FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER
fremsat den 10. juli 2003 [1]

1. Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har anlagt sag med påstand om, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester [2], som ændret ved Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13. marts 1996 [3] (herefter »direktiv 90/388, som ændret«).

I — Relevante retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelserne*

3. En udligning af taksterne er en af de indledende foranstaltninger forud for åbningen af markedet for taletelefoni for konkurrence.

2. Kommissionen mener ikke, at de spanske myndigheder har truffet de nødvendige foranstaltninger, for at den oprindelige teleoperatør, Telefónica de Espanã SA (herefter »Telefónica«), kan foretage en udligning af sine takster i henhold til artikel 4c i direktiv 90/388, som ændret.

4. Før liberaliseringsprocessen i 1990 var taksterne for telekommunikationsydelser underlagt strenge regler i de forskellige medlemsstater. Generelt var taksten for visse tjenesteydelser — såsom oprettelsesgebyr, månedlig abonnement eller lokalsamtaler — fastsat til et beløb, der var lavere end de til disse tjenesteydelser afholdte omkostninger. Derimod blev andre tjenesteydelser — som nationale og internationale samtaler — faktureret til en højere pris, end hvad der svarede til de egentlige omkostninger. Teleselskaberne foretog således en kompensation mellem tabene på visse tjenesteydelser og fortjenesten på andre.

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT L 192, s. 10.
3 — EFT L 74, s. 13.

5. I denne sammenhæng ville en umiddelbar åbning for konkurrencen på markedet for taletelefoni have medført visse risici.

6. De nye teleoperatører kunne have koncentreret deres aktiviteter om de mest lukrative markedssegmenter (nemlig nationale og internationale opkald). Henset til de oprindelige teleoperatørers høje priser ville de have kunnet fastsætte lavere priser og således hurtigt opnå profit og markedsandele. Denne udvikling ville have tvunget den oprindelige operatør til at nedsætte sin fortjeneste på rentable ydelser og ville således fratage denne muligheden for at kompensere tab på mindre rentable ydelser, som han desuagtet fortsat tilbød (dvs. månedlig abonnement og lokalopkald).

7. Forud for åbningen af markedet for konkurrencen har fællesskabslovgiver derfor krævet, at medlemsstaterne sætter teleselskaberne i stand til at »udligne« deres takster, dvs. tilpasse deres takster, således at de svarer til de faktiske omkostninger. Hel konkret skulle en sådan tilpasning ske ved hjælp af en sænkning af taksterne for nationale og internationale opkald og en stigning i tilslutningstaksten, det månedlige abonnement og prisen for lokalopkald.

8. Direktiv 96/19 har til formål at liberalisere taletelefonitjenester og tilrådighedsstillelse af teleinfrastruktur inden den 1. januar 1998 [4]. I direktivets femte betragtning angives følgende:

»af disse årsager [...] er en fortsat undtagelse for taletelefoni ikke længere begrundet. Den undtagelse, Kommissionen gjorde ved indførelse af direktiv 90/388/EØF, bør ikke længere finde anvendelse, og direktivet [...] bør ændres i overensstemmelse hermed. For at give teleselskaberne mulighed for at afslutte deres forberedelser til konkurrence og især den påkrævede udligning af taksterne, kan medlemsstaterne beholde deres nuværende særlige og eksklusive rettigheder til at udbyde taletelefoni indtil den 1. januar 1998. Medlemsstater med mindre udviklede eller meget små net kan få en midlertidig fritagelse [...]. Sådanne medlemsstater kan efter anmodning tildeles en yderligere overgangsperiode på op til henholdsvis fem og to år, hvis det er nødvendigt for at kunne fuldføre den påkrævede strukturtilpasning. De medlemsstater, der kan anmode om en sådan undtagelse, er Spanien, Irland, Grækenland og Portugal med hensyn til mindre udviklede net [...]«.

4 — Jf. anden betragtning.

9. Tyvende betragtning til direktiv 96/19 har følgende ordlyd:

»[H]vad takststrukturen for taletelefoni angår skal der skelnes mellem oprettelsesafgift, månedlig leje, lokalopkald, regionalopkald og fjernopkald. Den takststruktur for taletelefoni, teleselskaberne i visse medlemsstater anvender, er stadig ikke baseret på omkostningerne. Nogle kategorier af samtaler udbydes med tab og krydssubsidieres med overskud fra andre kategorier. Kunstigt lave priser begrænser imidlertid konkurrencen, fordi de potentielle konkurrenter ikke får nogen tilskyndelse til at gå ind på den pågældende del af taletelefonimarkedet, og er i strid med traktatens artikel 86, når de ikke er berettigede i medfør af artikel 90, stk. 2 [...] Medlemsstaterne skal hurtigst muligt aftrappe alle uberettigede restriktioner for teleselskabernes gradvise udligning af taksterne, navnlig dem, der forhindrer indførelse af takster, der ikke svarer til omkostningerne, og øger byrden ved alment tjenesteudbud [...]«

10. Artikel 4c i direktiv 90/388, som indført ved direktiv 96/19, bestemmer følgende:

»[...] Medlemsstaterne skal tillade deres teleselskaber at udligne taksterne under hensyntagen til specifikke markedsvilkår og behovet for at sikre alment tjenesteudbud til en overkommelig pris, og medlemsstaterne skal især tillade dem at tilpasse nuværende takster, der ikke er baseret på omkostninger, og som forøger byrden ved at sørge for alment tjenesteudbud, for at nå frem til takster baseret på faktiske omkostninger. Kan en sådan udligning ikke afsluttes inden den 1. januar 1998, skal de pågældende medlemsstater underrette Kommissionen om den kommende gradvise udligning af de resterende takstforskelle. Heri skal indgå en detaljeret tidsplan for gennemførelsen [...]«

11. Den 10. juni 1997 vedtog Kommissionen beslutning 97/603/EF om indrømmelse af yderligere gennemførelsesfrister til Spanien til gennemførelse af direktiv 90/388 om liberalisering af markedet for teletjenester [5].

12. I henhold til denne beslutnings artikel 1 kan Kongeriget Spanien indtil den 1. januar 1998 udskyde gennemførelsen af visse forpligtelser og den faktiske meddelelse af yderligere tilladelser inden for taletelefoni og offentlige telenet.

5 — EFT L 243, s. 48.

13. Den 18. december 2000 udstedte Europa-Parlamentet og Rådet endelig forordning (EF) nr. 2887/2000 om ubundtet adgang til abonnentledninger [6].

14. I henhold til anden betragtning til den pågældende forordning bør ubundtet adgang til abonnentledninger supplere de gældende bestemmelser i fællesskabsretten og sikre forsyningspligt og adgang til overkommelige priser for alle borgere ved at fremme konkurrence, økonomisk effektivitet og størst mulig nytte for brugerne.

15. Ifølge tredje betragtning til forordning nr. 2887/2000 dækker udtrykket »abonnentledninger« over de parsnoede fysiske metalliske ledninger, der forbinder netterminingspunktet hos en abonnent til en lokalcentrals hovedfordeler eller et tilsvarende punkt, i faste offentlige telefonnet [7].

16. I syvende betragtning til forordning nr. 2887/2000 angives, at ubundtet adgang til abonnentledninger giver nye udbydere mulighed for at konkurrere med de notificerede operatører inden for højhastighedstransmissionsydelser til åben opkobling til internettet og til multimedieapplikationer baseret på digital abonnentledningsteknologi (DSL) og taletelefonitjenester.

17. I artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 2887/2000 bestemmes følgende:

»Med forbehold af artikel 4, stk. 4, skal notificerede operatører prissætte ubundtet adgang til abonnentledningerne og tilhørende faciliteter på grundlag af princippet om omkostningsrelaterede priser.«

B — *De spanske bestemmelser*

18. De spanske myndigheder har vedtaget flere foranstaltninger med henblik på en udligning af de af Telefónica opkrævede takster [8].

6 — EFT L 336, s. 4.

7 — Jf. ligeledes artikel 2, litra c), i nævnte forordning.

8 — Jf. stævningen, punkt 13-20, og svarskriftet, punkt 13-29.

19. Den første foranstaltning er Orden por la que se determinan las tarifas y condiciones de interconexión a la red adscrita al servicio público de telefonía básica que explota el operador dominante para la prestación del servicio final de telefonía básica y el servicio portador soporte del mismo (bekendtgørelse til fastsættelse af priserne og betingelserne for opkobling til det offentlige taletelenet, som anvendes af en markedsdominerende operatør) af 18. marts 1997 [9]. Bekendtgørelsen medførte en prisstigning på 16 % for det månedlige abonnement og 13 % for lokalopkald og en prissænkning på 5 % for provinsopkald, 15 % for opkald mellem provinserne og 12 % for internationale opkald.

20. Derefter vedtog de spanske myndigheder Orden sobre reequilibrio tarifario de servicios prestados por Telefónica Sociedad Anónima (bekendtgørelse om prisomlægningen vedrørende Telefónicas tjenesteydelser) af 31. juli 1998 [10]. Den månedlige abonnementspris blev fastsat til 1 442 ESP for såkaldte »hustilslutninger« og 1 797 ESP for »forbindelsestilslutninger«.

21. Den 16. april 1999 vedtog de spanske myndigheder en yderligere nedsættelse af taksterne for opkald mellem provinserne og for internationale opkald.

22. Den 15. oktober 1999 vedtog myndighederne Real Decreto-Ley 16/1999 por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones [11] (kongeligt lovdekret vedrørende visse foranstaltninger til bekæmpelse af inflationen og til fremme af konkurrencen på telemarkedet), hvori der fastsattes yderligere prisstigninger for telefonabonnementet. I henhold til den fastsatte tidsplan skulle gebyret stige med 100 ESP tre gange: den 1. august 2000, den 1. marts 2001 og den 1. august 2001.

23. Med vedtagelsen af Orden por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 27 de julio de 2000, por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por »Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal« [12] (bekendtgørelse om offentliggørelse af økonomiudvalgets beslutning af 27.7.2000 om indførsel af et nyt prissystem for tjenesteydelser leveret af Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal) af 31. juli 2000 indførte de spanske myndigheder et nyt prissystem, som bygger på en prisloftordning.

24. Dette nye system (ligeledes benævnt »price cap«) finder anvendelse på tjeneste-

9 — BOE nr. 74 af 27.3.1997, s. 10079.
10 — BOE nr. 188 af 7.8.1998, s. 26858.
11 — BOE nr. 248 af 16.10.1999, s. 36561.
12 — BOE nr. 183 af 1.8.2000, s. 27564.

ydelser leveret af Telefónica og omfatter perioden 2001-2002. Systemet bygger på beregningsmetoder, som tager hensyn til den spanske regerings prognoser vedrørende forbrugerprisindekset (herefter »FI«) og korrektionsfaktorer. Det blev opretholdt i 2003 ved Orden por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos del Acuerdo por el que se modifica el Acuerdo de 27 de julio de 2000, por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por »Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal« [13] (bekendtgørelse om offentliggørelse af økonomiudvalgets beslutning om ændring af udvalgets beslutning af 27.7.2000 om indførsel af et nyt prissystem for tjenesteydelser leveret af Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal).

25. Mekanismen i price cap-systemet, som den fremgår af den nævnte bekendtgørelse, er følgende:

— Alle fastnetsteletjenester og telefonsamtaler fra fastnettet til mobilnettet underlægges en reguleret afgift svarende til den påregnede årlige ændring i FI - 9 % i 2001, den forudsete årlige ændring i FI - 8 % i 2002 og den forudsete årlige ændring i FI - 4 % i 2003.

— I 2000 må abonnementsafgiften ikke forhøjes. I 2002 må afgiften forhøjes med den påregnede årlige ændring i FI + 9,4 % og i 2003 med den forudsete årlige ændring i FI + 6 %.

— Opkoplingsomkostningerne må forhøjes med den påregnede årlige ændring i FI - 16,5 % i 2001 og 2002 og med den årlige forudsete ændring i FI - 2 % i 2003.

26. De øvrige for tvisten relevante bestemmelser i national ret er foranstaltninger vedrørende ubundtet adgang til abonnementledninger.

27. Ved Real Decreto-Ley 7/2000 de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones [14] (kongeligt dekret om hasteforanstaltninger i telekommunikationssek-

13 — BOE nr. 118 af 17.5.2001, s. 17456.

14 — BOE nr. 151 af 24.6.2000, s. 22458.

toren) af 23. juni 2000 fastsattes en pligt til at give ubundtet adgang til abonnentledninger. Denne foranstaltning blev suppleret af Real Decreto 3456/2000 por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes [15] (kongeligt dekret til godkendelse af reglerne om betingelserne for adgang til abonnentledninger for abonnenter på de dominerende virksomheders offentlige fastnet) af 22. december 2000.

28. I henhold til sidstnævnte dekrets artikel 5, stk. 1, fastsættes prisen for adgang til abonnentledningerne på grundlag af omkostningerne.

