ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

20 oktober 2005 *

In zaak C-334/03,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 30 juli 2003,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door A. Alves Vieira, S. Rating en G. Braga da Cruz als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Portugese Republiek, vertegenwoordigd door L. Fernandes en P. de Pitta e Cunha als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

wijst

* Procestaal: Portugees.

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, K. Schiemann, N. Colneric (rapporteur), J. N. Cunha Rodrigues en E. Levits, rechters,

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: R. Grass,

gezien de stukken,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 2 juni 2005,

het navolgende

Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Portugese Republiek, door te verzuimen de omzetting in de praktijk te waarborgen van artikel 4 quinquies van richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (PB L 192, blz. 10), zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 (PB L 74, blz. 13; hierna: „richtlijn 90/388"), de op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Rechtskader

De communautaire regeling

2 Volgens de drieëntwintigste overweging van de considerans van richtlijn 96/19 „genieten de telecommunicatieorganisaties [in veel lidstaten] juridische voorrechten met betrekking tot de installatie van hun netten op openbare en particuliere terreinen, zonder betaling of tegen betaling van een bedrag dat slechts de veroorzaakte kosten dekt. Indien de lidstaten de nieuwe exploitanten die een vergunning hebben gekregen geen gelijkwaardige mogelijkheden bieden om hun netten uit te bouwen, levert dit vertraging op en komt dit in bepaalde opzichten neer op het handhaven van de uitsluitende rechten van de telecommunicatieorganisaties."

3 Artikel 2 van richtlijn 90/388 bepaalt:

„1. De lidstaten trekken alle maatregelen in, waarbij:

a) uitsluitende rechten worden verleend door de verrichting van telecommunicatiediensten, met inbegrip van de aanleg en de beschikbaarstelling van de voor die diensten benodigde telecommunicatienetten, of

b) bijzondere rechten worden verleend, die het aantal ondernemingen die deze telecommunicatiediensten mogen verrichten of deze netten mogen aanleggen of beschikbaar stellen anders dan op grond van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria tot twee of meer beperken, of

c) bijzondere rechten worden verleend, die anders dan op grond van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria verscheidene concurrerende ondernemingen aanwijzen voor de verrichting van deze telecommunicatiediensten of de aanleg of beschikbaarstelling van deze netten.

2. De lidstaten nemen de noodzakelijke maatregelen om ervoor te zorgen dat elke onderneming gerechtigd is de in lid 1 bedoelde diensten te verrichten of de in lid 1 bedoelde netten aan te leggen en beschikbaar te stellen.

[...]"

4 Artikel 4 quinquies van deze richtlijn bepaalt:

„De lidstaten discrimineren bij de toekenning van doorgangsrechten niet tussen de aanbieders van openbare telecommunicatienetten.

Indien de toekenning van aanvullende doorgangsrechten aan ondernemingen die openbare telecommunicatienetten beschikbaar willen stellen, wegens toepasselijke essentiële vereisten niet mogelijk is, zorgen de lidstaten ervoor dat deze ondernemingen op redelijke voorwaarden toegang krijgen tot bestaande installaties die met gebruikmaking van een doorgangsrecht zijn aangelegd en niet kunnen worden gedupliceerd."

5 Artikel 5, lid 3, van richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP) (PB L 199, blz. 32), bepaalt dat, teneinde te bepalen welke last het verstrekken van de universele dienst eventueel betekent, de organisaties met een verplichting tot universele dienstverstrekking op verzoek van hun nationale regelgevende instantie de nettokosten van dergelijke verplichtingen dienen te berekenen.

De nationale regeling

6 Artikel 12, lid 1, van wet nr. 91/97 van 1 augustus 1997 (*Diário da República* I, serie A, nr. 176, van 1 augustus 1997, blz. 4010), omschrijft het „basistelecommunicatienet" als een openbaar net dat op het nationale grondgebied aan de communicatiebehoeften van de burgers en aan de economische en sociale activiteiten beantwoordt en dat de internationale verbindingen verzekert.

7 Lid 2 van voornoemd artikel 12, zoals gewijzigd bij wet nr. 29/2002 van 6 december 2002 (*Diário da República* I, serie A, nr. 282, van 6 december 2002, blz. 7556), omschrijft het begrip basistelecommunicatienet als het geheel van onderdelen van het net die nodig zijn om te voorzien in de universele dienst op het gebied van telecommunicatie.

8 Krachtens artikel 13 van wet nr. 91/97 zijn de exploitanten van basistelecommunicatienetten vrijgesteld van betaling van belastingen en rechten over de aanleg van de telecommunicatie-infrastructuur of de toegang tot de verschillende onderdelen van de installatie of de inrichting die nodig is voor de exploitatie van het desbetreffende net.

9 Op 20 maart 1994 hebben de Portugese staat en PT Comunicações, dochtermaatschappij van Portugal Telecom SA op het gebied van vaste telefonie, een concessieovereenkomst getekend voor de levering van communicatiediensten die worden beschouwd als openbare diensten, waarbij het PT Comunicações voor een aanvankelijke periode van dertig jaar werd toegestaan om de telecommunicatie-infrastructuur te gebruiken en te exploiteren.

10 De basisregels voor deze concessie van de openbare telecommunicatiedienst, die zijn goedgekeurd bij wetsbesluit nr. 40/95 van 15 februari 1995 (*Diário da República* I, serie A, nr. 39, van 15 februari 1995, blz. 969), kenden PT Comunicações het uitsluitende recht toe om de infrastructuur van het „basis"-telecommunicatienet aan te leggen, te beheren en te exploiteren. Volgens artikel 2, lid 1, sub a, van deze basisregels, die in bijlage bij wetsbesluit nr. 40/95 zijn gevoegd, is het voorwerp van deze concessie „de aanleg, het beheer en de exploitatie van de infrastructuur die het basistelecommunicatienet vormt". Met deze concessie is aan PT Comunicações eveneens het houderschap van de infrastructuur toevertrouwd, waarbij op haar de taak rust om de goede staat van werking, veiligheid en onderhoud ervan te waarborgen en haar kwalitatief en kwantitatief te ontwikkelen opdat de levering van telecommunicatiediensten in het algemeen belang, als universele dienst, op het gehele nationale grondgebied is verzekerd.

11 Als tegenprestatie voor deze concessie diende PT Comunicações ingevolge de artikelen 24, 25 en 32 van de basisregels aan de staat als concessiegever een bijdrage te betalen ten bedrage van 1 % van de bruto-exploitatie-inkomsten van de verleende diensten, met een recht op compensatie wanneer de uitvoering van de verplichtingen van de universele dienst voor de concessiehouder zou leiden tot negatieve winstmarges.

12 De infrastructuur die het basistelecommunicatienet vormt, was eigendom van de Portugese staat totdat dit net eind 2002 aan PT Comunicações werd overgedragen, voor een prijs die overeenkwam met de waarde op dat moment van het totale bedrag aan bijdragen die volgens de concessieovereenkomst vanaf 1995 tot aan het verstrijken van de aanvankelijke geldigheidsduur ervan aan de staat verschuldigd waren.

13 Bij wetsbesluit nr. 31/2003 van 17 februari 2003 (*Diário da República* I, serie A, nr. 40, van 17 februari 2003, blz. 1044) werd een nieuwe concessieovereenkomst goedgekeurd, die de basisregels voor de concessie wijzigde. De verplichtingen van de exploitant van het basisnet werden in wezen gehandhaafd. Artikel 6, sub b, van de bijlage bij genoemd wetsbesluit bepaalt dat PT Comunicações als concessiehoudster gehouden is de diensten te verrichten die het voorwerp zijn van de concessie van de openbare telecommunicatiedienst en daarbij de interoperabiliteit, de continuïteit, de beschikbaarheid, de duurzaamheid en de kwaliteit van die diensten dient te verzekeren.

De precontentieuze procedure

14 Bij aanmaningsbrief van 2 mei 2002 heeft de Commissie de Portugese autoriteiten verzocht om hun opmerkingen in te dienen aangaande de krachtens artikel 13 van wet nr. 91/97 aan PT Comunicações — de onderneming die als enige verantwoordelijk is voor het beheer en de exploitatie van het basistelecommunicatienet — verleende volledige vrijstelling van betaling van belasting ter zake van de installatie van haar netten, die schending van het non-discriminatiebeginsel opleverde voor wat betreft de in artikel 4 quinquies van richtlijn 90/388 geregelde toekenning van doorgangsrechten.

15 Bij brief van 2 juli 2002 heeft de Portugese regering haar voornemen kenbaar gemaakt om een einde te maken aan de gestelde discriminerende behandeling. Toen zij evenwel geen enkel aanvullend antwoord ontving, bracht de Commissie op 19 december 2002 een met redenen omkleed advies uit, waarin zij de Portugese

Republiek uitgenodigde de nodige maatregelen te nemen om binnen twee maanden na de betekening ervan aan het advies te voldoen.

16 Aangezien de Portugese regering niet antwoordde op het met redenen omkleed advies, besloot de Commissie het onderhavige beroep in te stellen.

Het beroep

Argumenten van partijen

17 De Commissie betoogt dat de Portugese Republiek met de vrijstelling die voortvloeit uit artikel 13 van wet nr. 91/97, juncto wetsbesluit nr. 31/2003 en voorheen juncto wetsbesluit nr. 40/95, volgens welke PT Comunicações verantwoordelijk is voor de aanleg en de exploitatie van het basisnet, deze onderneming anders heeft behandeld dan de andere marktdeelnemers, hetgeen, bij gebrek aan een duidelijke rechtvaardiging, in strijd is met artikel 4 quinquies van richtlijn 90/388.

18 Aangezien PT Comunicações met haar basistelecommunicatienet diensten levert die rechtstreeks concurreren met de diensten die worden geleverd door andere marktdeelnemers, bezorgen de betrokken voorrechten PT Comunicações een rechtstreeks voordeel ten opzichte van haar concurrenten. Het feit dat de nieuwe marktdeelnemers hogere lasten moeten dragen dan de vanouds bestaande marktdeelnemer, zou vertraging bij de ontwikkeling van hun netwerken kunnen opleveren.

19 De Commissie is van mening dat het verschil in behandeling niet objectief gerechtvaardigd is.

20 De Portugese regering stelt daarentegen dat het anders behandelen van verschillende situaties geen discriminatie oplevert. Iedere onderneming die belast is met universele dienstverlening, is onderworpen aan verplichtingen inzake ontwikkeling en onderhoud van het net, die niet gelden voor concurrerende exploitanten.

21 Voornoemde regering merkt op dat de vrijstelling van betaling van belasting die eventueel verschuldigd is voor het gebruik van staatsbezit, en de mogelijkheid in staatsbezit zonder gemeentelijke toestemming werkzaamheden uit te voeren, één doel hebben, te weten belemmeringen weg te nemen voor de ontwikkeling van de infrastructuur van het basisnet door de uitvoering van de werkzaamheden die nodig zijn voor de aanleg, het behoud en het onderhoud ervan te vergemakkelijken. Het is nooit de bedoeling geweest om PT Comunicações te bevoordelen ten opzichte van haar concurrenten.

22 De Portugese regering herinnert eraan dat PT Comunicações concurrerende exploitanten op transparante en niet-discriminerende wijze toegang tot het basisnet dient te verlenen. Met andere woorden, deze onderneming kan, in het kader van de verrichting van telecommunicatiediensten, uit de voor de ontwikkeling en het onderhoud van de net genoten belastingvrijstelling geen voordeel trekken.

Beoordeling door het Hof

23 Artikel 4 quinquies van richtlijn 90/388, dat vereist dat de lidstaten bij de toekenning van doorgangsrechten voor de beschikbaarstelling van deze netten niet discrimineren tussen de aanbieders van openbare telecommunicatienetten, vormt een bijzondere uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel [zie naar analogie voor wat betreft artikel 7, lid 5, van richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB 1997, L 27, blz. 20), arrest van 7 juni 2005, VEMW e.a., C-17/03, Jurispr. blz. I-4989, punt 47].

24 Het discriminatieverbod, dat een der grondbeginselen van het gemeenschapsrecht is, houdt in dat vergelijkbare situaties niet verschillend mogen worden behandeld, tenzij dit objectief gerechtvaardigd is (zie met name arrest van 5 oktober 1994, Duitsland/Raad, C-280/93, Jurispr. blz. I-4973, punt 67).

25 In casu staat vast dat PT Comunicações is vrijgesteld van betaling van belastingen en rechten in verband met de beschikbaarstelling van de telecommunicatie-infrastructuur of met de voor de exploitatie van het verleende net benodigde toegang tot de verschillende onderdelen van de installatie of de inrichting.

26 Allereerst zij vastgesteld, dat in dit verband niet doorslaggevend is of, zoals de Commissie betoogt, deze vrijstelling voortvloeit uit artikel 13 van wet nr. 91/97, juncto wetsbesluit nr. 31/2003 en voorheen juncto wetsbesluit nr. 40/95, of dat zij, zoals de Portugese regering stelt, veeleer voortvloeit uit de rechtspraak van de Portugese administratieve rechter, volgens welke het gebruik van staatsbezit voor het verrichten van een openbare dienst slechts tot belastingheffing kan leiden in geval van individueel gebruik van semi-openbare bezittingen om behalve in collectieve behoeften ook te voorzien in individuele behoeften. In beide gevallen berust de vrijstelling immers op het nationale recht van de betrokken lidstaat.

27 Bovendien is een vergelijking van de situatie van een onderneming die is belast met het verzekeren van de universele dienst en die is onderworpen aan verplichtingen inzake ontwikkeling en onderhoud van het net, met de situatie van andere marktdeelnemers op het gebied van telecommunicatie, die door hen gekozen diensten verrichten onder de voorwaarden die zij het gunstigst achten, niet uitgesloten.

28 Het gebruik van staatsbezit voor individuele doeleinden kan weliswaar worden onderscheiden van het gebruik van staatsbezit om te voorzien in collectieve behoeften, doch, anders dan de Portugese regering stelt, mag de vergelijking van de situaties van ondernemingen in de telecommunicatiesector niet beperkt blijven tot die ondernemingen die aan openbare dienstverplichtingen zijn onderworpen.

29 De situatie van PT Comunicações als onderneming die een openbaar net ter beschikking stelt, moet namelijk worden vergeleken met de situatie van concurrenten van deze onderneming die eveneens werkzaam zijn op de telecommunicatiemarkt en alternatieve netten willen aanbieden. Wanneer dit niet gebeurt, zou het door de communautaire regeling beoogde doel, te weten de totstandbrenging van een concurrerende markt op telecommunicatiegebied, ernstig worden bedreigd. Zo wordt in de drieëntwintigste overweging van de considerans van richtlijn 96/19 verklaard dat indien de lidstaten nieuwe exploitanten die een vergunning hebben gekregen, niet dezelfde rechten en juridische voorrechten toekennen met betrekking tot de installatie van hun netten op openbare en particuliere terreinen als de vanouds bestaande telecommunicatieorganisaties, zulks de uitbouw van de netten van deze exploitanten zou vertragen, hetgeen in bepaalde opzichten zou neerkomen op handhaving van de uitsluitende rechten van deze organisaties.

30 Bijgevolg moet worden onderzocht of het in casu geconstateerde verschil in behandeling, bestaande in de vrijstelling van de betaling van belastingen en rechten op grond van de betrokken nationale maatregelen, gelet op richtlijn 90/388 gerechtvaardigd is.

31 In de eerste plaats moet worden vastgesteld, dat ingevolge artikel 9 juncto artikel 8, lid 1, sub a, van de basisregels van de concessie van de openbare telecommunicatiedienst, de Portugese staat PT Comunicações heeft belast met de taak, de betrokken infrastructuur in goede staat van werking, veiligheid en onderhoud te houden en haar kwalitatief en kwantitatief te ontwikkelen, teneinde de levering van telecommunicatiediensten in het algemeen belang, als universele dienst, op het gehele nationale grondgebied te verzekeren.

32 De compensatie van de uit een dergelijke verplichting voortvloeiende kosten vormt in casu evenwel geen rechtvaardiging voor discriminatie tussen de marktdeelnemers met betrekking tot de toekenning van doorgangsrechten.

33 De nettokosten van de verstrekking van een universele dienst moeten immers worden berekend overeenkomstig artikel 5, lid 3, van richtlijn 97/33, juncto bijlage III hierbij. Een dergelijke berekening van de nettokosten heeft in casu evenwel niet plaatsgevonden. Bijgevolg behoeft noch te worden bepaald of de vrijstelling van gemeentelijke belastingen een maatregel vormt ter financiering van de verstrekking van de universele dienst, noch of deze vrijstelling, zoals de Portugese regering meent, niet verder gaat dan nodig is om de kosten van de dienst te dekken in de zin van het arrest van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Jurispr. blz. I-7747).

34 In de tweede plaats vormt het feit dat PT Comunicações verplicht is om concurrerende exploitanten op doorzichtige en niet-discriminerende wijze toegang te verlenen tot het basistelecommunicatienet, geen rechtvaardiging voor dit verschil in behandeling. Weliswaar moedigt artikel 12, lid 2, van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten („kader"-richtlijn) (PB L 108, blz. 33), regelingen inzake gedeeld gebruik of coördinatie aan alsmede regelingen die een omslagregeling bevatten voor de kosten van gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom, doch de toegang van andere marktdeelnemers tot het net kan geen rechtvaardiging vormen voor een verschil in behandeling voor wat betreft de kosten voor de aanleg van een nieuw net.

35 In de derde plaats kan geen rekening worden gehouden met het feit dat de Portugese regering in het kader van de omzetting van richtlijn 2002/21 de invoering van een doorzichtige, niet-discriminerende gemeentelijke belasting wil verzekeren, aangezien het bestaan van een niet-nakoming moet worden beoordeeld aan de hand van de situatie van de lidstaat bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn.

36 Gelet op het voorgaande moet derhalve worden vastgesteld dat de Portugese Republiek, door de omzetting van artikel 4 quinquies van richtlijn 90/388 niet te verzekeren, haar verplichtingen niet is nagekomen.

Kosten

37 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien de Portugese Republiek in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart:

1) **Door artikel 4 quinquies van richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten, zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996, niet naar behoren om te zetten, is de Portugese Republiek haar verplichtingen niet nagekomen.**

2) **De Portugese Republiek wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen