbarhet mellan fasta och mobila telefonitjänster.

Artikel 267 FEUF.

Tolkningsfrågor

”Ska direktiv 97/33/EG, i synnerhet artikel 5, och direktiv 2002/22/EG, i synnerhet artikel 13, vilka är tidsmässigt tillämpliga, samt principerna om öppenhet, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet tolkas så, att

a) det är tillåtet att i nationell lagstiftning utvidga skyldigheterna att bidra till finansieringen av orättvist betungande kostnader för tillhandahållande av den samhällsomfattande tjänsten till att även omfatta mobiltelefonioperatörer, utan att det först krävs att den nationella tillsynsmyndigheten kontrollerar huruvida det föreligger konkurrens eller utbytbarhet mellan de operatörer som ska bära kostnaden och den operatör som har utsetts att tillhandahålla tjänsten på samma relevanta marknad enligt konkurrensrätten,

b) de nationella tillsynsmyndigheterna, utöver eller i stället för kriteriet om utbytbarhet mellan fasta och mobila nättjänster, i syfte att kontrollera om

kostnaderna är orättvist betungande, får använda sig av fler kriterier – och i så fall, vilka – till grund för en finansieringsskyldighet för mobiltelefonoperatörer?”

Anförda unionsbestämmelser

Kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster, artikel 4c.1.

Europaparlamentets och rådets direktiv 97/33/EG av den 30 juni 1997 om samtrafik inom telekommunikation i syfte att säkerställa samhällsomfattande tjänster och samverkan genom tillämpning av principerna om tillhandahållande av öppna nät, artikel 5.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (direktiv om samhällsomfattande tjänster), artikel 13.

Anförda nationella bestämmelser

Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) 19 settembre 1997, n. 318 – Regolamento per l’attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni (dekret från republikens president (presidentdekret) 19 september 1997, nr 318 – förordning om genomförande av gemenskapsdirektiv inom telekommunikationssektorn), artikel 3.6 och 3.11.

I artikel 3.6 och 3.11 föreskrevs följande:

”3. Om åtagandet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster blir orättvist betungande för den organisation eller de organisationer som fått i uppdrag att tillhandahålla den samhällsomfattande tjänsten, så ska ett system inrättas för att dela nettokostnaden för åtagandet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster med andra organisationer som driver allmänt tillgängliga telenät, med leverantörer av allmänt tillgängliga taltelefonitjänster och med organisationer som tillhandahåller mobila och personliga kommunikationstjänster. Systemet ska inte vara tillämpligt när ... b) nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster inte är orättvist betungande ...

...

11. Myndigheten ska fastställa om det är berättigat att införa ett system för att fördela nettokostnaden för åtaganden att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster på grundval av nettokostnadsberäkningen ... och med hänsyn till eventuella marknadsfördelar för den organisation som tilldelats uppdraget. Kostnaden ska i så fall fördelas på grundval av kriterierna objektivitet, icke-diskriminering och proportionalitet ...”

Decreto 10 marzo 1998 – Finanziamento del servizio universale nel settore delle telecomunicazioni (dekret av den 10 mars 1998 – finansiering av den samhällsomfattande tjänsten inom telekommunikationssektorn), artikel 2.2.

I artikel 2.2 föreskrevs följande:

”... inrättas ett system för fördelning av kostnader som grundar sig på principerna om icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet, vilka ska bäras av organisationer som driver offentliga telenät, som tillhandahåller taltelefonitjänster till allmänheten, i förhållande till dessa aktörers användning av de offentliga telenäten, eller som tillhandahåller mobil- och persontelefonitjänster på nationell nivå.”

Decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 – Codice delle comunicazioni elettroniche (lagstiftningsdekret nr 259 av den 1 augusti 2003 – Lag om elektronisk kommunikation), artiklarna 62.1, 63.1 och 63.3 samt bilaga 11.

I artikel 62.1 föreskrevs följande:

”Om myndigheten bedömer att tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster enligt artiklarna 53–60 kan vara oskäligt betungande för de företag som har utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, så ska myndigheten beräkna nettokostnaden för tillhandahållandet. Myndigheten kan för detta ändamål a) beräkna nettokostnaden för de olika delarna av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster med hänsyn till de eventuella marknadsfördelarna för det företag som utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, i enlighet med bilaga 11 ...”

I artikel 63.1 och 63.3 föreskrevs följande:

”1. Om myndigheten på grundval av en nettokostnadskalkyl enligt artikel 62 konstaterar att den ekonomiska bördan blir oskälig för det företag som utsetts, så ska myndigheten fördela nettokostnaden ... mellan leverantörerna av nät och tjänster för elektronisk kommunikation ...

...

3. Fördelningssystemet ska iaktta principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet i enlighet med artikel 2.5–2.7 i bilaga 11. ...”

I artikel 3.2 och 3.6 i bilaga 11 angavs följande:

”2. Ett system för kostnadsfördelning ska inrättas, vilket ska grunda sig på principerna om icke-diskriminering, insyn och proportionalitet. Kostnaderna ska fördelas på företag som driver offentliga kommunikationsnät, som tillhandahåller telefonitjänster till allmänheten, i förhållande till företagets användning av de

offentliga kommunikationsnäten, eller som tillhandahåller mobila och personliga telefonitjänster nationellt.

...

6. Systemet enligt punkt 2 ska inte vara tillämpligt när ... b) nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla den samhällsomfattande tjänsten inte är orättvist betungande ...”

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

- 1 Telecom Italia SpA (nedan kallat Telecom) är den operatör som i Italien har utsetts att tillhandahålla en samhällsomfattande tjänst inom telefonisektorn, vilken omfattar grundläggande tjänster som ska tillhandahållas till överkomliga priser och endast avse fast telefoni. För det fall tillhandahållandet av den samhällsomfattande tjänsten ger upphov till en så kallad nettokostnad, det vill säga när leverantörens kostnader överstiger vinsterna, ska den nationella tillsynsmyndigheten enligt den italienska lagstiftningen avgöra om nettokostnaden är ”orättvist betungande” för den operatör som utsetts, varvid eventuella marknadsfördelar som detta medför för operatör också ska beaktas. För det fall den nationella tillsynsmyndigheten anser att nettokostnaden för den samhällsomfattande tjänsten (nedan kallad nettokostnaden) är orättvist betungande, ska den fördela kostnaderna mellan operatörerna inom telefonisektorn, däribland mobiltelefonoperatörerna.
- 2 Genom beslut 263/20/CIR, som offentliggjordes den 21 juli 2020, inledde den nationella tillsynsmyndigheten Autorità italiana per le garanzie nelle comunicazioni (nedan kallad AGCOM) ett offentligt samråd i syfte att ompröva frågan huruvida Telecoms nettokostnad för åren 1999–2009 varit orättvist betungande. Beslutet fattades till följd av en rad domar genom vilka en förvaltningsdomstol hade upphävt ett antal tidigare beslut i frågan. Vodafone Italia SpA (nedan kallat Vodafone) överklagade beslut 263/20/CIR till Tribunale Amministrativo Regionale per Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio).
- 3 AGCOM meddelade sedan beslut 18/21/CIR. I detta beslut användes en parameter i den så kallade *prima facie*-bedömningen (den första bedömningsnivån) av nettokostnadens eventuella orättvisa karaktär, och en annan parameter i den så kallade *seconda facie*-bedömningen (den andra bedömningsnivån) av denna orättvisa karaktär.
- 4 I den så kallade *prima facie*-bedömningen använde AGCOM närmare bestämt parametern ökad konkurrens från mobiltelefonitjänsterna. AGCOM framhöll i detta avseende att även om de fasta och mobila telefonitjänsterna inte är fullt utbytbara sinsemellan, är den fasta telefonitjänsten utsatt för ökad konkurrens från den mobila telefonitjänsten i de fall där kunden bestämmer sig för att enbart använda sin mobiltelefon eller bestämmer sig för att använda mobiltelefonen även

i hemmet, även om den fasta nättjänsten bibehålls. I den så kallade *prima facie*-bedömningen grundade sig AGCOM på en rapport från *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC) från år 2017. För att fastställa huruvida kostnaderna är orättvist betungande och fördelningssystemet följaktligen ska tillämpas ska graden av konkurrens på marknaden enligt denna rapport bedömas på grundval av följande indikatorer: I. Andelar av marknaden för tillträde i volym och intäkter. II. Telefontrafikens volym och marknadsandelar. III. Grad av samtrafik för samtalsoriginering och samtalsterminering i fasta och mobila nät. IV. Mobilnätstjänsternas utbredning. V. Fördelar för operatörer av skyldigheter avseende den samhällsomfattande tjänsten. VI. Operatörernas finansiella ställning.

- 5 Som parameter i den så kallade *seconda facie*-bedömningen använde AGCOM kvoten nettokostnad/vinst före räntor, skatt, av- och nedskrivningar. Leverantörens nettokostnad för den samhällsomfattande tjänsten betraktades som orättvist betungande om kvoten nettokostnad/vinst före räntor, skatt, av- och nedskrivningar översteg 0,17 procent.
- 6 I beslut 18/21/CIR slog AGCOM fast att Telecoms nettokostnad för att tillhandahålla den samhällsomfattande tjänsten inte varit orättvist betungande åren 1999 och 2000 och att fördelningssystemet alltså inte var tillämpligt. Däremot medförde tillhandahållandet av den samhällsomfattande tjänsten en orättvis nettokostnad för Telecom under åren 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 och 2009. Fördelningssystemet för de andra operatörerna inom telefonisektorn, däribland mobiltelefonioperatörer, var därmed tillämpligt.
- 7 Vodafone överklagade även beslut 18/21/CIR till Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio. Telecom överklagade också nämnda beslut i den del som avsåg åren 1999 och 2000, för vilka Telecom hade fått bära hela nettokostnaden för den samhällsomfattande tjänsten. I detta förfarande inkom bland annat Vodafone med ett anslutningsöverklagande.
- 8 Regionala förvaltningsdomstolen prövade Vodafones överklagande genom dom nr 1963/2022 och upphävde beslut 18/21/CIR med motiveringen att den parameter som använts i beslutet för att avgöra om nettokostnaden var orättvis, närmare huruvida kvoten mellan nettokostnad/vinst före räntor, skatt, av- och nedskrivningar översteg 0,17 procent, var godtycklig och oskälig. Telecom, AGCOM och ministeriet för ekonomisk utveckling har överklagat domen till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen). Vodafone har inkommit med anslutningsöverklagande i båda förfarandena.
- 9 Regionala förvaltningsdomstolen prövade också Telecoms överklagande genom dom nr 2218/2022 och biföll Vodafones anslutningsöverklagande med en liknande motivering som i dom nr 1963/2022. Telecom och AGCOM har överklagat dom nr 2218/2022 till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen). Anslutningsöverklagande har inkommit från bland annat Vodafone i båda förfarandena.

Parternas huvudargument

- 10 Vodafone har anfört att det både i presidentdekret nr 318/1997 och i lagen om elektronisk kommunikation föreskrivs att det ska föreligga konkurrens om utbytbarhet mellan fast och mobil telefoni för att skyldigheten att bidra till nettokostnaden för tillhandahållandet av den samhällsomfattande tjänsten ska kunna utvidgas till mobiltelefoniooperatörer.
- 11 Vad beträffar åren 1999, 2000, 2002 och 2003 har frågan om fördelningen av kostnaden för tillhandahållandet av den samhällsomfattande tjänsten varit föremål för en rad domstolsavgöranden från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) och från Corte di Cassazione (Högsta domstolen). I dessa avgöranden, som vunnit laga kraft, har det slagits fast att det under de aktuella åren inte rådde konkurrens på marknaden mellan operatörer av fast och mobil telefoni och att villkoret för att mobiltelefoniooperatörerna skulle behöva bära en del av kostnaden därmed inte var uppfyllt. Verkningarna av dessa avgöranden sträcker sig dessutom till åren 2004, 2005, 2006, 2007 och 2009, för vilka AGCOM genom beslut 65/09/CONS och beslut 623/15/CONS har slagit fast att det inte förelåg konkurrens genom utbytbarhet mellan fast och mobil telefoni. I de ovan angivna domstolsavgörandena beaktades även kommissionens meddelande av den 27 november 1996.
- 12 Vodafone anser vidare att AGCOM:s bedömning i beslut 18/21/CIR är rättsstridig i den del myndigheten framhåller att konkurrenstrycket från mobiltelefonitjänster ökar på fasta telefonitjänster. I sak är parametern konkurrens i själva verket identisk med parametern utbytbarhet mellan fast och mobil telefoni, vilket är en nödvändig förutsättning för att fastställa förekomsten av ett konkurrensförhållande mellan två tjänster. Påståendet om ett ökande konkurrenstryck från mobiltelefonitjänster strider dessutom mot de marknadsanalyser som AGCOM genomförde i beslut 65/09/CONS och beslut 623/15/CONS.
- 13 AGCOM och Telecom har invänt att det inte föreskrivs vare sig i EU-lagstiftningen eller i nationell lagstiftning att fast och mobil telefoni måste vara utbytbara för att mobiltelefoniooperatörerna ska behöva bidra till nettokostnaden. Enligt kommissionens meddelande av den 27 november 1996 var det helt enkelt medlemsstaternas sak att avgöra om de skulle inbegripa mobiltelefoniooperatörer bland de operatörer som skulle vara skyldiga att finansiera den samhällsomfattande tjänsten. Den italienska lagstiftaren valde att inbegripa dem, först genom presidentdekret nr 318/1997 och dekret av den 10 mars 1998, och därefter genom lagen om elektronisk kommunikation.
- 14 I flera länder i Europeiska unionen omfattade finansieringssystemet för den samhällsomfattande tjänsten operatörer av såväl fast som mobil telefoni, utan åtskillnad, under de år som avsågs med beslut 18/21/CIR. Vodafone-koncernens bolag i de andra EU-länderna har inte bestritt denna utvidgning av finansieringsskyldigheten till samtliga operatörer av fast och mobil telefoni.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 15 Den hänskjutande domstolen framhåller för det första att förvaltningsdomstolarnas praxis varierar i denna fråga. Några beslut i vilka AGCOM tillämpade systemet för fördelning av nettokostnaden har upphävts med motiveringen att det inte varit styrkt att det rådde utbytbarhet mellan fast och mobil telefoni, vilket ska betraktas som en förutsättning för att Vodafone ska kunna åläggas en skyldighet att bidra. Samtidigt har Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) genom dom nr 6881/2019 fastställt att kriteriet utbytbarhet mellan fast och mobil telefoni, som är en förutsättning för att mobiltelefonoperatörer ska behöva bidra, är ”missledande”, det vill säga oriktigt.
- 16 Den hänskjutande domstolen framhåller för det andra att det inte uttryckligen anges i nationell lagstiftning att en tillräcklig grad av utbytbarhet mellan fast och mobil telefoni måste styrkas för att mobiltelefonoperatörer ska kunna inbegripas bland de aktörer som är skyldiga att bidra till finansieringen av nettokostnaden, för det fall tillhandahållandet av den samhällsomfattande tjänsten är orättvist betungande. I nationell rättspraxis betraktas en sådan utbytbarhet emellertid som en nödvändig parameter när det gäller att fastställa att kostnaden för att tillhandahålla en samhällsomfattande tjänst är orättvist betungande.
- 17 Den hänskjutande domstolen framhåller för det tredje att konkurrens, som är den parameter som använts av AGCOM i beslut 18/21/CIR, till stor del framstår som analog med parametern utbytbarhet mellan fast och mobil telefoni som använts i tidigare tillsynsbeslut i frågan.
- 18 Den hänskjutande domstolen anser för det fjärde att det inte heller direkt framgår av EU-lagstiftningen vilket kriterium som ska tillämpas för att även mobiltelefonoperatörer ska kunna omfattas av skyldigheten att bidra till nettokostnaden och anser därför att det är nödvändigt att hänskjuta de ovan angivna tolkningsfrågorna till Europeiska unionens domstol.