DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 20 oktober 2005 *

I mål C-334/03,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 30 juli 2003,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av A. Alves Vieira, S. Rating och G. Braga da Cruz, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Portugal, företrädd av L. Fernandes och P. de Pitta e Cunha, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: portugisiska.

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna K. Schiemann, N. Colneric (referent), J.N. Cunha Rodrigues och E. Levits,

generaladvokat: L.A. Geelhoed,
justitiesekreterare: R. Grass,

efter det skriftliga förfarandet,

och efter att den 2 juni 2005 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen skall fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter genom att inte i praktiken införliva artikel 4d i kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 192, s. 10; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 221), i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996 (EGT L 74, s. 13, nedan kallat direktiv 90/388).

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

2 Enligt skäl 23 till direktiv 96/19 "åtnjuter [i många medlemsstater] teleorganisationerna rättsliga privilegier för att installera sitt telenät på offentlig eller privat mark utan avgift eller till en avgift som endast täcker de uppkomna kostnaderna" och "[o]m inte medlemsstaterna beviljar liknande möjligheter till operatörer med nya licenser som gör det möjligt för dem att placera ut sitt telenät, skulle detta ge upphov till förseningar och är i vissa områden i praktiken detsamma som att de exklusiva rättigheterna bibehålls till förmån för teleorganisationen".

3 I artikel 2 i direktiv 90/388 föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall upphäva alla åtgärder som beviljar

a) exklusiva rättigheter att tillhandahålla teletjänster, inklusive upprättande och tillhandahållande av de telenät som krävs för dessa tjänster, eller

b) speciella rättigheter, som begränsar antalet auktoriserade företag med tillstånd att tillhandahålla sådana teletjänster eller att upprätta eller tillhandahålla telenät till två eller flera om detta inte sker på objektiva, proportionella och icke-diskriminerande villkor, eller

c) speciella rättigheter, som utser, på annat sätt än enligt objektiva, proportionella och icke-diskriminerande kriterier, flera konkurrerande företag att tillhandahålla sådana teletjänster eller för att upprätta eller tillhandahålla sådana telenät.

2. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att alla företag har rätt att tillhandahålla de teletjänster som avses i punkt 1 eller upprätta eller tillhandahålla de telenät som avses i punkt 1.

..."

4 Artikel 4d i direktiv 90/388 har följande lydelse:

"Medlemsstaterna skall inte diskriminera mellan olika företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga telenät i fråga om beviljandet av ledningsrätt för att tillhandahålla sådana nät.

I det fall ytterligare ledningsrätt för företag som önskar att tillhandahålla allmänt tillgängliga telenät inte kan beviljas på grund av tillämpliga väsentliga krav, skall medlemsstaterna säkerställa tillgång till den existerande infrastruktur som upprättats enligt denna ledningsrätt och som inte på rimliga villkor kan dubbleras."

5 I artikel 5.3 i 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, s. 32) föreskrivs att, för att fastställa hur stor den eventuella börda är som orsakas av tillhandahållandet av de samhällsomfattande tjänsterna, sådana organisationer som är skyldiga att tillhandahålla dessa tjänster på begäran av den nationella regleringsmyndigheten skall beräkna nettokostnaden för sådana åtaganden.

Den nationella lagstiftningen

6 I artikel 12.1 i lag nr 91/97 av den 1 augusti 1997 (*Diário da República* I, serie A, nr 176 av den 1 augusti 1997, s. 4010) definieras det "grundläggande telenätet" som ett offentligt nät, som på hela det nationella territoriet skall tillgodose behovet av telekommunikationsmöjligheter för medborgarna och inom den ekonomiska och sociala verksamheten skall säkerställa internationella förbindelser.

7 Enligt artikel 12.2, i dess lydelse enligt lag nr 29/2002 av den 6 december 2002 (*Diário da República* I, serie A, nr 282, av den 6 december 2002, s. 7556) definieras det grundläggande telenätet av alla de nät som är nödvändiga för att tillhandahålla en samhällsomfattande tjänst på teleområdet.

8 Enligt artikel 13 i lag nr 91/97 är operatörer som tillhandahåller grundläggande telenät befriade från att betala skatt och avgifter för att upprätta telenät eller för tillträdet till de olika delarna av näten och till den utrustning som är nödvändig för att kunna utnyttja nätet i fråga.

9 Portugisiska staten ingick den 20 mars 1994 ett koncessionsavtal med PT Communicações, ett dotterbolag till Portugal Telecom SA inom sektorn för fast taltelefoni, om leverans av teletjänster som betraktades som allmännyttiga tjänster. Avtalet innebar att PT Communicações skall driva och tillhandahålla telenät under en första period om trettio år.

10 De grundläggande bestämmelserna i ovannämnda koncessionsavtal, godkänt genom lagdekret nr 40/95 av den 15 februari 1995 (*Diário da República* I, serie A, nr 39, av den 15 februari 1995, s. 969), gav PT Communicações ensamrätt att upprätta, underhålla och utnyttja de telenät som utgör det "grundläggande telenätet". Enligt artikel 2.1 a i avtalet som återges i bilaga till lagdekret nr 40/95 är syftet med avtalet att "upprätta, underhålla och utnyttja det grundläggande telenätet". Genom koncessionen fick PT Communicações äganderätten till näten, med skyldighet att säkerställa att näten fungerar väl, deras säkerhet och underhåll. Företaget skulle vidare bygga ut nätet kvalitativt och kvantitativt och underhålla det, så att tillhandahållandet av teletjänster till allmänheten, som samhällsomfattande tjänst, säkerställs på hela territoriet.

11 PT Communicações skall som motprestation för koncessionen, enligt artiklarna 24, 25 och 32 i koncessionsavtalet, betala en avgift till koncessionsgivaren staten som motsvarar 1 procent av driftsinkomsterna brutto för tjänsterna. De nettokostnader som följer av skyldigheten att tillhandahålla den samhällsomfattande tjänsten skall dras av från avgiften.

12 Det grundläggande telenätet tillhörde den portugisiska staten fram till dess att nätet vid slutet av år 2002 överläts till PT Communicações för ett belopp som motsvarade hela den koncessionsavgift som betalats till staten enligt koncessionsavtalet från år 1995 och fram till dess att avtalet löpte ut.

13 Ett nytt koncessionsavtal godkändes med stöd av lagdekret nr 31/2003 av den 17 februari 2003 (*Diário da República* I, serie A, nr 40, av den 17 februari 2003, s. 1044), som ändrade de grundläggande bestämmelserna för koncessionen. Operatörens skyldigheter ändrades inte i några viktigare avseenden i det nya avtalet. I artikel 6b i bilagan till lagdekretet föreskrivs att koncessionsinnehavaren PT Communicações skall tillhandahålla de tjänster som omfattas av koncessionen och därvid säkerställa de allmännyttiga teletjänsternas interoperabilitet, kontinuitet, tillgänglighet, varaktighet och kvalitet.

Det administrativa förfarandet

14 Kommissionen skickade den 2 maj 2002 en formell underrättelse till de portugisiska myndigheterna och begärde att dessa skulle yttra sig över den omständigheten att PT Communicações enligt artikel 13 i lag nr 91/97 såsom enda operatör och ansvarigt för underhåll och tillhandahållande av det grundläggande telenätet är helt befriad från att betala skatt för att upprätta telenätet. Kommissionen hävdade att detta utgjorde ett åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen i fråga om de ledningsrätter som föreskrivs i artikel 4d i direktiv 90/388.

15 Den portugisiska regeringen angav i skrivelse av den 2 juli 2002 att den ämnade åtgärda den påstått diskriminerande behandlingen. Eftersom kommissionen emellertid inte erhöll några kompletterande uppgifter skickade kommissionen i

skrivelse av den 19 december 2002 ett motiverat yttrande till Republiken Portugal. I yttrandet förelades Republiken Portugal att vidta lämpliga åtgärder för att efterkomma yttrandet inom en frist på två månader från delgivningen.

16 Kommissionen väckte förevarande talan, eftersom den portugisiska regeringen inte besvarade det motiverade yttrandet.

Talan

Parternas argument

17 Kommissionen har hävdat att genom den skatte- och avgiftsbefrielse som föreskrivs i artikel 13 i lag nr 91/97 jämte lagdekret nr 31/2003, och tidigare i lagdekret nr 40/95, i vilka det föreskrivs att PT Communicações har ansvaret för upprättandet och utnyttjandet av det grundläggande telenätet, har Republiken Portugal behandlat detta företag gynnsammare än andra operatörer. Eftersom detta förfarande inte getts någon exakt motivering strider det mot artikel 4d i direktiv 90/388.

18 Eftersom PT Communicações genom sitt grundläggande telenät tillhandahåller tjänster som konkurrerar med tjänster som tillhandahålls av andra operatörer har PT Communicações en direkt konkurrensfördel i förhållande till de andra operatörerna. Det förhållande att de nya operatörerna skall betala högre avgifter än den etablerade operatören kan medföra förseningar i utbyggnaden av deras nät.

19 Kommissionen anser inte att det finns sakliga skäl för denna skillnad i behandling.

20 Den portugisiska regeringen har däremot gjort gällande att det är felaktigt att kvalificera en viss behandling som diskriminerande när den avser olika situationer. Operatörer som skall tillhandahålla samhällsomfattande tjänster måste bygga ut och underhålla sitt telenät medan de konkurrerande operatörerna inte har någon sådan skyldighet.

21 Den portugisiska regeringen har påpekat att den eventuella skattebefrielsen för att använda offentlig mark och möjligheten att utföra arbeten på denna mark utan tillstånd från kommunala myndigheter har ett enda syfte, nämligen att undanröja hinder för utbyggnaden av de grundläggande näten och att underlätta upprättande, underhåll och skötsel av dessa nät. Det har aldrig varit avsikten att ge PT Communicações någon fördel i förhållande till konkurrenterna.

22 Den portugisiska regeringen har erinrat om att PT Communicações skall ge konkurrerande operatörer tillträde till det grundläggande telenätet på ett sätt som garanterar insyn och som är icke-diskriminerande. Företaget har med andra ord inte några fördelar vid tillhandahållandet av teletjänster av att vara skattebefriat för utbyggnad och underhåll av nätet.

Domstolens bedömning

23 I bestämmelsen i artikel 4d i direktiv 90/388 föreskrivs att medlemsstaterna inte skall diskriminera mellan olika företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga nät i fråga om beviljande av ledningsrätt för att tillhandahålla sådana nät. Bestämmelsen är ett särskilt uttryck för likhetsprincipen [se analogt avseende artikel 7.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG om gemensamma regler för den inre marknaden för el (EGT L 27, 1997, s. 20), dom av den 7 juni 2005 i mål C-17/03, VEMW m. fl. (REG 2005, s. I-4989), punkt 47].

24 Diskrimineringsförbudet, som är en av gemenskapsrättens grundläggande principer, innebär att lika situationer inte får behandlas olika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se särskilt dom av den 5 oktober 1994 i mål C-280/93, Tyskland mot rådet, REG 1994. s. I-4973, punkt 67; svensk specialutgåva, volym 16, s. 171).

25 Det är utrett i målet att PT Communicações är befriat från att betala skatt och andra avgifter för att upprätta telenät och för tillträde till de olika delarna av nät och den utrustning som är nödvändig för att tillhandahålla det nät som koncessionen gäller.

26 Det skall inledningsvis konstateras att det saknar betydelse härvidlag om befrielsen följer av artikel 13 i lag nr 91/97 jämte lagdekret nr 31/2003 och tidigare enligt lagdekret nr 40/95, som kommissionen har hävdat, eller om den snarare, som den portugisiska regeringen har hävdat, är en följd av de portugisiska förvaltningsdomstolarnas rättspraxis, enligt vilken det endast skall betalas skatt för användande av offentlig mark för att tillhandahålla allmännyttiga tjänster om det är fråga om ett enskilt nyttjande av halvoffentliga resurser för att tillgodose enskilda och inte kollektiva behov. Skatte- och avgiftsbefrielse föreskrivs nämligen i båda dessa fall i den berörda medlemsstatens lagstiftning.

27 Det är inte heller uteslutet att jämföra situationen för en operatör som tillhandahåller samhällsomfattande tjänster, och som skall bygga ut och underhålla nätet, med andra operatörer som själva väljer vilka tjänster de vill tillhandahålla på de villkor som de anser mest fördelaktiga.

28 Det är riktigt att det kan göras en åtskillnad mellan att använda offentlig mark för privata ändamål och för att tillgodose kollektiva behov. I motsats till vad den portugisiska regeringen har hävdat får jämförelsen av teleoperatörernas situationer inte begränsas till de operatörer som tillhandahåller allmännyttiga tjänster.

29 PT Communicações situation som tillhandahållare av ett offentligt nät skall nämligen jämföras med situationen för de konkurrenter på telemarknaden som önskar att upprätta alternativa nät. I avsaknad härav äventyras det mål som åsyftats i gemenskapslagstiftningen, nämligen att få till stånd konkurrens på telemarknaden. Det följer av skäl 23 till direktiv 96/19 att om inte medlemsstaterna till operatörer med nya licenser beviljar liknande möjligheter att placera ut sitt telenät på offentlig och privat mark som teleorganisationerna åtnjuter försenas utbyggnaden av näten för dessa nya operatörer, vilket i vissa områden i praktiken är detsamma som att de exklusiva rättigheterna bibehålls till förmån för teleorganisationerna.

30 Det är följaktligen viktigt att utreda om den skillnad i behandling som konstaterats och som består i skatte- och avgiftsbefrielse med stöd av nationella bestämmelser är motiverad med hänsyn till direktiv 90/388.

31 Det skall för det första konstateras att den portugisiska staten enligt artikel 9 jämförd med artikel 8.1 a i koncessionsavtalet har gett PT Communicações uppdraget att säkerställa att det berörda nätet fungerar väl, dess säkerhet och underhåll. PT Communicações skall vidare bygga ut nätet kvalitativt och kvantitativt och underhålla det, så att tillhandahållandet av teletjänster till allmänheten, som samhällsomfattande tjänst, säkerställs på hela territoriet.

32 Den kostnadskompensation som följer av denna skyldighet motiverar inte att andra operatörer diskrimineras vid tilldelning av ledningsrätter.

33 Nettokostnaden för att tillhandahålla en samhällsomfattande tjänst skall nämligen beräknas enligt artikel 5.3 i direktiv 97/33 jämförd med bilaga III till detta direktiv. En sådan beräkning har inte skett i detta fall. Det saknas följaktligen skäl att bedöma såväl om befrielsen från att betala kommunalskatter utgör ett sätt att finansiera tillhandahållandet av den samhällsomfattande tjänsten som, vilket den portugisiska regeringen har hävdat, om befrielsen inte går längre än vad som är nödvändigt för att täcka kostnaderna för tjänsten i den mening som avses i domen i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, REG 2003, s. I-7747).

34 Den omständigheten att PT Communicações för det andra skall ge konkurrerande operatörer tillträde till det grundläggande telenätet på ett sätt som garanterar insyn och som är icke-diskriminerande kan inte motivera den aktuella skillnaden i behandling. Gemensamt utnyttjande och samordning samt regler om fördelning av kostnader för det gemensamma utnyttjandet av faciliteterna eller egendomen uppmuntras förvisso i artikel 12.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektivet) (EGT L 108, s. 33). Att de andra operatörerna har tillträde till det grundläggande nätet motiverar emellertid inte en skillnad i behandling med avseende på de kostnader som uppkommit för att tillhandahålla ett nytt nät.

35 Den omständigheten, för det tredje, att den portugisiska regeringen vid införlivandet av direktiv 2002/21 avser att införa en kommunalskatt på ledningsrätterna på ett sätt som garanterar insyn och som är icke-diskriminerande saknar betydelse, eftersom förekomsten av ett fördragsbrott skall bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angivits i det motiverade yttrandet.

36 Mot bakgrund av vad som anförts ovan har Republiken Portugal underlåtit att uppfylla sina skyldigheter genom att inte säkerställa införlivandet av artikel 4 d i direktiv 90/388.

Rättegångskostnader

37 Enligt artikel 69.2 i domstolens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom kommissionen har yrkat att Republiken Portugal skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna och Republiken Portugal har tappat målet, skall yrkandet bifallas.

På dessa grunder beslutar domstolen (första avdelningen) följande dom:

1) **Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter genom att inte införliva artikel 4 d i kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster, i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996.**

2) **Republiken Portugal skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter