Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 25 november 2020*

”Fördragsbrott – Elektronisk kommunikation – Samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster – Direktiv 2002/22/EG – Nät och tjänster – Artikel 13 – Finansiering av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster – Mekanism för fördelning – Principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet”

I mål C-49/19,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, som väckts den 25 januari 2019,

Europeiska kommissionen, inledningsvis företrädd av L. Nicolae, P. Costa de Oliveira och G. Braga da Cruz, därefter av L. Nicolae och G. Braga da Cruz, samtliga i egenskap av ombud,

sökande,

mot

Republiken Portugal, företrädd av L. Inez Fernandes, P. Barros da Costa och J. Marques, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av D. Silva Morais, advogado,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden E. Regan samt domarna M. Ilešič, E. Juhász (referent), C. Lycourgos och I. Jarukaitis,

generaladvokat: M. Szpunar,

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 11 mars 2020,

och efter att den 28 maj 2020 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

* Rättegångsspråk: portugisiska.

Dom

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 13.3 i och del B i bilaga IV till 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) (EGT L 108, 2002, s. 51) genom att ha infört en särskild avgift för fördelning av nettokostnaden för samhällsomfattande tjänster från år 2007 enligt Lei n.º 35/2012 procede à criação do fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas previsto na Lei das Comunicações Eletrónicas, destinado ao financiamento dos custos líquidos decorrentes da prestação do serviço universal (lag nr 35/2012 om inrättande av fonden för kompensation för de allmännyttiga tjänster som föreskrivs i lagen om elektroniska kommunikationstjänster, avsedd för finansiering av de nettokostnader som uppkommer av tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster), av den 23 augusti 2012 (*Diário da República*, första serien, nr 163, av den 23 augusti 2012), ändrad och konsoliderad genom Lei n.º 149/2015 (lag nr 149/2015), av den 10 september 2015 (*Diário da República*, första serien, nr 177, av den 10 september 2015) (nedan kallad lag nr 35/2012).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

2 Skäl 23 i direktiv 2002/22 har följande lydelse:

”Nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster får delas mellan samtliga eller vissa angivna klasser av företag. Medlemsstaterna bör säkerställa att fördelningssystemet följer principerna om öppenhet, minsta möjliga snedvridning av marknaden, icke-diskriminering och proportionalitet. Minsta möjliga snedvridning av marknaden innebär att bidrag bör krävas in på ett sätt som så långt det är möjligt minskar effekterna av den ekonomiska börda som läggs på slutanvändarna, exempelvis genom en så stor spridning av avgifterna som möjligt.”

3 I artikel 8.2 i direktivet föreskrivs följande:

”När medlemsstaterna utser företag i delar av eller hela det nationella territoriet till företag med skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, skall detta ske med hjälp av ett effektivt, objektivt, öppet redovisat och icke-diskriminerande urvalssystem, varigenom inget företag på förhand utesluts från möjligheten att bli utsett. Sådana urvalsmetoder skall säkerställa att samhällsomfattande tjänster tillhandahålls på ett kostnadseffektivt sätt och kan användas för fastställande av nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster i enlighet med artikel 12.”

4 I artikel 12 i direktivet, med rubriken ”Kostnad för samhällsomfattande tjänster”, föreskrivs följande:

”1. Om de nationella regleringsmyndigheterna bedömer att tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster enligt artiklarna 3–10 kan vara oskäligt betungande för de företag som har utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster skall de beräkna nettokostnaderna av tillhandahållandet.

I detta syfte skall de nationella regleringsmyndigheterna

a) beräkna nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster med hänsyn till de eventuella marknadsfördelarna för ett företag som utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, i enlighet med del A i bilaga IV, eller

b) använda nettokostnader för tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster som fastställts genom [ett] urvalssystem enligt artikel 8.2.

2. Den redovisning och/eller annan information som tjänar som grundval för beräkningen av nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster enligt punkt 1 a skall granskas eller verifieras av den nationella regleringsmyndigheten eller ett organ som är oberoende av de berörda parterna och har godkänts av den nationella regleringsmyndigheten. Resultatet av kostnadskalkylen och slutsatserna av revisionen skall vara tillgängliga för allmänheten.”

5 I artikel 13 i direktivet, med rubriken ”Finansiering av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster”, föreskrivs följande:

”1. Om de nationella regleringsmyndigheterna på grundval av en nettokostnadskalkyl enligt artikel 12 konstaterar att den ekonomiska bördan blir oskäligt betungande för ett företag, skall en medlemsstat på ett utsett företags begäran besluta

a) att införa ett system för att på öppet redovisade villkor via offentliga medel ersätta företaget för de fastställda nettokostnaderna, och/eller

b) att fördela nettokostnaden för samhällsomfattande tjänster mellan leverantörer av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

2. Om nettokostnaden fördelas enligt punkt 1 b skall medlemsstaterna införa ett fördelningssystem som administreras av den nationella regleringsmyndigheten eller ett organ som är oberoende av förmånstagarna under tillsyn av den nationella regleringsmyndigheten. Endast den nettokostnad som fastställs i enlighet med artikel 12 och som avser skyldigheter i artiklarna 3–10 får finansieras.

3. Ett fördelningssystem skall iaktta principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet i enlighet med principerna i del B i bilaga IV. Medlemsstaterna kan välja att inte kräva in bidrag från företag vars nationella omsättning understiger en viss gräns.

4. Avgifter i samband med fördelning av kostnader för skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster skall skiljas från varandra och fastställas separat för varje företag. Sådana avgifter får inte påföras eller krävas in från företag som inte tillhandahåller tjänster inom den medlemsstats territorium där fördelningssystemet har införts.”

6 I artikel 14 i direktiv 2002/22, med rubriken ”Insyn”, föreskrivs följande:

”1. Om ett system för fördelning av nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster enligt artikel 13 införs, skall de nationella regleringsmyndigheterna säkerställa att principerna för kostnadsfördelning och närmare uppgifter om det tillämpade systemet görs tillgängliga för allmänheten.

2. Med förbehåll för gemenskapsbestämmelser och nationella bestämmelser om affärshemligheter skall de nationella regleringsmyndigheterna säkerställa att en årlig rapport offentliggörs med uppgifter om den beräknade kostnaden för samhällsomfattande tjänster, med fastställande av de bidrag som har gjorts av samtliga berörda företag och de eventuella marknadsfördelar, som det eller de företag som utsetts att tillhandahålla en samhällsomfattande tjänst har åtnjutit om en fungerande fond faktiskt finns och används.”

7 Bilaga IV till direktiv 2002/22, med rubriken ”Beräkning av eventuella nettokostnader för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster och införande av återbetalnings- eller fördelningssystem i enlighet med artiklarna 12 och 13”, innehåller bland annat en del B, med rubriken ”Täckning av eventuella nettokostnader för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster”, som har följande lydelse:

”Täckning eller finansiering av eventuella nettokostnader för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster innebär att utsedda företag med skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster skall ersättas för de tjänster de tillhandahåller på icke-kommersiella villkor. Eftersom sådan ersättning innebär finansiella överföringar skall medlemsstaterna säkerställa att dessa görs på ett objektivt, öppet redovisat, icke-diskriminerande och proportionellt sätt. Detta innebär att överföringarna medför minsta möjliga snedvridning av konkurrensen och efterfrågan från användarna.

I enlighet med artikel 13.3 bör ett fördelningssystem som grundar sig på en fond använda en metod för att samla in bidragen som är öppen och neutral och som undviker en dubbelberäkning av företagens utgifts- och intäktsmoms.

Det oberoende organ som förvaltar fonden skall ansvara för att samla in bidrag från företag som bedöms vara skyldiga att bidra till nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster i medlemsstaten. Detta organ skall även övervaka överföringen av summor som skall betalas och/eller administrativa utbetalningar till företag som är berättigade till ersättning från fonden.”

Portugisisk rätt

Lag nr 5/2004

8 Direktiv 2002/22 införlivades med den portugisiska rättsordningen genom Lei n.º 5/2004 das Comunicações Electrónicas (lag nr 5/2004 om elektronisk kommunikation) av den 10 februari 2004 *(Diário da República* I, serie I-A, nr 34, av den 10 februari 2004), senast ändrad genom Decreto-Lei n.º 92/2017 (lagdekret nr 92/2017) av den 31 juli 2017 (*Diário da República*, serie 1, nr 146, av den 31 juli 2017) (nedan kallad lag nr 5/2004).

9 I artikel 97 i lag nr 5/2004 föreskrivs följande:

”1. Då nettokostnader för samhällsomfattande tjänster har fastställts föreligga som den nationella regleringsmyndigheten anser är för betungande, ankommer det på regeringen att på begäran av respektive leverantör införa en lämplig ersättning genom ett eller båda av följande system:

a) Täckning genom offentliga medel.

b) Fördelning av kostnaden mellan övriga företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster på det nationella territoriet.

2. När det system som föreskrivs i punkt 1 b ovan tillämpas ska en fond för ersättning inrättas, till vilken de företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster ska bidra och vilken ska förvaltas av den nationella regleringsmyndigheten eller ett annat oberoende organ som har utsetts av regeringen och är under tillsyn av den nationella regleringsmyndigheten.

3. Kriterierna för att fördela nettokostnaden för samhällsomfattande tjänster mellan de företag som är skyldiga att bidra ska fastställas av regeringen i enlighet med principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet.

…”

Lag nr 35/2012

10 Genom lag nr 35/2012 inrättades en fond för kompensation för samhällsomfattande elektroniska kommunikationstjänster för att finansiera nettokostnaderna för fullgörandet av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster och säkerställa att dessa kostnader fördelas mellan de företag som är skyldiga att bidra därtill (nedan kallad kompensationsfonden).

11 I artikel 6 i lag nr 35/2012 föreskrivs följande:

”Kompensationsfonden ska tjäna till att finansiera de nettokostnader för samhällsomfattande tjänster som fastställs inom ramen för de anbudsförfaranden som avses i artikel 99.3 i lag nr 5/2004 av den 10 februari 2004, i dess kodifierade lydelse enligt lag nr 51/2011 av den 13 september 2011, och som [Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) (Nationella myndigheten för kommunikationer, Portugal)] anser är för betungande i enlighet med bestämmelserna i artiklarna 95.1 b och 97 i samma lag, samt till att finansiera de nettokostnader för samhällsomfattande tjänster som avses i kapitel V.”

12 I artikel 17 i lag nr 35/2012, med rubriken ”Finansiering av nettokostnaderna för perioden innan företag utsetts genom anbudsförfarande”, föreskrivs följande i punkterna 1 och 2:

”1. Den kompensationsfond som inrättas genom denna lag ska också möjliggöra kompensation för nettokostnader för samhällsomfattande tjänster som har uppkommit innan den eller de tjänsteleverantörer som utsetts i enlighet med artikel 99.3 i lag nr 5/2004 av den 10 februari 2004, i dess kodifierade lydelse enligt lag nr 51/2011 av den 13 september 2011, börjar tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, förutsatt att följande kumulativa villkor är uppfyllda:

a) Förekomsten av nettokostnader har fastställts till följd av en kontroll och kostnaderna anses av [Anacom] vara för betungande i enlighet med bestämmelserna i artikel 95.1 a och 95.2 samt artiklarna 96 och 97 i lag nr 5/2004 av den 10 februari 2004, i dess kodifierade lydelse enligt lag nr 51/2011 av den 13 september 2011.

b) Leverantören av samhällsomfattande tjänster har av regeringen begärt ersättning för de kostnader som avses i föregående punkt.

2. De nettokostnader som ska ersättas för perioden före utseendet till följd av ett anbudsförfarande ska motsvara det belopp som godkänns av [Anacom] i enlighet med föregående punkt a.”

13 I artikel 18.1 i lag nr 35/2012 föreskrivs följande:

”1. Företag som tillhandahåller allmänna kommunikationsnät och/eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster inom landet är skyldiga att betala en särskild avgift till kompensationsfonden för vart och ett av räkenskapsåren 2013, 2014 och 2015. Denna särskilda avgift är uteslutande avsedd att finansiera de nettokostnader som avses i föregående artikel och som godkänns av [Anacom] under dessa år.

…

5. Den särskilda avgift som avses i punkt 1 ska motsvara 3 procent av den stödberättigande årsomsättningen för varje enhet, med iakttagande av de övre gränser som fastställs i följande punkter.

6. Den särskilda avgift som varje företag ska betala får aldrig överstiga det värde som följer av den fördelning av nettokostnaderna som avses i artikel 17.2 mellan de företag som är skyldiga att bidra i proportion till deras bidragsberättigande omsättning.

…”

14 Enligt artikel 20 i lag nr 35/2012 ska den särskilda avgiften för varje räkenskapsår betalas inom fem år.

Det administrativa förfarandet

15 Den 13 december 2012 sände kommissionen, via EUPilot-systemet, en skrivelse till Republiken Portugal, i vilken den bad Republiken Portugal att klargöra huruvida kompensationsfonden var förenlig med artikel 13 och del B i bilaga IV till direktiv 2002/22, bland annat vad gäller ersättning för nettokostnader som uppkommit för leverantören av de samhällsomfattande tjänsterna PT Communicações tidigare och under en period som föregick leverantörens nya utnämning som leverantör av samhällsomfattande tjänster genom ett anbudsförfarande.

16 Den 21 februari 2013 besvarade de portugisiska myndigheterna denna skrivelse. Ytterligare upplysningar lämnades vid ett möte med kommissionen den 23 oktober 2014 och senare genom en skrivelse av den 5 december 2014.

17 Kommissionen ansåg inte att dessa svar var tillfredsställande och sände därför den 27 februari 2015 en formell underrättelse till Republiken Portugal. I sitt svar av den 29 april 2015 hävdade Republiken Portugal återigen att den portugisiska lagstiftningen och dess genomförande skulle anses vara förenliga med kraven i direktiv 2002/22, bland annat med avseende på iakttagandet av principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet.

18 Efter att ha granskat detta svar sände kommissionen ett motiverat yttrande till Republiken Portugal genom en skrivelse av den 29 april 2016, i vilken den anmodade denna medlemsstat att vidta nödvändiga åtgärder för att följa det motiverade yttrandet inom en frist på två månader räknat från mottagandet.

19 De portugisiska myndigheterna besvarade det motiverade yttrandet genom skrivelse av den 1 juli 2016. Efter ett möte med kommissionen den 7 september 2016 kompletterade de portugisiska myndigheterna sitt svar genom skrivelse av den 14 oktober 2016 och översände ytterligare upplysningar till kommissionen.

20 Ytterligare två möten ägde rum mellan kommissionen och de portugisiska myndigheterna, i januari och i juli 2017. Under sistnämnda möte undersöktes flera lösningar för att överkomma meningsskiljaktigheterna mellan parterna. Därefter begärde kommissionen att ett förslag till lösning skulle inges till den tillsammans med uppgift om en frist för genomförandet. I de två skrivelser som senare sändes till kommissionen den 14 mars 2017 och den 12 september 2018 föreslog de portugisiska myndigheterna att ett nytt möte skulle anordnas och påpekade att de ansåg att det var lämpligt att invänta utgången av de förfaranden som inletts av vissa aktörer vid nationella domstolar avseende den problematik som är aktuell i förevarande mål.

21 Mot bakgrund av dessa omständigheter har kommissionen väckt förevarande talan.

Prövning av talan

22 Kommissionen har kritiserat Republiken Portugal för att den särskilda avgiften till kompensationsfonden som avses i artikel 18 i lag nr 35/2012 (nedan kallad den särskilda avgiften) inte är förenlig med de krav som följer av artikel 13.3 och del B i bilaga IV till direktiv 2002/22.

23 Kommissionen har påpekat att om en medlemsstat väljer systemet med fördelning av nettokostnaderna för tillhandahållande av samhällsomfattande tjänster mellan leverantörer av kommunikationsnät och kommunikationstjänster, ska detta system, i enlighet med de bestämmelser som nämnts i föregående punkt, iaktta principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet.

Avgränsning av föremålet för talan

24 Det ska för det första påpekas att det i artikel 13 i direktiv 2002/22 definieras hur skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster kan finansieras.

25 Det följer sålunda av artikel 13.1 i detta direktiv, jämförd med artikel 12.1 i samma direktiv, att denna finansieringsmekanism endast får användas till förmån för ett företag som utsetts i enlighet med artikel 8.2 i direktivet.

26 Artikel 13.1 i direktiv 2002/22 omfattas emellertid inte av förevarande talan. Det är endast frågan huruvida den särskilda avgift som Republiken Portugal infört för att täcka nettokostnaden för tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster är förenlig med artikel 13.3 i direktivet som omfattas av förevarande talan.

27 Kommissionen har för det andra, vad gäller bakgrunden till den särskilda avgiften, påpekat att Anacom under år 2011 antog beslut om begreppet oskäligt betungande börda som följer av tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster och om den metod som ska användas för att fastställa nettokostnaderna för dessa tjänster. I enlighet med dessa beslut utgör tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster en oskäligt betungande börda för den berörda leverantören från och med den tidpunkt då marknadsandelen med avseende på intäkterna från fast telefoni för den berörda leverantören, beräknad på årsbasis, är mindre än 80 procent och om den beräknade kostnaden för de samhällsomfattande tjänsterna är lika med eller högre än 2,5 miljoner euro.

28 Kommissionen har tillagt att eftersom den tidigare monopoloperatören PT Communicações marknadsandel inte blev lägre än denna procentsats på 80 procent förrän år 2007 beslutades det dels att inte bevilja någon ersättning för åren 2001–2006, dels att använda sig av den metod för fastställande av nettokostnader som fastställts av Anacom för perioden efter den 1 januari 2007 och fram till dess att den eller de leverantörer av samhällsomfattande tjänster som utsetts genom anbudsinfordran påbörjar tillhandahållandet av dessa tjänster.

29 Kommissionen har i detta avseende varken ifrågasatt den metod för beräkning av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster som de portugisiska myndigheterna har använt eller de belopp som ska ersättas och som fastställts med tillämpning av denna metod.

30 Kommissionen anser däremot att det system för fördelning av kostnaderna för tillhandahållande av samhällsomfattande tjänster som inrättats av Republiken Portugal strider mot artikel 13 i direktiv 2002/22 och del B i bilaga IV till detta direktiv, eftersom systemet innebär att leverantörer av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster ska erlägga en särskild avgift för tidigare år. Nettokostnaden för att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster för räkenskapsåren 2007–2009, 2010–2011 och 2012–2013 har således kontrollerats och det slutliga beloppet har godkänts av Anacom under åren 2013, 2014 respektive 2015. Anacom identifierade dessutom, genom tre beslut av

den 29 januari 2015, den 28 januari 2016 och den 26 januari 2017, vilka företag som var skyldiga att bidra till kompensationsfonden och fastställde de särskilda avgifterna för dessa, eftersom bidragen från åren 2013, 2014 och 2015 var avsedda att kompensera nettokostnaderna för räkenskapsåren 2007–2009, 2010–2011 respektive 2012–2013.

31 Under dessa omständigheter konstaterar domstolen att kommissionens talan endast rör frågan huruvida de portugisiska bestämmelserna om inrättande av ett system för fördelning av kostnaderna för tillhandahållande av samhällsomfattande tjänster är förenliga med de principer som varje system för fördelning av nettokostnaderna för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster som införts med tillämpning av artikel 13.1 b i direktiv 2002/22 ska uppfylla för att uppfylla kraven i artikel 13.3 i och del B i bilaga IV till detta direktiv.

Principen om insyn

Parternas argument

32 Kommissionen har hävdat att Republiken Portugal har åsidosatt principen om insyn. Kommissionen har i detta avseende gjort gällande att den portugisiska lagstiftning som var i kraft innan lag nr 35/2012 antogs inte gjorde det möjligt att fastställa på vilket sätt en eventuell ersättning för nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster skulle utgå. Lagstiftningen ålade inte heller operatörerna inom den berörda sektorn någon skyldighet att bidra till en kompensationsfond som var avsedd att täcka nettokostnaderna för att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster. Den omständigheten att det finns en formell abstrakt möjlighet att använda en kompensationsfond gör det inte möjligt att anse att innehavare av rättigheter och skyldigheter enligt direktiv 2002/22 har möjlighet att få kännedom om omfattningen av sina skyldigheter, i strid med rättssäkerhetsprincipen, som även principen om insyn avser att garantera.

33 Principen om insyn innebär inte endast en skyldighet att offentliggöra eller tillgängliggöra de rättsakter som antagits av Europeiska unionens institutioner och medlemsstaterna, såsom föreskrivs i artikel 14 i direktiv 2002/22 och som kommissionen inte anser att den portugisiska lagen har åsidosatt. Såsom framgår av domen av den 6 december 2001, kommissionen/Frankrike (C-146/00, EU:C:2001:668, punkterna 48 och 49), rörande finansieringen av samhällsomfattande tjänster enligt 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 (EGT L 199, 1997, s. 32), är det nämligen viktigt, för att ett system för fördelning av nettokostnaderna för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster ska vara förenligt med principen om insyn i artikel 5.1 i detta direktiv, att beloppen fastställs i enlighet med objektiva kriterier, med beaktande av jämförbara uppgifter som således är öppna för insyn, för att göra det möjligt för dessa operatörer att beräkna sina troliga kostnader och intäkter. Varje omständighet som gör denna beräkning svårare avskräcker sådana operatörer från att ta sig in på marknaden.

34 På samma sätt är kraven på tydlighet och precision i fråga om offentlig upphandling en integrerad del av principen om insyn i ett upphandlingsförfarande. Vad gäller rättssäkerhetsprincipen kräver denna att rättsregler som kan få negativa konsekvenser för enskilda ska vara klara, precisa och förutsägbara när det gäller vilka verkningar de har. Detta krav på rättssäkerhet gör sig särskilt gällande när den berörda lagstiftningen kan medföra ekonomiska bördor.

35 Enligt kommissionen finns det ett uppenbart samband mellan principen om insyn och rättssäkerhetsprincipen, vars tillämpningsområde går utöver skyddet för berättigade förväntningar och som förutsätter ett krav på rättslig förutsebarhet och tydlighet. Detta krav är inte bara tillämpligt på unionslagstiftningen utan även på nationella bestämmelser som införlivar ett direktiv.

36 Republiken Portugal har till sitt försvar bestritt kommissionens tolkning av principen om insyn, vilken enligt Republiken Portugal varken grundar sig på ordalydelsen eller på andemeningen i direktiv 2002/22 eller på unionsdomstolarnas praxis. Enligt kommissionen innebär denna princip, som avser en möjlighet att granska beslut som kan tillskrivas offentliga organ bland annat genom att de motiveras och antas inom ramen för öppna och allmänt tillgängliga förfaranden, att kriterierna ska vara objektiva och att de faktorer som används för att beräkna nettokostnaderna för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster ska vara jämförbara, eftersom kostnadernas förutsebarhet beror på dessa faktorer.

37 Enligt Republiken Portugal ska principen om rättssäkerhet vidare inte sammanblandas med principen om insyn. De argument som kommissionen har åberopat avser framför allt principerna om rättssäkerhet och skydd för berättigade förväntningar, eftersom kommissionen genom dessa argument gjort gällande att den särskilda avgiften har en retroaktiv verkan som är oförenlig med rättssäkerhetsprincipen. Dessa argument skulle innebära att leverantören av samhällsomfattande tjänster inte kunde ersättas för de nettokostnader som den redan har haft och som Anacom har kontrollerat och godkänt, trots att ersättning för dessa kostnader föreskrivs i den nationella lagstiftningen.

Domstolens bedömning

38 Det ska inledningsvis påpekas att enligt artikel 13.3 i och del B i bilaga IV till direktiv 2002/22 ska det system för fördelning som i förekommande fall inrättats av medlemsstaterna enligt artikel 13.1 b i direktivet bland annat vara förenligt med principen om insyn. Denna princip, som följer av likhetsprincipen, kräver, i likhet med rättssäkerhetsprincipen, att alla villkor och former för en sådan fördelningsmekanism anges med hjälp av bestämmelser som är så tillgängliga, klara, precisa och förutsebara vid tillämpningen av dem, så att varje rimligt informerad och normalt aktsam aktör kan förstå deras exakta räckvidd och undvika varje risk för godtycklighet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 december 2018, Stanley International Betting och Stanleybet Malta, C-375/17, EU:C:2018:1026, punkt 57, och dom av den 3 oktober 2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, punkt 55). Dessa parametrar ska närmare bestämt fastställas i enlighet med objektiva kriterier, vilket för övrigt bekräftas i del B i bilaga IV till direktiv 2002/22, med beaktande av jämförbara faktorer som således är öppna för insyn, så att aktörerna kan beräkna sina troliga kostnader och intäkter (se, analogt, dom av den 6 december 2001, kommissionen/Frankrike, C-146/00, EU:C:2001:668, punkterna 48 och 49).

39 Härav följer att medlemsstaternas skyldigheter enligt en sådan princip skiljer sig från de skyldigheter som specifikt föreskrivs i artikel 14 i direktiv 2002/22, vilket innebär att iakttagandet av sistnämnda skyldigheter inte räcker för att anse att principen om insyn, som avses i artikel 13 i direktivet, inte har åsidosatts.

40 Även om det är riktigt att det finns ett samband mellan principen om insyn och rättssäkerhetsprincipen, utgör de ändå självständiga principer.

41 Eftersom den särskilda avgiften, enligt kommissionens egna påståenden, infördes genom lag nr 35/2012, kan Republiken Portugal följaktligen inte klandras för att inte ha iakttagit principen om insyn enbart av det skälet att operatörerna inte före antagandet av denna lag kunde förutse omfattningen av sina skyldigheter med avseende på den särskilda avgift som införts genom nämnda lag. Principen om insyn kan nämligen inte anses innebära ett krav på att de som är skyldiga att betala en avgift kan få kännedom om dess innehåll innan den införs.

42 Det ska tilläggas att kommissionen, såsom har påpekats i punkt 30 i förevarande dom, inte har gjort gällande att beräkningsmetoden för den särskilda avgiften grundade sig på kriterier med bristande tillgänglighet, klarhet, precision, objektivitet eller förutsebarhet eller kriterier som var tvetydiga.

43 Det ska dessutom påpekas att teleoperatörerna under perioden 2007–2013, då direktiv 2002/22 var tillämpligt fullt ut, inte kunde förvänta sig att Republiken Portugal inte skulle utnyttja den möjlighet som den hade enligt artikel 13.1 b i direktivet.

44 Vad gäller kommissionens påpekande i repliken att den särskilda avgiften ålägger operatörerna skyldigheten att ersätta kostnader som uppkommit under en period före antagandet av lag nr 35/2012, konstaterar domstolen att grunden för förevarande talan, såsom framgår av kommissionens inlagor och som kommissionen bekräftat vid förhandlingen, i detta avseende är begränsad till ett åsidosättande av principen om insyn. Det räcker således att påpeka att en sådan omständighet i vilket fall som helst inte kan utgöra ett åsidosättande av denna princip.

45 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser anmärkningen att Republiken Portugals införande av den särskilda avgiften innebär ett åsidosättande av principen om insyn i artikel 13.3 i och del B i bilaga IV till direktiv 2002/22.

Principen om minsta marknadspåverkan och proportionalitetsprincipen

Parternas argument

46 Kommissionen anser för det första att principen om minsta marknadspåverkan inte har iakttagits, eftersom den ekonomiska börda som följer av de särskilda avgifterna var betydande och oförutsägbar för operatörerna och var och en av dessa avgifter omfattade flera år, vilket gjorde att denna fördelningsmetod medförde en tyngre börda än en årlig avgift som beaktar nettokostnaderna för året i fråga. Detta konstaterande gäller även om 3 procent av årsomsättningen i praktiken inte alltid har uppnåtts.

47 Republiken Portugal har till sitt försvar anfört att denna princip framför allt avser det sätt på vilket de kostnader som uppkommer för leverantörerna av samhällsomfattande tjänster fördelas i syfte att minimera den ekonomiska inverkan på slutanvändarna. Med hänsyn till de konkreta formerna för uppbörd av den särskilda avgiften var i förevarande fall dess faktiska inverkan på de berörda operatörerna liten.

48 Kommissionen har för det andra hävdat att proportionalitetsprincipen inte har iakttagits, eftersom de företag som var skyldiga att bidra till ersättningen för nettokostnaderna för de företag som hade utsetts efter anbudsförfarandet samtidigt var skyldiga att erlägga den särskilda avgiften. Denna skyldighet medförde således en ”dubbel avgift” eller åtminstone en ökning av den ekonomiska börda som skulle bäras av de förstnämnda. Enligt kommissionen var dessutom beloppen för den särskilda avgiften betydande i jämförelse med bland annat kompensationsbeloppet för samma period i Spanien.

49 Republiken Portugal anser att den särskilda avgiften till fullo är förenlig med proportionalitetsprincipen, eftersom den har utformats på ett sådant sätt att nettokostnaderna för att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, vilka anses vara oskäligt betungande, fördelas mellan olika operatörer utifrån deras omsättning, samtidigt som de mindre företag som ännu inte har en konsoliderad ställning på marknaden befrias från avgiften genom att det fastställs en minsta omsättningsgräns för uttaget av den särskilda avgiften.

Domstolens bedömning

50 Det framgår av artikel 13.1 i direktiv 2002/22 att medlemsstaterna är skyldiga att införa ett av de ersättningssystem som anges i denna bestämmelse när de nationella regleringsmyndigheterna, såsom i förevarande fall, har konstaterat att kostnaderna för det företag som ansvarar för de samhällsomfattande tjänsterna är oskäligt betungande, på grundval av den nettokostnadskalkyl som avses i artikel 12 i direktivet, och detta företag har begärt det.

51 Det ska i detta hänseende understrykas att principen om minsta möjliga snedvridning av marknaden förtydligas i skäl 23 i direktiv 2002/22, i den meningen att den syftar till att avgifterna ska ”krävas in på ett sätt som så långt det är möjligt minskar effekterna av den ekonomiska börda som läggs på slutanvändarna, exempelvis genom en så stor spridning av avgifterna som möjligt”. Mot bakgrund av detta förtydligande, och i likhet med vad Republiken Portugal har anfört, avser denna princip framför allt det sätt på vilket den börda som uppkommer för leverantörerna av samhällsomfattande tjänster fördelas. I del B i bilaga IV till direktivet anges vidare att dessa avgifter ”ska medföra minsta möjliga snedvridning av konkurrensen och efterfrågan från användarna”.

52 I förevarande fall föreskrivs i artikel 18.1 i lag nr 35/2012, som reglerar det sätt på vilket den särskilda avgiften ska tas ut, att avgiften uteslutande är avsedd att finansiera nettokostnaderna för de samhällsomfattande tjänsterna för åren 2007–2013, vilka har kontrollerats av Anacom och som enligt denna myndighet är oskäligt betungande för leverantören av samhällsomfattande tjänster. I artikel 18.5 anges att denna avgift kan uppgå till 3 procent av varje berört företags årliga omsättning, medan det i artikel 18.6 föreskrivs att avgiften emellertid aldrig får överstiga det belopp som följer av fördelningen, proportionellt i förhållande till omsättningen för de avgiftsskyldiga företagen, av de nettokostnader som uppkommit för leverantören av samhällsomfattande tjänster och som Anacom anser är för betungande.

53 Det ska för övrigt erinras om att kommissionen inte har bestritt Anacoms metod för att beräkna nettokostnaderna, att de var oskäligt betungande för tjänsteleverantören för åren 2007–2013 eller det resultat som denna myndighet kom fram till i besluten avseende åren 2013–2015.

54 När det gäller kommissionens argument att den omständigheten att operatörernas kostnader till följd av den särskilda avgiften är oförutsebara utgör ett åsidosättande av principen om minsta möjliga snedvridning av konkurrensen, ska det påpekas att kommissionen inte har visat att enbart denna oförutsebarhet, om den antas vara styrkt, leder till ett åsidosättande av denna princip. Såsom har konstaterats i punkt 41 i förevarande dom har kommissionen för övrigt inte lyckats visa att parametrarna för beräkning av den särskilda avgiften hade hindrat operatörerna från att med rimlig säkerhet förutse avgiftsbeloppet för vart och ett av åren 2013, 2014 och 2015.

55 Enbart den omständigheten att denna avgift visade sig vara betydande visar inte heller att avgiften i sig var oproportionerlig eller stred mot principen om minsta marknadspåverkan. Eftersom avgiften motsvarade nettokostnaderna för leverantören av samhällsomfattande tjänster och dessa kostnader bedömdes vara oskäligt betungande för det företag som ansvarade för att tillhandahålla de samhällsomfattande tjänsterna, var den berörda medlemsstaten skyldig att ersätta denna oskäligt betungande kostnad genom en av de två mekanismer som beskrivs i artikel 13.1 i direktiv 2002/22, och denna avgift var ägnad att utgöra en lämplig ersättning som var begränsad till vad som var nödvändigt för att uppnå detta mål.

56 Såsom Republiken Portugal har gjort gällande hade dessutom de företag som omfattades av den särskilda avgiften erhållit betalningslättnader, eftersom betalningen av denna avgift, såsom framgår av artikel 20.4 i lag nr 35/2012, för varje räkenskapsår kunde fördelas över en period av fem år. En sådan möjlighet har således gett operatörerna möjlighet att anpassa den ekonomiska börda som de har tvingats bära för betalningen av nämnda avgiften, så att inverkan av avgiften i möjligaste mån minskas.

57 I motsats till vad kommissionen har gjort gällande strider inte den omständigheten att den särskilda avgiften grundade sig på operatörernas omsättning för åren efter det att avgiften trädde i kraft, och inte deras omsättning för de år då den samhällsomfattande tjänsten tillhandahölls av PT Comunicações, mot proportionalitetsprincipen och principen om minsta marknadspåverkan, eftersom den ekonomiska börda som operatörerna således åläggs stod i proportion till den marknadsandel som de hade just vid den tidpunkt då denna skyldighet ålades dem.

58 Det ska tilläggas, såsom Republiken Portugal har påpekat, att den relevanta nationella lagstiftningen säkerställt att beloppet för den särskilda avgiften fördelades på ett stort antal operatörer, såsom angavs i skäl 23 i direktiv 2002/22.

59 Kommissionen har vidare gjort gällande att uttaget av den särskilda avgiften fick till följd att de avgiftsbetalande företagen blev skyldiga att betala en ”dubbel avgift”, eftersom dessa företag från och med år 2013 både var skyldiga att bidra till finansieringen av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster för perioden efter anbudsinfordran och att erlägga den särskilda avgiften för de kostnader som PT Communicações hade haft före anbudsförfarandet.

60 Det är riktigt att Republiken Portugals val att genom den särskilda avgiften ta ut en ersättning för de nettokostnader som leverantören av samhällsomfattande tjänster haft före anbudsinfordran ledde till ökade kostnader för de berörda företagen för räkenskapsåren 2013–2015.

61 Eftersom den särskilda avgiften emellertid var avsedd att ersätta nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster som leverantören av samhällsomfattande tjänster haft under perioder före anbudsförfarandet och för vilka någon ersättning ännu inte hade erhållits, ska denna avgift i själva verket betraktas som en avgift som är uppskjuten i tiden, vilket innebär att kommissionen inte har fog för att åberopa förekomsten av en ”dubbel avgift”.

62 Enbart den omständigheten att Republiken Portugals val, för vissa räkenskapsår, med nödvändighet ledde till ökade kostnader för de berörda företagen kan inte i sig, med hänsyn till vad som anförts i punkterna 54–57 i förevarande dom, utgöra ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

63 Kommissionen har således inte styrkt att den särskilda avgiften strider mot principen om minsta marknadspåverkan och proportionalitetsprincipen, vilka avses i artikel 13.3 i och del B i bilaga IV till direktiv 2002/22.

Principen om icke-diskriminering

Parternas argument

64 Kommissionen har gjort gällande att syftet med ersättningen för nettokostnaderna är att återupprätta rättvisa i konkurrenshänseende mellan de berörda företagen, vilket innebär att iakttagandet av icke-diskrimineringsprincipen i förevarande fall skulle ha krävt att endast omsättningen för de operatörer som var verksamma på telekommunikationsmarknaden i Portugal vid den tidpunkt då nettokostnaderna uppkom beaktades. Den särskilda avgiften tillämpades emellertid på samtliga operatörer på marknaden under perioden 2013–2015, inklusive de som inte fanns på marknaden eller som befann sig i en annan situation under perioden 2007–2013. Kommissionen har särskilt påpekat att viktiga förändringar har ägt rum på telekommunikationsmarknaden i Portugal, bland annat på grund av flera fusioner och bolagsombildningar. Av dessa skäl anser kommissionen att de berörda företagen, i sina nya former, har utsatts för diskriminering på grund av att de tvingats betala en avgift som beräknats på grundval av deras omsättning för år som inte var de år som nettokostnaderna hänför sig till.

65 Republiken Portugal anser att principen om icke-diskriminering har iakttagits. Vad gäller utvecklingen av den nationella marknaden för telekommunikationer i Portugal har kommissionen gjort gällande att de omstruktureringar som genomfördes på denna marknad under perioden 2007–2014 bestod i omstruktureringar inom och mellan koncernerna, vilka endast medförde en ändring av de berörda operatörernas benämning och interna struktur. Aktörerna var således desamma under perioden 2007–2014 på grund av att det förelåg en ekonomisk enhet och/eller ett ömsesidigt beroendeförhållande som gav uttryck för en kontrollmakt.

Domstolens bedömning

66 Enligt domstolens fasta praxis föreligger diskriminering när olika bestämmelser tillämpas på lika situationer eller när samma bestämmelse tillämpas på olika situationer (dom av den 13 februari 1996, Gillespie m.fl., C-342/93, EU:C:1996:46, punkt 16, och dom av den 12 december 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (pensionstillskott för mödrar), C-450/18, EU:C:2019:1075, punkt 42).

67 Det ska i detta hänseende påpekas att de operatörer som var närvarande på marknaden vid den tidpunkt då de kostnader som avgiften var tänkt att kompensera uppkom och de operatörer som inte var närvarande på marknaden har behandlats på samma sätt, eftersom båda grupperna av operatörer har ålagts att betala denna avgift.

68 Kommissionen har emellertid inte styrkt att dessa två grupper av operatörer befinner sig i situationer som är så pass olika att tillämpningen av samma regel på dessa båda grupper ska anses utgöra diskriminering.

69 Telekommunikationsmarknaden i Portugal har visserligen utvecklats under den berörda perioden, men som generaladvokaten har påpekat i punkt 85 i sitt förslag till avgörande framgår det emellertid bland annat av Republiken Portugals svaromål och av de diskussioner som ägde rum under förhandlingen att dessa omstruktureringar i huvudsak bestod i koncerninterna omstruktureringar och omstruktureringar mellan koncerner, eftersom de operatörer som kommissionen betecknar som nya i själva verket är operatörer som skapats genom sammanslagningar av operatörer som redan var verksamma på denna marknad.

70 Enbart den omständigheten att en omstrukturering eller en fusion har ägt rum har, vad gäller uttaget av den särskilda avgiften, inte medfört att de som är skyldiga att betala denna avgift till följd av sådana transaktioner försätts i en situation som inte är jämförbar med situationen för dem som är skyldiga att betala denna avgift och som inte har varit föremål för sådana förändringar avseende den rättsliga strukturen.

71 Såsom har konstaterats i punkt 68 i förevarande dom kan utvecklingen på telekommunikationsmarknaden i Portugal inte påverka jämförbarheten vad gäller dessa företags rättsliga ställning.

72 Under dessa omständigheter har Republiken Portugal, genom att införa den särskilda avgiften, inte åsidosatt principen om icke-diskriminering i artikel 13.3 i och del B i bilaga IV till direktiv 2002/22.

73 Eftersom ingen av de principer som anges i artikel 13.3 i och i del B i bilaga IV till direktiv 2002/22 har åsidosatts, ska kommissionens talan ogillas.

Rättegångskostnader

74 Enligt artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Republiken Portugal har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska Republiken Portugals yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

1) Talan ogillas.

2) Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter