FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 27. oktober 2005 [1]

1. Baggrunden for de præjudicielle spørgsmål, som Consiglio di Stato (Italien) har forelagt Domstolen, er den gradvise liberalisering af telekommunikationssektoren i Fællesskabet, som nedbryder de nationale grænser og fjerner hindringerne for etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser.

I — Fællesskabsbestemmelserne

A — *Liberaliseringen af telekommunikationssektoren i Det Europæiske Fællesskab*

3. I de sidste to årtier af det 20. århundrede kom elektronisk kommunikation til at fungere som lokomotiv for økonomien, og fællesskabsinstitutionerne besluttede at fremme denne udvikling gennem en liberalisering af sektoren [3].

2. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester [2] også finder anvendelse på operatører, der driver et telenet til privat brug, og om sådanne operatører således har fordel af de begrænsninger, som direktivet indebærer for medlemsstaternes ret til at opkræve afgifter for de pågældende tilladelser.

4. Med henblik herpå iværksatte institutionerne en indsats på to fronter, hvor man på den ene arbejdede for at gøre markederne mere fleksible og på den anden for at harmonisere de nationale lovgivninger.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — EFT L 117, s. 15.

3 — I grønbogen om etablering af et fælles marked for teletjenester og -udstyr (Bruxelles, den 16.12.1987, KOM(87) 290 endelig) satte Kommissionen sin lid til et fremtidigt indre marked, idet den opfordrede alle aktører til at deltage i en debat om emnet og krævede en gradvis åbning af sektoren for konkurrence, som samtidig skulle sikre borgernes ret til adgang til de moderne kommunikationsmidler (s. 6 og 16 ff.).

5. Hvad angår det førstnævnte mål blev arbejdet indledt med Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester [4], som senere er ændret flere gange [5]. Bestemmelserne i disse direktiver er ophævet og erstattet ved Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16. september 2002 [6].

6. På den anden front var det for at afskaffe hindringerne nødvendigt at harmonisere betingelserne for adgang til og anvendelse af nettene, og med henblik herpå vedtog man direktiv 90/387/EØF af 28. juni 1990 [7]. Dette direktiv blev ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/51/EF af 6. oktober 1997 [8] for at tilpasse det til konkurrenceforholdene på området. I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 [9], som erstatter ovennævnte direktiver, tages der yderligere skridt i retning af en lovgivningsmæssig og teknisk harmonisering.

B — *Direktiv 97/13*

1. Bestemmelser vedrørende tilladelser

7. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sagen ISIS Multimedia Net og Firma 02

4 — EFT L 192, s. 10.

5 — Det blev første gang ændret ved Kommissionens direktiv 94/46/EF af 13.10.1994 (EFT L 268, s. 15) for så vidt angår satellitkommunikation. Ved Kommissionens direktiv 95/51/EF af 18.10.1995 (EFT L 256, s. 49) blev begrænsningerne i brugen af kabel-tv-net til levering af allerede liberaliserede teletjenester afskaffet. Samme år blev betingelserne for åbningen af markedet for fastnetstaletelefoni fastsat ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/62/EF af 13.12.1995 (EFT L 321, s. 6). Direktiv 90/388 blev ændret igen ved Kommissionens direktiv 96/2/EF af 16.1.1996 (EFT L 20, s. 59), således at det også kom til at omfatte mobil- og personkommunikation. Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13.3.1996 (EFT L 74, s. 13) ændrede direktivet fra 1990 med henblik på at indføre fri konkurrence i sektoren. Den sidste ændring kom med Kommissionens direktiv 1999/64/EF af 23.6.1999 (EFT L 175, s. 3938), som skal sikre, at tele- og kabel-tv-net, der ejes af en enkelt operatør, adskilles i retlig henseende.

6 — Direktiv om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT L 249, s. 21).

7 — Rådets direktiv om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net ONP (Open Network Provision — tilrådighedsstillelse af åbne net) (EFT L 192, s. 1).

8 — EFT L 295, s. 23. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/33/EF af 30.6.1997 om samtrafik på teleområdet med henblik på at sikre forsyningspligtydelser og interoperabilitet ved anvendelse af ONP-principperne (EFT L 199, s. 32) går i samme retning. Inden for samme kategori af direktiver finder vi også Rådets direktiv 92/44/EØF af 5.6.1992 (EFT L 165, s. 27) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/10/EF af 26.2.1998 (EFT L 101, s. 24), som etablerer tilsvarende vilkår for henholdsvis faste kredsløb og taletelefoni.

9 — Direktiv om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT L 108, s. 33). Til de nuværende regler hører også to direktiver vedtaget af Europa-Parlamentet og Rådet, nemlig direktiv 2002/19/EF af 7.3.2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet) (EFT L 108, s. 7) og direktiv 2002/22/EF af samme dato om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet) (EFT L 108, s. 51).

(punkt 5) [10], indebar den ønskede liberalisering ikke, at de nationale myndigheder blev frataget de kontrolmuligheder, som de relevante tilladelsesprocedurer gav dem. Kommissionen anførte selv, at disse procedurer, gennem indførelse af fælles regler for licensudstedelse, er nødvendige for at sikre lige konkurrencevilkår [11].

8. I mit forslag til afgørelse af 12. december 2002 i sagen Albacom og Infostrada [12] anførte jeg, at direktiv 97/13 tilgodeser behovet for sådanne fælles principper, da det fastsætter ét enkelt regelsæt, som bygger på principperne om proportionalitet, gennemsigtighed og forbud mod forskelsbehandling, og som tager sigte på at skabe rammer, der er forenelige med etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser (første, anden, fjerde og ellevte betragtning og artikel 3, stk. 2).

9. Med udgangspunkt heri går det frie udbud af teletjenester og liberaliseringen af driften af telenet forud for direktivet. Fællesskabslovgiver har villet, at disse tjenester skal kunne etableres og anvendes uden hindringer, eller eventuelt i henhold til »generelle tilladelser« [13], og at de »individuelle tilladelser« [14] kun skal udstedes i særlige tilfælde eller med henblik på at supplere de generelle tilladelser (syvende og trettende betragtning samt artikel 3, stk. 3, og artikel 7). Der er i begge tilfælde tale om »tilladelser« [15].

10. I overensstemmelse med dette liberaliseringsprincip begrænser direktivet ikke det antal af individuelle tilladelser, som medlemsstaterne kan udstede, medmindre dette er væsentligt for at sikre en effektiv anvendelse af radiofrekvenser eller for at kunne stille et tilstrækkeligt antal numre til rådighed. Enhver virksomhed, der opfylder de vilkår, som medlemsstaterne har fastlagt og

10 — Forslag til afgørelse af 9.12.2004 (dom af 20.10.2005, forenede sager C-327/03 og C-328/03, Sml. I, s. 8877).

11 — »Grønbog om liberalisering af teleinfrastruktur og kabel-tv-net«, 2. del, Bruxelles, den 25.1.1995, KOM(94) 682 endelig. s. 61 ff. Jf. også Kommissionens meddelelse »Fastlæggelse af nye rammebestemmelser for elektronisk kommunikationsinfrastruktur og tilhørende tjenester — Revurdering af kommunikationslovgivningen i 1999«, Bruxelles, den 10.11.1999, KOM(1999) 539 endelig. s. 25.

12 — Dom af 18.9.2003, forenede sager C-292/01 og C-293/01, Sml. I, s. 9449. Punkt 2-7 i forslaget til afgørelse svarer næsten ordret til punkt 8-13 i forslaget her og genfindes også i mit forslag til afgørelse i sagen ISIS Multimedia Net og Firma 02.

13 — Ifølge direktivets artikel 2, stk. 1, litra a), første led, forstås ved en generel tilladelse »en tilladelse, uanset om den er underlagt en gruppetilladelse eller en generel lovgivning, og uanset om en sådan ordning indebærer registrering, som ikke er betinget af, at den pågældende virksomhed skal have opnået en udtrykkelig afgørelse truffet af den nationale tilsynsmyndighed inden udøvelsen af de rettigheder, tilladelsen giver«.

14 — Ved en individuel tilladelse forstås »en tilladelse, som udstedes af en national tilsynsmyndighed, og som meddeler en virksomhed bestemte rettigheder eller underkaster dens aktiviteter bestemte vilkår, der eventuelt supplerer den generelle tilladelse, således at virksomheden først må udøve disse rettigheder, når den har modtaget den nationale tilsynsmyndigheds afgørelse herom« [direktivets artikel 2, stk. 1, litra a), andet led].

15 — I direktivet defineres dette begreb som »en tilladelse med rettigheder og forpligtelser, der er specifikke for telesektoren, og som giver virksomhederne mulighed for at udbyde teletjenester og, når det er relevant, etablere og/eller drive telenet til udbud af sådanne tjenester [...]« [artikel 2, stk. 1, litra a), første afsnit].

offentliggjort, er således berettiget til at få en sådan individuel tilladelse (artikel 10, stk. 1, og artikel 9, stk. 3).

2. Afgiftsbestemmelser

11. Direktivets artikel 6 og 11 følger samme linje og har til formål at fremme konkurrencen på telekommunikationsmarkedet samt at tilsikre, at virksomhederne ikke pålægges flere begrænsninger eller byrder end absolut nødvendigt [16], idet proportionalitetsprincippet således iagttages. Overskriften til artikel 6 og 11 er henholdsvis »Gebyrer og afgifter for generelle tilladelsesprocedurer« og »Gebyrer og afgifter for individuelle tilladelser«.

12. »*Artikel 6*

[...]

Uden at det finansielle bidrag til opfyldelsen af forsyningspligten, jf. bilaget, herved berøres, sikrer medlemsstaterne, at eventuelle gebyrer, som virksomhederne afkræves som led i tilladelsesprocedurerne, kun har til formål at dække administrationsomkostningerne i forbindelse med forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af den gældende ordning for generelle tilladelser. Der offentliggøres på hensigtsmæssig vis tilstrækkeligt detaljerede og let tilgængelige oplysninger om sådanne gebyrer.«

13. »*Artikel 11*

[...]

1. Medlemsstaterne sikrer, at eventuelle gebyrer, som virksomhederne afkræves som led i tilladelsesprocedurerne, kun har til formål at dække administrationsomkostningerne i forbindelse med udstedelsen, forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af den gældende ordning for individuelle tilladelser. Gebyret for en individuel tilladelse skal stå i rimeligt forhold til det ydede arbejde, og der skal på hensigtsmæssig vis offentliggøres tilstrækkeligt detaljerede og let tilgængelige oplysninger herom.

2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne, hvis der kun er knappe ressourcer, tillade, at den nationale tilsynsmyndighed pålægger yderligere afgifter for at sikre, at sådanne ressour-

16 — De vilkår, som kan knyttes til tilladelserne, er opregnet i bilaget til direktivet.

cer udnyttes optimalt. Disse afgifter skal være ikke-diskriminerende og navnlig tage hensyn til behovet for at støtte udviklingen af nyskabende tjenester og konkurrence.«

II — Den italienske lovgivning

A — *Situationen før liberaliseringen af markederne*

14. I Codice postale e delle telecomunicazioni (lov om post og telekommunikation) af 1973 [17] var det fastsat, at teletjenester var forbeholdt staten, idet loven dog åbnede mulighed for, at disse kunne administreres indirekte på grundlag af en koncession (artikel 1, 4 og 183).

15. Loven omfattede både offentlige telenet og private telenet — udelukkende til brug for indehaveren af tilladelsen — som ligeledes var på koncession (artikel 183 og 213), og i artikel 214 henvistes der til net til støtte for selskaber med tilladelse til at levere almennyttige tjenesteydelser.

17 — Godkendt af republikkens præsident ved dekret nr. 156 af 29.3.1973, GURI nr. 13 af 3.5.1973, almindeligt tillæg, s. 2.

B — *Lovgivningen efter liberaliseringen af sektoren*

16. Lanceringen af den ovenfor beskrevne proces i Det Europæiske Fællesskab gav anledning til vedtagelsen af lovdekret nr. 545 af 23. oktober 1996 [18], som tilpasser den italienske lovgivning til fællesskabsretten og navnlig til direktiv 96/19. Dette lovdekret blev, med visse ændringer, til lov nr. 650 af 23. december 1996 [19].

17. Ved de nye bestemmelser blev eksklusive og særlige rettigheder afskaffet, og alle virksomheder fik ret til at udbyde tjenester og etablere telenet, dog under forudsætning af, at de opnåede en administrativ tilladelse. Denne ordning blev bekræftet i artikel 4, stk. 1 og 2, i lov nr. 249 af 31. juli 1997 [20] vedrørende udpegelse af Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radio televisivo (den kompetente myndighed for så vidt angår telekommunikations-, radio- og fjernsynssystemer).

18. Ved dekret fra republikkens præsident nr. 318 af 19. september 1997 [21] gennemførtes den varslede tilpasning af italiensk ret

18 — GURI nr. 249 af 23.10.1996, s. 33.
19 — GURI nr. 300 af 23.12.1996, s.16.
20 — GURI nr. 177 af 31.7.1997, almindeligt tillæg, s. 5.
21 — GURI nr. 221 af 22.9.1997, almindeligt tillæg, s. 5.

til de krav, der stilles i fællesskabsretten. Dekretet trådte i kraft den 1. januar 1999.

1. Tilladelserne og deres afgiftsmæssige virkninger

19. Procedurerne for at opnå generelle og individuelle tilladelser er fastsat i artikel 6 i nævnte dekret af 1997, hvis stk. 5, stk. 20 og stk. 21 indeholder bestemmelser om statens opkrævning af gebyrer og afgifter:

»5. Det bidrag, som virksomhederne skal betale for proceduren vedrørende den generelle tilladelse, dækker udelukkende de administrative omkostninger, der er forbundet med sagsbehandlingen, kontrollen med driften af tjenesten og med overholdelsen af de betingelser, der er fastsat med hensyn til tilladelsen [...].

[...]

20. Uden at de finansielle bidrag til opfyldelse af forsyningspligten i henhold til artikel 3 herved berøres, har det bidrag, der afkræves virksomheder i forbindelse med proceduren vedrørende individuelle tilladelser, udelukkende til formål at dække de administrative omkostninger i forbindelse med sagsbehandlingen, kontrollen med driften af tjenesten og med overholdelsen af de betingelser, der er fastsat med hensyn til tilladelsen [...].

[...]

21. I tilfælde af udnyttelse af knappe ressourcer, kan myndigheden opkræve bidrag, der også har til formål at sikre en optimal udnyttelse af de nævnte ressourcer, idet der tages hensyn til de respektive kommercielle aspekter. Disse bidrag må ikke være diskriminerende og skal navnlig tage hensyn til behovet for at fremme udviklingen af nyskabende tjenester og for at fremme konkurrencen [...].«

20. I alle tre tilfælde fastsættes bidragets størrelse af den myndighed, der er omhandlet i lov nr. 249 af 1997, gennem en særlig beslutning, som offentliggøres i henhold til

gældende lovgivning og i henhold til artikel 19, stk. 3, litra b), i dekret nr. 318 af 1997 [22].

2. Anvendelsen på koncessioner til privat brug

21. Ved artikel 21 i dekret nr. 318 blev den nye ordning udvidet til også at omfatte net til privat brug. Ved artikel 20, stk. 4, i lov nr. 448 af 1998 blev artikel 21 imidlertid ophævet, og det blev bestemt, at der skulle udstedes en bekendtgørelse til regulering af net til privat brug og vedtages bestemmelser om fastsættelse af de relevante gebyrer på grundlag af de kriterier, der var fastsat i artikel 6, stk. 20 og 21, i dekret nr. 318 af 1997, idet gebyret dog ikke kunne fastsættes lavere end for 1998, forhøjet med en procentsats svarende til den forventede inflation (stk. 5 og 6). Indtil de pågældende retsakter var udstedt, skulle bestemmelserne i postloven anvendes (stk. 7).

22 — I dekret af 5.2.1998 (GURI nr. 63 af 17.3.1998, s. 27), udstedt af ministeren for statskassen, statsbudgettet og økonomisk planlægning i overensstemmelse med artikel 6 i dekret fra republikkens præsident nr. 318 af 1997, fastsættes det, at indehaveren af en individuel tilladelse skal betale følgende til statskassen: a) et bidrag til dækning af udgifterne til sagsbehandlingen og udstedelsen af tilladelsen, som skal betales på det tidspunkt, hvor ansøgningen indgives (artikel 3), b) et årligt gebyr for kontrolforanstaltninger og undersøgelser (artikel 4), c) et andet årligt gebyr for udnyttelsen af knappe ressourcer (artikel 5) samt d) en skat, ligeledes årlig, for tildeling af de nødvendige numre for at operere på markedet (artikel 6). Lov nr. 448 af 23.12.1998 om finansielle bestemmelser med henblik på stabilisering og udvikling (finansloven 1999) (GURI nr. 302 af 29.12.1998, almindeligt tillæg, s. 5.) fastsætter i artikel 20, stk. 3, at artikel 188 i lov om post og telekommunikationsloven fra den 1.1.1999 ikke finder anvendelse på virksomheder, der udbyder offentlige tjenesteydelser på det pågældende marked. Imidlertid åbnes der i stk. 2 mulighed for at indføre »et bidrag for virksomhed i forbindelse med etablering og drift af offentlige telenet, for udbydelse til offentligheden af taletelefoni-, mobiltelefoni- og personkommunikationstjenester«, hvis størrelse beregnes på grundlag af en procentdel (3% i 1999, 2,7% i 2000, 2,5% i 2001, 2% i 2002, og 1,5% i 2003) af den omsætning, der er faktureret i det foregående år.

22. Ved artikel 4, stk. 6, i lov nr. 249 af 1997 blev selskaber med tilladelse til at levere almennyttige tjenesteydelser, og som til eget behov har oprettet net til privat brug, pålagt at stifte selvstændige selskaber til drift af enhver form for virksomhed i telesektoren og betale de obligatoriske gebyrer i henhold til artikel 20 i lov nr. 448 af 1998.

III — De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

23. Selskabet Ente Nazionale Idrocarburi (herefter »ENI«), der har tilladelse til at præstere almennyttige tjenesteydelser i form af produktion og distribution af energi produceret på grundlag af kulbrinte og naturgas, var i lang tid, i henhold til postlovens artikel 213 og 214, tildelt koncession på nogle radiofrekvenser til privat brug med henblik på sikkerhedsopgaver og forvaltning af egne og personalets anlæg. Selskabet oprettede og udviklede i denne forbindelse et komplekst net af mobile midler, relæstationer og faste stationer.

24. Koncessionsgebyret var på 26 mia. ITL årligt.

25. I overensstemmelse med artikel 4, stk. 6, i lov nr. 249 af 1997 stiftede ENI i december 1997 gennem et datterselskab Nuova Società di Telecomunicazioni SpA (herefter »NST«), der skulle forestå driften af det telekommunikationsnet, som ENI benyttede i forbindelse med sin virksomhed.

26. Den 12. juni 1998 udstedte ministeren for kommunikation i henhold til dekret fra republikkens præsident nr. 318 af 1997 en individuel tilladelse til NST til levering af tjenester, der er åbne for offentligheden på det nationale område. Tilladelsen omfattede de faste netforbindelser, som ENI allerede havde koncession på, men ikke de mobile forbindelser. For de mobile forbindelser betalte selskabet gebyret for koncession til privat brug (2 107 190 398 ITL), mens det for de faste forbindelser betalte afgiften for den individuelle tilladelse, beregnet efter reglerne i dekretet af 5. februar 1998 (1 328 838 000 ITL).

27. Selskabet Albacom, hvori ENI ejer 35% af kapitalen, købte NST den 30. juni 1998.

28. Den 26. februar 1999 anmodede ministeren for kommunikation NST og ENI om, ud over afgiften for den individuelle tilladelse, at betale gebyret for 1999 for koncession til privat brug, også for de faste forbindelser, hvilket vil sige de netfrekvenser, der var bestemt til forbrugerne i almindelighed. Efter de italienske myndigheders opfattelse støtter NST's virksomhed ENI's aktiviteter, således at disse forbindelser, som udgør kollektive goder, anvendes til begrænsede og særlige formål, og en offentlig tjeneste foreligger parallelt med en tjeneste til privat brug [23].

29. NST anfægtede opkrævningen ved Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, men fik ikke medhold i rettens dom af 26. august 2002.

30. Selskabet indbragte dommen for Consiglio di Stato, som har udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Er det foreneligt med de grundlæggende principper i direktiv 97/13, såfremt nationale

23 — Consiglio di Stato anfører i forelæggelseskendelsen, at »[h]vad angår de faktiske forhold er det blevet bragt på det rene — efter en bevisførelse anordnet af to retsinstanser, vedrørende kendetegnene ved og struktureringen af de net, som allerede forvaltes af appellanten og licensindehaveren NST (og følgelig af denne overført til rettighedshaveren, Albacom) — at det pågældende net, efter den oprindelige udformning, som følge af den teknologiske og kommercielle udvikling undergik en ændring i form af tilføjelser, udeladelser og variationer i radioforbindelserne, idet nettet i øvrigt var forbundet med og integreret i Albacoms net, som ud over radioforbindelser også bestod af kabler og fiberoptik. Stadig hvad angår de faktiske forhold bemærkes, at ENI erklærede, at tredjemands brug af nettet ikke skadede de allerede udnyttede aktiviteter, og at samtlige anlæg, som allerede var installeret med henblik på institutionens formål, herunder navnlig udførelsen af funktionerne i relation til menneskers sikkerhed, funktionelt og strukturelt er forenelige med de nye krævede brugsformer«.

bestemmelser, som — med krav til de selskaber, der har tilladelse til at præstere almennyttige tjenesteydelser, og som tidligere ud fra enebehov samt under strenge og byrdefulde koncessionsregler har indrettet telekommunikationsnet, om at stifte et særskilt selskab til varetagelse af enhver form for aktivitet i telekommunikationssektoren — fastsætter, at det særskilte selskab, skønt det er indehaver af en tilladelse til at drive den offentlige tjeneste, eventuelt også midlertidigt skal erlægge et supplerende bidrag for moderselskabets brug af telekommunikationsnettet?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

32. Sagsøgeren i hovedsagen, den italienske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg i sagen, og under retsmødet den 28. september 2005 afgav deres repræsentanter og befuldmægtigede mundtlige indlæg.

V — Stillingtagen til de præjudicielle spørgsmål

31. Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, ønsker retten endvidere følgende spørgsmål besvaret:

A — *Afgrænsning af problemstillingen*

33. For at sætte Consiglio di Stato i stand til at træffe afgørelse i sagen skal diskussionen afgrænses ved at se bort fra de faktiske og retlige oplysninger, som står i vejen for forståelsen af kernen i problemet.

»Er det i overensstemmelse med fællesskabsretten, som fortolket af Domstolen i dom af 18. september 2003 [C-292/01 og C-293/01 Albacom Spa og Inforstrada Spa, Sml. I, s. 9449], at der består en national forskrift, som [midlertidigt] fastsætter det andet og supplerende bidrag, der skyldes for virksomhed udøvet til fordel for moderselskabet, til samme beløb som det, der tidligere blev erlagt af moderselskabet under den tidligere eneretsordning, som var kendetegnet ved sondringen mellem koncessioner på telekommunikationssystemer til offentlig brug og koncessioner vedrørende systemer til privat brug?«

34. Den forelæggende ret redegør i forelæggelseskendelsen for det hændelsesforløb, på baggrund af hvilket den skal træffe sin afgørelse, uden at rejse spørgsmål i den anledning. Den forelæggende ret beskriver, hvordan ENI — et selskab, som havde monopol på produktion og distribution af kulbrinte, og som drev sit eget net til privat brug — i forbindelse med overgangen fra et lukket marked for telekommunikation til et

marked med fri konkurrence stiftede et datterselskab (NST) for fortsat at kunne udnytte nettet i overensstemmelse med den italienske lovgivning. Dette datterselskab, som samtidig også stillede tjenester til rådighed for offentligheden, blev kort efter erhvervet af et tredje selskab (Albacom), der leverer de telematiktjenester til ENI, som tidligere var omfattet af koncessionen til privat brug.

35. Denne fremstilling, der er et kort sammendrag af sagens faktiske omstændigheder, forklarer, hvorfor Consiglio di Stato med det første spørgsmål blot udtrykker tvivl om, hvorvidt det er foreneligt med direktiv 97/13, at det særskilte selskab, som også har tilladelse til at udbyde offentlige telekommunikationstjenester, i henhold til en national bestemmelse midlertidigt skal betale en tillægsafgift for at stille nettet til rådighed for moderselskabet, uden at beskrive forholdets karakter eller redegøre for forbindelserne mellem selskaberne. Den italienske regerings og NST's bemærkninger herom i deres indlæg er derfor irrelevante.

36. Efter Kommissionens opfattelse er spørgsmålet, om det nævnte direktiv også finder anvendelse på individuelle tilladelser til privat brug af nettene. En sådan indfaldsvinkel til tvisten, hvor der ses bort fra de særlige omstændigheder i hovedsagen, kan bedre forliges med formålet med den præjudicielle procedure. Man kunne endda gå endnu længere, for hvis tilladelsen (som ENI tidligere havde til privat brug af nettet, og som har gjort det muligt for først NST og senere Albacom at stille nettet til rådighed for ENI til denne brug) skal kvalificeres som en individuel tilladelse, kræver det først en analyse af den italienske lovgivning, som det ikke er Domstolens opgave at foretage.

37. Den forelæggende ret har i virkeligheden brug for at vide, om privat brug af et telenet falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 97/13, uanset karakteren af den ret, der er givet til denne brug. Det er i denne forbindelse nødvendigt at anvende begreberne præcist.

B — *Terminologiske bemærkninger*

38. I parternes indlæg spores en vis forvirring med hensyn til terminologien. Der tales om telenet og teletjenester samt om oprettelse af og adgang til telenet og teletjenester, som vilkårligt benævnes »offentlige« og »private«, som kunne disse begreber bruges om begge dele med samme rækkevidde.

39. Disse begreber skal undersøges nærmere, således at besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål bliver retvisende.

40. Et *telenet* består af et transmissionssystem samt eventuelt koblingsudstyr og andet udstyr, som giver mulighed for fremføring af signaler via kabler, radiobølger, lyslederkabler eller ved andre elektromagnetiske fremføringsmåder [24].

41. *Teletjenester* er tjenester, som består i fremføring og rutning af signaler via telenettet [25].

42. Nettet kan kaldes offentligt eller privat, alt efter tilgængeligheden af de tjenester, der udbydes [26], og offentlige telenet er således net, der stiller tjenester til rådighed for alle brugere uden forskel [27]. Direktiv 97/33 skaber klarhed på dette punkt, idet det i femte betragtning, in fine, hedder, at »udtrykket »offentlig« anvendes i dette direktiv ikke om ejerskab eller et begrænset antal af udbud, der betegnes »offentlige net« eller »offentlige tjenester«, men anvendes om ethvert net eller enhver tjeneste, som gøres offentligt tilgængelig for tredjemand«.

43. Et privatejet net kan altså være offentligt, fordi det udbyder offentligt tilgængelige tjenester, som alle forbrugere kan benytte.

44. Ved afgørelsen af, om direktiv 97/13 kun omfatter denne type net, eller om det også finder anvendelse på net til privat brug, skal det derfor undersøges, hvilke mål lovgiver har villet nå med fællesskabsbestemmelserne på området.

24 — Denne definition findes i artikel 2, nr. 2, i direktiv 90/387, som affattet ved direktiv 97/51. Direktiv 2002/21, der afspejler den tekniske innovation, tilføjer som sådanne elektromagnetiske midler satellitnet og jordbaserede mobilnet [artikel 2, litra a)].

25 — Artikel 2, nr. 3, i direktiv 90/387 (som affattet ved direktiv 97/51), artikel 2, stk. 1, litra d), i direktiv 97/33, artikel 2, litra c), i direktiv 2002/21, og artikel 1, nr. 3, i direktiv 2002/77.

26 — Begrebsforvirringen kan føres tilbage til selve ordlyden af direktiv 90/387 og direktiv 90/388, som indledningsvis definerede offentlige telenet som »den offentlige telekommunikationsinfrastruktur, der giver mulighed for at overføre signaler [...]« (henholdsvis artikel 2, nr. 3, og artikel 1, stk. 1, tredje led), og som således anvender kriteriet om ejerskab. Disse bestemmelser, som ændret ved direktiv 97/51 og direktiv 96/19, henviser imidlertid (nr. 2, henholdsvis andet afsnit og tredje led) til telenet, der »helt eller delvis bruges til udbud af *offentligt tilgængelige teletjenester*«. Denne definition genfindes i direktiv 97/33 [artikel 2, stk. 1, litra b)], direktiv 2002/21 [artikel 2, litra d)] og direktiv 2002/77 (artikel 1, nr. 2).

27 — Et net er offentligt, hvis det stiller offentlige teletjenester til rådighed, idet der ved sådanne forstås teletjenester, som alle har adgang til (artikel 1, stk. 1, tredje og fjerde led, i direktiv 90/388, som ændret ved direktiv 96/19). I direktiv 2002/77 defineres offentlige elektroniske kommunikationstjenester som elektroniske kommunikationstjenester, som »offentligheden kan benytte« (artikel 1, nr. 4). Begrebet »brugere« er defineret i artikel 2, nr. 1, i direktiv 90/387 (som affattet ved direktiv 97/51), artikel 2, stk. 1, litra e), i direktiv 97/33 og artikel 2, litra h), i direktiv 2002/21, der henviser til en fysisk eller juridisk person, der anvender eller anmoder om en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste.

C — *En formålsbestemt fortolkning af direktiverne vedrørende telekommunikation*

45. Den kurs, der blev sat med direktiv 90/387 og 90/388, afspejlede ønsket om at oprette et fælles marked for teletjenester med fri bevægelighed uden andre restriktioner end dem, der er begrundet i hensynet til almenhedens interesse. Formålet var at etablere et konkurrencedygtigt marked for både operatører og brugere [28].

46. Eftersom udgangssituationen var en helt anden, idet markedet var hæmmet af, at bestemte virksomheder var tillagt eksklusive eller særlige rettigheder [29], syntes det fornuftigt at iværksætte en gradvis liberalisering, som — efter diverse overgangsperioder — var fuldført den 1. januar hvad angår udbuddet af teletjenester og -infrastruktur [30].

47. I disse stormfulde vande navigerer direktiv 97/13, som ifølge dommen i sagen Albacom og Infostrada tager sigte på at hjælpe nye operatører ind på markedet ved at begrænse medlemsstaternes ret til at pålægge virksomhederne økonomiske byrder i forbindelse med meddelelsen af de nødvendige tilladelser (præmis 35 og 36).

48. Medlemsstaterne kan således kun pålægge virksomheder med generelle eller individuelle tilladelser de gebyrer og afgifter, som er omhandlet i direktivet (punkt 28, 47 og 50 i forslaget til afgørelse i sagen Albacom og Infostrada).

49. Dette er betydningen af udtalelsen i Albacom og Infostrada-dommen om, at direktiv 97/13 er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter indehaverne af sådanne tilladelser, alene fordi de er i besiddelse af dem, pålægges byrder, der adskiller sig fra og opkræves ud over dem, der kan pålægges i henhold til direktivets artikel 6 og 11 [31].

50. Hvis der imidlertid er tale om en tilladelse til udelukkende eller delvis privat brug af et telenet, som per definition hverken har konkurrenter eller er undergivet fri konkurrence, og som alene benyttes af indehaveren af tilladelsen, fordi de pågældende tjenester, både som tjenester til egen

28 — Dette kommer til udtryk i første, fjerde og sjette betragtning til direktiv 90/387 samt i første betragtning til direktiv 90/388.

29 — I anden til fjerde betragtning til direktiv 90/388 redegøres der kortfattet for den daværende situation.

30 — Første betragtning til direktiv 97/33.

31 — Dommen vedrører kun individuelle tilladelser og henviser kun til artikel 11 i direktiv 97/13, men argumentationen i dommen kan også anvendes på de generelle tilladelser og artikel 6.

brug og som tjenester til brug for andre, kun har én leverandør og én bruger, er der ikke længere nogen begrundelse for at begrænse medlemsstatens afgiftsmæssige beføjelser. Direktiv 97/13 finder således ikke anvendelse i et sådant tilfælde, som slet ikke er omfattet af dets formål. Anvendelsen af direktivet ville indebære en tilsidesættelse af nærhedsprincippet, som Kommissionen ifølge anden betragtning til selve direktivet selv ønsker overholdt inden for telekommunikationsområdet.

51. Jeg kan her henvise til mine bemærkninger i punkt 51 i mit forslag til afgørelse i Albacom og Infostrada-sagen: Grundlaget for harmoniseringstiltagene i direktiv 97/13 findes i artikel 2 EF, for så vidt som forskellene i skattelovgivningerne er til hinder for at nå det forfulgte mål. Skattemæssig harmonisering er ikke et af Den Europæiske Unions formål, men et instrument i dens opbygning. Medlemsstaternes afvigende skattemæssige behandling af det samme skattesubjekt kan forårsage en betydelig konkurrencefordrejning, idet den påvirker den frie bevægelighed for personer, kapital og varer samt fri udveksling af tjenesteydelser.

52. Efter min opfattelse er direktiv 97/13 altså ikke til hinder for, at en medlemsstat opkræver en afgift af et selskab, som er indehaver af en tilladelse til at drive et net, der — som en undtagelse — ikke er undergivet de betingelser, der kendetegner et frit og åbent marked, og som kun har én bruger. Det tilkommer Consiglio di Stato at vurdere, om dette er tilfældet i hovedsagen. I overensstemmelse med argumentationen for denne løsning griber fællesskabsretten ikke ind i fastlæggelsen af de kriterier, som i henhold til national lovgivning anvendes ved beregningen af afgiften.

53. Den modsatte løsning, som Kommissionen og det sagsøgende selskab i hovedsagen har foreslået, ville føre til det paradoksale resultat, at bestemmelser, der er indført for at beskytte nye virksomheder, som ønsker at etablere sig på markedet, ville gavne virksomheder med eksklusive eller særlige rettigheder på en del af markedet, der er lukket for konkurrenterne, således at færre, potentielt knappe ressourcer, såsom radiofrekvenser og telefonnumre, er tilgængelige for offentligheden.

54. Dette fornuftsstridige resultat ville være i strid med formålet med den harmoniserede lovgivning, og Kommissionen og det sagsøgende selskab i hovedsagen har dermed kastet sig ud i en forgæves dialektisk øvelse med henblik på at begrunde deres løsning med en fortolkning af direktivet, som under alle omstændigheder er uhensigtsmæssig.

D — *Uhensigtsmæssigheden af en systematisk og tekstuel fortolkning*

55. De udtryk, der anvendes af fællesskabslovgiver, leder os ikke nødvendigvis på det rette spor, for som allerede nævnt i fodnote 26 i dette forslag til afgørelse, savnes der i nogen grad konsekvens.

56. Desuden kan der ikke lægges større vægt på en fortolkning af visse passager i disse direktiver, og nærmere bestemt i de direktiver, der førte til liberaliseringen af markedet den 1. januar 1998, end på det i direktiverne udtrykkeligt erklærede formål om at liberalisere telekommunikationssektoren [32].

57. Endelig er det uhensigtsmæssigt at anvende et regelsæt, der er vedtaget på et område med fri konkurrence, som ledetråd for fortolkningen af nogle bestemmelser, der gradvist skal gøre markederne mere fleksible, f.eks. de italienske bestemmelser, som Consiglio di Stato skal fortolke i hovedsagen [33]. I første betragtning til direktiv 2002/21 hedder det, at det »[m]ed det hidtidige regelsæt for telekommunikation er [...] lykkedes at skabe gode vilkår for reel konkurrence i telesektoren i overgangsfasen fra monopolmarked til et marked med fuld konkurrence«. De særegenheder, som tidligere var berettigede på grund af forekomsten af eksklusive og særlige rettigheder, har ingen mening i en situation, hvor ingen områder er undtaget, for uanset om de gælder for alle [34], er den frie konkurrence og virkeliggørelsen af den grundlæggende ret til fri bevægelighed sikret.

32 — Det forhold, at direktiv 90/387, som direktiv 97/13 henviser til, i artikel 2, som affattet ved direktiv 97/51, sondrer mellem telenet generelt og offentlige telenet, mens der i den oprindelige udgave kun henvistes til offentlige telenet, indebærer ikke, som anført af Kommissionen, at direktivet efter ændringen finder anvendelse på enhver type telenet uden forskel. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 90/387, som tager sigte på »harmoniserede bestemmelser for åben og effektiv adgang til og anvendelse af de offentlige telenet og i givet fald de offentlige teletjenester«, blev ikke ændret. Det er også irrelevant, at der i anden betragtning, in fine, til direktiv 97/13 tales om ensartede principper for udstedelse af »*alle* tilladelser, som ligger til grund for udbud af teletjenester og etablering og/eller drift af infrastruktur til udbud af teletjenester«. Adjektivet alle skal ses i sammenhæng med direktivets formål, og det forudsættes, at referencerammen er et marked med fri konkurrence og ikke et privat marked, som kun én bestemt virksomhed har adgang til.

33 — Consiglio di Stato understreger i de to spørgsmål, at der er tale om en afgift, som midlertidigt skal erlægges.

34 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7.3.2002 (EFT L 108, s. 21) omhandler tilladelse til alle elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, »uanset om de udbydes til offentligheden eller ej« (fjerde betragtning).

VI — Forslag til afgørelse

58. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at besvare Consiglio di Statos spørgsmål således:

»Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester er ikke til hinder for, at en medlemsstat, i en overgangsperiode, opkræver en afgift, som ikke er omhandlet i direktivet, af et selskab for driften af et net til privat brug, som ikke er undergivet de betingelser, der kendetegner et frit og åbent marked, og det er i fællesskabsretlig sammenhæng irrelevant, hvilke kriterier den nationale lovgiver anvender ved beregningen af afgiften.«