DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 20 oktober 2005 *

I de förenade målen C-327/03 och C-328/03,

angående begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställts av Bundesverwaltungsgericht (Tyskland), genom beslut av den 30 april 2003 som inkom till domstolen den 28 juli 2003, i målen

Bundesrepublik Deutschland

mot

ISIS Multimedia Net GmbH und Co. KG, företrätt av **ISIS Multimedia Net Verwaltungs GmbH** (C-327/03),

Firma O2 (Germany) GmbH und Co. OHG (C-328/03),

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas samt domarna J. Malenovský, S. von Bahr (referent), A. Borg Barthet och U. Lõhmus,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 11 november 2004,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Bundesrepublik Deutschland, genom S. Prömper och K. Schierloh, båda i egenskap av ombud,

— ISIS Multimedia Net GmbH und Co. KG, företrätt av ISIS Multimedia Net Verwaltungs GmbH, genom R. Schütz, Rechtsanwalt,

— Firma O2 (Germany) GmbH und Co. OHG, genom M. Hoffmann, Rechtsanwalt,

— Förenade kungarikets regering, genom K. Manji, i egenskap av ombud, biträdd av S. Moore, barrister,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom C. Schmidt och M. Shotter, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 9 december 2004 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Besluten om hänskjutande avser tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet (EGT L 117, s. 15).

2 Besluten har framställts i två mål mellan Bundesrepublik Deutschland, å ena sidan, och ISIS Multimedia Net GmbH und Co. KG, företrätt av ISIS Multimedia Net Verwaltungs GmbH (nedan kallat ISIS Multimedia) och Firma O2 (Germany) GmbH und Co. OHG (nedan kallat Firma O2), å andra sidan, angående den avgift

som Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (post- och telestyrelsen, nedan kallad regleringsmyndigheten) tar ut i samband med ansökningar om tilldelning av telefonnummer.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 I artikel 11 i direktiv 97/13 föreskrivs följande:

"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.

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."

Den nationella lagstiftningen

4 Den nationella lagstiftning som är tillämplig omfattar 43 § tredje stycket i lagen av den 25 juli 1996 om telekommunikation (Telekommunikationsgesetz) (BGBl. 1996 I, s. 1120) (nedan kallad TKG) och förordningen av den 16 augusti 1999 om avgifter för tilldelning av nummer för telekommunikation (Telekommunikations-Nummerngebührenverordnung) (BGBl. 1999 I, s. 1887) (nedan kallad TNGebV).

5 I 43 § TKG föreskrivs att regleringsmyndigheten ansvarar för nummerplanen och prövar ansökningar om tilldelning av telefonnummer mot en avgift. Enligt lagen av den 23 juni 1970 om administrativa kostnader (Verwaltungskostengesetz) (BGBl. 1970 I, s. 821) fastställs underlaget för och storleken på avgiften i förordning.

6 Enligt 1 § TNGebV, jämförd med punkt B 1 i bilagan till denna bestämmelse, i dess ursprungliga lydelse, påförs vid tilldelning av en serie om 1 000 tio-siffriga telefonnummer i riktnummerområdet en avgift på 1 000 DEM (cirka 500 euro). Vid avslag på en nummeransökan är avgiften en fjärdedel av den avgift som påförs vid nummertilldelning, i förevarande fall 250 DEM (cirka 125 euro).

Målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

7 ISIS Multimedia och Firma O2, som är telekommunikationsföretag, ansökte hos regleringsmyndigheten om tilldelning av telefonnummer.

8 ISIS Multimedia tilldelades 37 av de 43 serier om 1 000 tio-siffriga telefonnummer som det hade ansökt om. Firma O2 tilldelades 2 303 av de 2 324 serier om 1 000 tio-siffriga telefonnummer som det hade ansökt om. I samband därmed påfördes de båda företagen avgifter på 38 500 DEM respektive cirka 2,3 miljoner DEM.

9 Storleken på dessa avgifter är mer än femton gånger högre än de administrativa kostnaderna för tilldelning av telefonnummer och mer än tre gånger högre än kostnaderna för ett avslag på en nummeransökan. Avgiften per tilldelat nummer motsvarar cirka 0,1 procent av den årliga omsättning som ett nummer förväntas generera.

10 Deutsche Telekom AG (nedan kallat Deutsche Telekom) som har efterträtt den tidigare monopolinnehavaren på den tyska marknaden för telekommunikation, förfogar över 400 miljoner telefonnummer som det har erhållit gratis. Lagstiftaren har enligt Bundesverwaltungsgericht haft för avsikt att ålägga bolaget att betala den i TNGebV fastställda avgiften för tilldelningen av detta bestånd, men det har inte varit möjligt. Eftersom Deutsche Telekom inte har inkommit med någon ansökan om tilldelning av telefonnummer, är 43 § TKG nämligen inte tillämplig.

11 ISIS Multimedia och Firma O2 överklagade regleringsmyndighetens beslut att ålägga dem att betala avgiften. Deras överklaganden ogillades i första instans, men bifölls i andra instans. Regleringsmyndigheten överklagade därför till Bundesverwaltungsgericht.

12 Bundesverwaltungsgericht har angett att TKG och TNGebV är förenliga med den tyska grundlagen. Vidare anses det vara tillåtet enligt artikel 11.2 i direktiv 97/13 att

avgiftsbelägga tilldelningen av telefonnummer, som är en knapp resurs. Frågan är emellertid huruvida det är förenligt med denna bestämmelse, bland annat med hänsyn till behovet av att främja konkurrensen, att ålägga nya telekommunikationsföretag en avgift som delvis återspeglar det ekonomiska värdet av de tilldelade numren, trots att det enligt nationell rätt inte föreskrivs någon möjlighet att påföra Deutsche Telekom motsvarande avgift för det nummerbestånd det åtnjuter. För det fall konkurrenssituationen skall beaktas håller Bundesverwaltungsgericht det för troligt att avgiften strider mot artikel 11.2.

13 Bundesverwaltungsgericht har mot bakgrund av dessa omständigheter beslutat att vilandeförklara målen och hänskjuta följande tolkningsfrågor, som är identiskt formulerade i målen C-327/03 och C-328/03, till domstolen för ett förhandsavgörande:

"1. Skall ... direktiv 97/13 ... 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 som på denna har en dominerande ställning kostnadsfritt övertagit ett stort antal telefonnummer från den förre rättsinnehavaren, det dåvarande statsmonopolet, och trots att det enligt nationell rätt inte är möjligt att i efterhand ta ut avgifter för dessa nummer?

För det fall den första frågan besvaras jakande:

2) Får vid ett sådant förhållande nya företag på marknaden, oberoende av deras övriga kostnader för marknadsinträdet och utan en därtill knuten analys av deras konkurrensmöjligheter 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 slutanvändare?"

14 Genom beslut av domstolens ordförande av den 16 september 2003 förenades målen C-327/03 och C-328/03 vad gäller det skriftliga förfarandet, det muntliga förfarandet och domen.

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

15 Den nationella domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 11.2 i direktiv 97/13 skall tolkas så, att den utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som den som avses i målen vid den nationella domstolen, enligt vilken en ny operatör på telekommunikationsmarknaden skall betala en avgift för tilldelning av telefonnummer med hänsyn till numrens ekonomiska värde, trots att ett telekommunikationsföretag med dominerande ställning på samma marknad kostnadsfritt har övertagit ett ansenligt nummerbestånd från det tidigare monopolet, vilket det efterträtt, och trots att det enligt nationell rätt inte är möjligt att i efterhand ta ut en avgift för detta bestånd.

Yttranden som har ingetts till domstolen

16 ISIS Multimedia, Firma O2 och Europeiska gemenskapernas kommission har hävdat att skyldigheten för nya operatörer att betala den avgift som föreskrivs i TNGebV för

tilldelning av de telefonnummer de behöver för att kunna erbjuda sina kunder taltelefonitjänster i riktnummerområdet, trots att Deutsche Telekom, för samma tjänst, kostnadsfritt åtnjuter en ansenlig mängd nummer, är diskriminerande och utgör ett hinder för konkurrensutvecklingen. Bestämmelser liknande dem på vilken avgiften är grundad strider således mot villkoren i artikel 11.2 andra meningen i direktiv 97/13.

17 Den tyska regeringen anser tvärtom att bestämmelserna inte är diskriminerande, eftersom Deutsche Telekom precis som sina konkurrenter måste betala en avgift för tilldelning av nya telefonnummer.

18 Den tyska regeringen har beträffande det nummerbestånd som Deutsche Telekom har övertagit från sin företrädare hävdat att det vid den tidpunkt då beståndet skapades inte föreskrevs någon avgift vare sig i nationell rätt eller i gemenskapsrätten. Det går således inte att i efterhand kräva att bolaget betalar en avgift för detta bestånd, vilket under alla omständigheter är omöjligt enligt nationell rätt.

19 Den tyska regeringen har avslutningsvis tillagt att det faktum att Deutsche Telekom inte har betalat denna avgift för sitt telefonnummerbestånd motiveras av de stora kostnader företaget har för att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster och med anledning av att det har övertagit ett stort antal tjänstemän och därmed skyldigheten att utge pensioner till dessa.

20 Förenade kungarikets regering har å sin sida hävdat att skyldigheten att betala en avgift med hänsyn till det ekonomiska värdet av de tilldelade telefonnumren gör det möjligt att förvalta den knappa resurs som dessa utgör, i enlighet med bestämmelserna i artikel 11.2 i direktiv 97/13.

Domstolens svar

21 Enligt artikel 11.2 i direktiv 97/13 måste avgiften uppfylla tre villkor. Den skall avspegla behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av en knapp resurs. Vidare får den inte vara diskriminerande. Slutligen skall särskild hänsyn tas till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens.

22 Beträffande det första villkoret om optimalt utnyttjande av en knapp resurs har den tyska regeringen och Förenade kungarikets regering hävdat att antalet användbara telefonnummer är begränsat och att det första villkoret således är uppfyllt.

23 Domstolen konstaterar att det i artikel 11.2 i direktiv 97/13 visserligen föreskrivs en möjlighet att påföra en avgift för att säkerställa ett optimalt utnyttjande av en "knapp resurs", men begreppet definieras inte i nämnda artikel.

24 Det är således nödvändigt att hänvisa till bestämmelser som föregår denna artikel, i synnerhet artikel 10.1 i samma direktiv. Enligt den bestämmelsen får medlems-

staterna begränsa antalet individuella tillstånd för en viss typ av teletjänster endast så länge som det behövs för att göra ett tillräckligt antal nummer tillgängliga. Gemenskapslagstiftaren har därigenom medgett att antalet telefonnummer kan vara begränsat och därmed utgöra en knapp resurs.

25 Artikel 11.2 i direktiv 97/13 skall således tolkas på så sätt, att medlemsstaterna får införa en avgift för telekommunikationsföretag i syfte att säkerställa ett optimalt utnyttjande vid tilldelning av telefonnummer.

26 Av detta följer att det första villkoret i bestämmelsen är uppfyllt om skyldigheten att erlägga en avgift, såsom den som föreskrivs i den i målen vid den nationella domstolen aktuella lagstiftningen, avser tilldelningen av telefonnummer.

27 Bestämmelserna i artikel 11.2 i direktiv 97/13 är däremot inte tillämpliga vid avslag på en ansökan om tilldelning av telefonnummer. Ett avslag innebär nämligen per definition att numren inte används och därmed även att antalet tillgängliga nummer förblir oförminskat. I det fallet skall den allmänna bestämmelsen i artikel 11.1 tillämpas, enligt vilken avgifter som tas ut av företag som en del av auktorisationsförfarandena endast är avsedda att täcka administrativa kostnader för handläggningen av ansökningar om telefonnummertilldelning. Skyldigheten att erlägga en avgift som är tre gånger högre än de administrativa kostnaderna strider således mot denna bestämmelse.

28 Det återstår att pröva huruvida skyldigheten att betala en avgift för tilldelning av telefonnummer liknande den som föreskrivs i den i målen vid den nationella

domstolen aktuella lagstiftningen uppfyller de två övriga villkoren i artikel 11.2 i direktiv 97/13.

29 Domstolen erinrar om att villkoret beträffande icke-diskriminering innebär att lika situationer inte får behandlas olika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se, bland annat, dom av den 23 november 1999 i mål C-149/96, Portugal mot rådet, REG 1999, s. I-8395, punkt 91).

30 ISIS Multimedia och Firma O2 är, i likhet med Deutsche Telekom, telekommunikationsföretag verksamma inom riktnummerområdet. För att kunna erbjuda sina tjänster måste de förfoga över telefonnummer som de kan tilldela sina kunder. I fråga om tjänsteutbud befinner sig företagen således i en jämförbar situation. Det är utrett att ISIS Multimedia, Firma O2 liksom alla andra nya operatörer måste betala den avgift som avses i 1 § TNGebV, jämförd med punkt B 1 i bilagan till denna bestämmelse, för att erhålla telefonnummer och få tillträde till marknaden för taltelefonitjänster i riktnummerområdet, medan Deutsche Telekom förfogar över ett ansenligt nummerbestånd, vilket möjliggör för bolaget att verka på marknaden och för vilket det inte har betalat någon avgift.

31 Deutsche Telekom och dess konkurrenter behandlas således olika i fråga om tillträde till marknaden.

32 Det förhållandet att Deutsche Telekom måste betala en avgift för att erhålla nya nummer påverkar inte denna bedömning, som rör operatörernas tillträde till marknaden.

33 Bedömningen påverkas inte heller av att Deutsche Telekom förvärvade nummerbeståndet från sin företrädare på ett, enligt tysk rätt och den gemenskapsrätt som var tillämplig vid tidpunkten för överlåtelsen, lagligt sätt.

34 Frågan är emellertid om särbehandlingen av nya operatörer i förhållande till Deutsche Telekom, som efterträtt det tidigare monopolet, är motiverad eller utgör en diskriminering i strid med artikel 11.2 i direktivet.

35 Den tyska regeringen menar att det förhållandet att Deutsche Telekom inte har betalat någon avgift för sitt telefonnummerbestånd är motiverat med hänsyn till att företaget är skyldigt att tillhandhålla samhällsomfattande tjänster och utbetala pensioner till de tjänstemän som det har övertagit.

36 Domstolen påpekar att den tyska regeringen inte har ingett några sifferuppgifter till stöd för sitt påstående att den kostnadsfria tilldelningen av nämnda bestånd utgjorde kompensation för de kostnader som uppkommer i samband med Deutsche Telekoms skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster eller på grund av utbetalning av pensioner till tjänstemän som företaget har övertagit. Såsom domstolen tidigare har slagit fast skall artikel 11.2 i direktiv 97/13, genom vilken det införs ett undantag från den allmänna bestämmelsen i artikel 11.1, tolkas restriktivt (se dom av den 18 september 2003 i de förenade målen C-292/01 och C-293/01, Albacom och Infostrada, REG 2003, s. I-9449, punkterna 33 och 34). Skäl grundade på artikel 11.2 kan således inte med framgång åberopas om de är helt allmänt formulerade.

37 Med förbehåll för en förklaring som kan motivera särbehandlingen av operatörer, finner domstolen att skyldigheten att betala en avgift för tilldelning av tele-

fonnummer liknande den som nya operatörer skall betala enligt den i målen vid den nationella domstolen aktuella lagstiftningen, när betalningen utgör en nödvändig förutsättning för att de sistnämnda skall få tillträde till marknaden för taltelefonitjänster i riktnummerområdet, trots att det företag som har efterträtt det tidigare monopolet kan verka på denna marknad genom att kostnadsfritt förfoga över ett ansenligt nummerbestånd, utgör en diskriminering av nya operatörer i strid med artikel 11.2 i direktiv 97/13.

38 Även om den tyska regeringen lyckas visa att det telefonnummerbestånd som Deutsche Telekom förfogar över inte är diskriminerande, återstår det att pröva om det, enligt det tredje villkoret i artikel 11.2, vid betalningen av denna avgift för tilldelning av nummer tas hänsyn till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens.

39 Domstolen erinrar om att ett väl fungerande konkurrenssystem endast kan säkerställas om de olika ekonomiska aktörerna kan tillförsäkras lika möjligheter (se dom av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria, REG 2003, s. I-5197, punkt 83).

40 Domstolen har redan prövat den konkurrensrättsliga fråga som uppkom med anledning av en lagstiftning enligt vilken ett statligt bolag med dominerande ställning kostnadsfritt gavs vissa driftsfördelar, nämligen kompletterande frekvenser inom ett visst frekvensområde för digital mobiltelefoni, medan en ny operatör var skyldig att betala en avgift för att beviljas licens inom samma område. Domstolen ansåg i det fallet att en sådan lagstiftning kunde strida mot bestämmelserna i artikel 82 EG genom att utvidga eller förstärka företagets dominerande ställning. Domstolen slog emellertid fast att konkurrensreglerna inte utgjorde hinder för en sådan lagstiftning om den avgift som tidigare tagits ut av det statliga bolaget med dominerande ställning för dess licens på mobiltelefoniområdet, inbegripet den senare tilldelningen utan ytterligare avgifter av kompletterande frekvenser, framstår

som ekonomiskt likvärdig med den avgift som tagits ut av konkurrenten (se domen i det ovannämnda målet Connect Austria, punkterna 85–90).

41 En liknande jämförelse skall således göras mellan de avgifter som tagits ut av bolaget med dominerande ställning och de avgifter som tagits ut av dess konkurrenter vid tilldelning av telefonnummer.

42 Domstolen konstaterar att företaget med dominerande ställning, det vill säga Deutsche Telekom, inte har betalat någon avgift för tilldelningen av en ansenlig mängd telefonnummer och att bolaget endast behöver betala avgift för tilldelningen av nya nummer, medan dess konkurrenter, det vill säga de nya operatörerna, är skyldiga att betala en avgift från och med att de tilldelas sitt första nummer.

43 Det är utrett att avgiften, som beräknas utifrån det ekonomiska värdet av de tilldelade numren, utgör en betydande kostnad för telekommunikationsföretagen. För nya operatörer belastar avgiften budgeten från och med den dag de påbörjar sin verksamhet i riktnummerområdet.

44 Av det anförda följer att nya operatörer befinner sig i en svagare ställning än det företag som är dominerande på marknaden vid tilldelningen av telefonnummer och att konkurrensen på marknaden för taltelefonitjänster i riktnummerområdet därmed snedvrids.

45 I stället för att i hög grad bidra till att nya operatörer får tillgång till marknaden, såsom anges i skäl 5 i direktiv 97/13 (se domen i de ovannämnda förenade målen Albacom och Infostrada, punkt 35), genom att dämpa konkurrensskillnaderna mellan företag med dominerande ställning och nya operatörer på marknaden för telekommunikation, bidrar en lagstiftning som den i målen vid den nationella domstolen till att bibehålla dessa skillnader. Den hindrar de sistnämnda att ta sig in på den relevanta marknaden och bromsar följaktligen utvecklingen av konkurrens och innovativa tjänster i strid med det tredje villkoret i artikel 11.2 i direktiv 97/13.

46 Den första frågan skall således besvaras enligt följande. Artikel 11.2 i direktiv 97/13 skall tolkas så, att den utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som den som avses i målen vid den nationella domstolen, enligt vilken en ny operatör på telekommunikationsmarknaden skall betala en avgift för tilldelning av telefonnummer med hänsyn till numrens ekonomiska värde, trots att ett telekommunikationsföretag med dominerande ställning på samma marknad kostnadsfritt har övertagit ett ansenligt nummerbestånd från det tidigare monopolet, vilket det efterträtt, och trots att det enligt nationell rätt inte är möjligt att i efterhand ta ut en avgift för detta bestånd.

Den andra frågan

47 Med beaktande av svaret på den första frågan saknas anledning att besvara den andra frågan.

Rättegångskostnader

48 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målen vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella

domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Av dessa skäl meddelar domstolen (tredje avdelningen) följande dom:

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 teletjänstområdet skall tolkas så, att den utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som den som avses i målen vid den nationella domstolen, enligt vilken en ny operatör på telekommunikationsmarknaden skall betala en avgift för tilldelning av telefonnummer med hänsyn till numrens ekonomiska värde, trots att ett telekommunikationsföretag med dominerande ställning på samma marknad kostnadsfritt har övertagit ett ansenligt nummerbestånd från det tidigare monopolet, vilket det efterträtt, och trots att det enligt nationell rätt inte är möjligt att i efterhand ta ut en avgift för detta bestånd.

Underskrifter