29. I Orden por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se establecen los precios de la primera oferta de acceso al bucle de abonado en las modalidades de acceso completamente desagregado, de acceso compartido y de acceso indirecto, a la red pública telefónica fija de Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal [16] (bekendtgørelse om offentliggørelse af økonomiudvalgets aftale om fastsættelse af priserne for abonnenters første adgang til abonnentledningerne samt betingelserne for den ubundtede adgang, den delte adgang og den indirekte adgang til Telefónicas telefonfastnet) af 29. december 2000 fastsættes månedsprisen for ubundtet adgang til abonnentledninger. Denne beløber sig til 2 163 ESP i 2001, 2 100 ESP i 2002 og 2 050 ESP i 2003.

15 — BOE nr. 307 af 23.12.2000, s. 45567.
16 — BOE nr. 131 af 30.12.2000, s. 49758.

II — Den administrative procedure

30. Den administrative procedure indeholdt to på hinanden følgende faser.

31. I den første fase foreholdt Kommissionen de spanske myndigheder, at de ikke havde tilsendt den en rapport vedrørende afskaffelsen af hindringerne for udligningen af takster som forskrevet i artikel 4c i direktiv 90/388.

32. Den 11. december 1998 sendte Kommissionen derfor en åbningsskrivelse, hvori det bemærkedes, at den fra Kongeriget Spanien endnu ikke havde modtaget en detaljeret tidsplan for afskaffelsen af hindringerne for udligningen af takster.

33. Den 11. februar 1999 svarede de spanske myndigheder, at bekendtgørelsen af 31. juli 1998 gennemførte denne takstudligning, og at tidsplanen kunne strække sig frem til den 31. december 2000.

34. Da Kommissionen fandt, at de foranstaltninger, som de spanske myndigheder havde truffet, ikke var tilstrækkelige, og da sidstnævnte ikke havde udarbejdet en detaljeret tidsplan for gennemførelsen af foranstaltningerne, fremsatte Kommissionen den 4. maj 1999 en begrundet udtalelse.

35. Ved skrivelse af 26. april 1999 oplyste de spanske myndigheder imidlertid Kommissionen om nye foranstaltninger til sænkning af taksterne på samtaler inden for provinserne, mellem provinserne og internationalt, som var blevet vedtaget den 16. april 1999.

36. Under hensyntagen til disse foranstaltninger meddelte Kommissionen ved skrivelse af 26. maj 1999 Kongeriget Spanien, at den begrundede udtalelse var blevet genstandsløs.

37. I den administrative procedures anden fase fortsatte Kommissionen sin undersøgelse efter en klage af 23. november 1998 indgivet af Telefónica.

38. Telefónica fandt, at den spanske lovgiver hindrede den i at forhøje prisen på det månedlige abonnement for således at dække »underskuddet på adgang«. Dette underskud udgøres af forskellen mellem adgangsindtægterne, dvs. indtægterne fra det månedlige abonnement og oprettelsesafgiften, og omkostningerne forbundet med adgang til nettet, dvs. omkostningerne relateret til fastnet-infrastrukturen, der forbinder slutbrugerne med teleselskabernes telefoncentraler.

39. Den 25. november 1999 udbad Kommissionen sig visse oplysninger fra den spanske regering vedrørende den af Telefónica indbragte klage.

40. Ved skrivelse af 21. januar 2000 svarede de spanske myndigheder, at det var umuligt for dem at efterprøve, om der som påtalt af Teléfonica var underskud på adgangen. Endvidere oplyste myndighederne Kommissionen om, at de havde til hensigt at indføre »price cap«-systemet.

41. Den 4. maj 2000 stilede Kommissionen en åbningsskrivelse til den spanske regering, som den foreholdt ikke at have givet Teléfonica tilstrækkelig fleksibilitet til at gøre det muligt for virksomheden at gennemføre den ved artikel 4c i direktiv 90/388 fastsatte udligning af takster.

42. Kommissionen fandt ikke de spanske myndigheders svar på denne skrivelse tilfredsstillende og fremsendte en ny begrundet udtalelse den 29. januar 2001. Heri understregede den, at takstudligningen ikke var blevet gennemført i 1999 og sandsynligvis heller ikke ville blive gennemført i 2001. Kommissionen understregede ligeledes, at Teléfonicas underskud på adgangen i 1999 udgjorde 258 mia. ESP.

43. I deres svar af 29. marts 2001 bestred de spanske myndigheder Kommissionens vurdering. Det af Teléfonica angiveligt lidte underskud på adgangen udgjorde, efter deres opfattelse, 173,449 mia. ESP, dvs. 85 mia. ESP mindre end det af Kommissionen påståede. Endvidere varslede disse myndigheder en række ændringer af »price cap«-systemet.

44. Den 18. april 2001 meddelte Teléfonica, at virksomheden, henset til de af den spanske regering varslede foranstaltninger, trak klagen tilbage.

45. Den 27. juli 2001 fremsendte Kommissionen en supplerende begrundet udtalelse til Kongeriget Spanien, for herved at tage hensyn til tre hændelser, som var opstået i 2001. Disse hændelser var vedtagelsen af visse regler, som forpligtede Teléfonica til at tilbyde ubundtet adgang til abonnentledninger[17], ændringer af »price cap«-systemet fra maj 2001[18] samt de præcise beregninger, den spanske regering havde foretaget af Teléfonicas underskud på adgangen i 1999[19].

46. De spanske myndigheder besvarede denne supplerende begrundede udtalelse ved skrivelse af 9. oktober 2001. Da Kommissionen ikke var tilfreds med dette svar, anlagde den, den 21. december 2001, denne sag.

III — Parternes påstande og anbringender

47. I stævningen gør Kommissionen gældende, at Kongeriget Spanien har anvendt fællesskabsreglerne om udligning af takster forkert.

48. Ifølge Kommissionen burde de spanske myndigheder have tilladt Telefónica at udligne dets takster således som foreskrevet ved artikel 4c i direktiv 90/388, som

17 — Jf. punkt 27 ovenfor.
18 — Sammesteds, punkt 24.
19 — Sammesteds, punkt 43.

ændret. Ved at pålægge Telefónica at bibeholde en for konkurrenterne skadelig prisstruktur og ved at bibeholde takster, som ikke stod i forhold til omkostningerne, skabte de spanske myndigheder en for konkurrenterne ufordelagtig situation.

49. Kommissionen finder, at henset til de ved »price cap«-systemet indførte begrænsninger kunne priserne på månedsabonnementer ikke før i begyndelsen af 2003 baseres på de reelle udgifter. Kommissionen har herved understreget, at de spanske myndigheders hypotese om en årlig produktivitetsstigning på 6 %, som er nødvendig for at afskaffe underskuddet på adgangen, er urealistisk, i det omfang effektivitetsforbedringer knyttet til infrastrukturen er beskedne.

50. Den spanske regering har anført, at den ikke i medfør af direktiv 90/388, som ændret, er forpligtet til at pålægge Teléfonica takster, som bygger på selskabets reelle udgifter. Direktivet indeholder alene en pligt til at fjerne hindringer, som afholder Teléfonica fra at afpasse selskabets takster efter de reelle udgifter. Artikel 4c i direktiv 90/388, som ændret, pålægger den derfor ikke en forpligtelse til at nå et resultat, men dermed en forpligtelse til at anvende et bestemt middel.

51. Den spanske regering fremhæver ligeledes, at artikel 4c i direktiv 90/388, som ændret, ikke pålægger den en præcis tidsfrist for gennemførelsen af pligten til at fjerne hindringer for udligningen af takster. Tværtimod angives i direktivet, at det kan være vanskeligt at gennemføre denne forpligtelse før den 1. januar 1998, hvorfor direktivet udtrykkeligt giver mulighed for, at der i tilfælde af forsinkelse fremsendes en detaljeret tidsplan til Kommissionen.

52. Med henblik på at fastsætte den frist, som medlemsstaterne tildeles til at gennemføre den omtvistede forpligtelse, skal jeg henvise til Domstolens praksis, hvorefter spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et traktatbrud, skal vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse. Fristen i den supplerende begrundede udtalelse udløb ved udgangen af oktober 2001.

53. Kongeriget Spanien fremhæver imidlertid, at det ikke kan foreholdes noget traktatbrud på denne dato. Det står fast, at Telefónica, selv hvis en produktivitetsforøgelse på 3-4 % lægges til grund, ikke havde underskud på adgangen i 2002 og 2003 [20]. Den omstændighed at Telefónica trak sin klage tilbage i april 2001, er det bedste bevis herpå.

20 — Jeg skal understrege, at Kongeriget Spanien indgav sit svarskrift den 25.3.2002. På det pågældende tidspunkt kunne parterne naturligvis ikke have kendskab til Telefónicas resultater for perioden 2002-2003, eftersom disse ikke forelå.

54. Kongeriget Spanien nedlægger følgelig påstand om frifindelse og om, at Kommissionen dømmes til at betale sagens omkostninger.

IV — Stillingtagen

55. Artikel 4c i direktiv 90/388, som ændret, pålægger medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger for at tillade deres teleselskaber at foretage en udligning af taksterne, dvs. en tilpasning af deres takster til de faktiske omkostninger.

56. For at vurdere, om Kommissionens påstand bør tages til følge, må det derfor afgøres, hvorvidt Telefónica rent faktisk har udlignet sine takster, således at de svarer til de faktiske omkostninger. Såfremt dette ikke er tilfældet, skal jeg undersøge, om denne takstmæssige uligevægt skyldes Telefónicas adfærd eller foranstaltninger vedtaget af de spanske myndigheder. Dette andet trin i argumentationen er nødvendigt, idet artikel 4c i direktiv 90/388, som ændret, ikke, som den spanske regering har fremhævet, forpligter den til at gennemføre en udligning af taksterne, men til at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at Telefónica kan gennemføre dette.

57. Indledningsvis skal jeg imidlertid afvise den spanske regerings argument, hvorefter tidsfristen for gennemførelsen af den omtvistede forpligtelse udløb ved udgangen af oktober 2001.

58. Det følger af 20. betragtning til direktiv 96/19, at medlemsstaterne var forpligtede til at afskaffe hindringer for udligningen af takster »hurtigst muligt«. I femte betragtning til dette direktiv fremhæves, at udligningen af takster udgør en forberedende foranstaltning til indførelsen af konkurrence på markedet, og at denne udligning skal ske senest den 1. januar 1998. Endvidere præciseres det i artikel 4c i direktiv 90/388, som ændret, at selve udligningen af takster skal ske inden den 1. januar 1998, da medlemsstaterne ellers skal sende Kommissionen en detaljeret tidsplan for gennemførelsen.

59. Heraf fremgår, at medlemsstaterne var forpligtede til at afskaffe hindringerne for udligningen af takster hurtigst muligt at regne fra ikrafttrædelsen af direktiv 96/19[21] og senest den 1. januar 1998.

21 — Direktiv 96/19 trådte i kraft den 11.4.1996 (jf. dets artikel 3).

60. Artikel 4c i direktiv 90/388, som ændret, gør det ganske vist muligt at afvige fra disse frister, hvis medlemsstaten fremsender en detaljeret tidsplan til Kommissionen. Jeg mener imidlertid ikke, at denne undtagelse kan finde anvendelse i denne sag. Den spanske regering har ikke bevist, at den har vedtaget en detaljeret tidsplan for gennemførelsen inden for den fastsatte frist[22], og at denne tidsplan er blevet godkendt af Kommissionen[23].

62. Følgelig mener jeg, at Kongeriget Spanien var forpligtet til at træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på at fjerne hindringerne for en udligning af taksterne hurtigst muligt at regne fra ikrafttrædelsen af direktiv 96/19, og senest den 1. januar 1998. Det er således i lyset af disse elementer, at jeg skal undersøge de to omstændigheder, der udgør det traktatbrud, som Kongeriget Spanien foreholdes.

A — *Forekomsten af en takstmæssig uligevægt*

61. Jeg mener heller ikke, at beslutning 97/603 indebærer, at gennemførelsen af den omtvistede forpligtelse udsættes. Som Kommissionen har fremhævet[24], opregner denne beslutning netop de forpligtelser, der kan udsættes, og fjernelsen af hindringer for en udligning af taksterne er ikke omfattet heraf[25].

63. I medfør af 20. betragtning til direktiv 96/19 skal der opnås takstmæssig ligevægt for fem tjenester leveret af teleselskaberne, nemlig oprettelsesafgift, månedlig leje, lokalopkald, regionalopkald og fjernopkald.

64. Med henblik på at afgøre, hvorvidt der foreligger en takstmæssig uligevægt i Telefónicas tjenester inden for disse områder, mener jeg, at Domstolen kan anvende de to beregningsmodeller, som Kommissionen har foreslået[26].

22 — Vedrørende dette krav jf. bl.a. generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Frankrig, dom af 6.12.2001, sag C-146/00, Sml. I, s. 9767, punkt 44, hvoraf fremgår, at kravet om en detaljeret tidsplan naturligvis kan ikke opfyldes ved blot at nævne en slutdato.

23 — Jeg mener, at kravet om en sådan godkendelse fremgår implicit af direktiv 96/19. I det omfang formålet med den detaljerede tidsplan er at udskyde tidspunktet for gennemførelsen af den omtvistede forpligtelse (samt udligningen af taksterne), og i det omfang denne tidsplan kan udgøre grundlaget for at anlægge en ny traktatbrudsag, er det vanskeligt at forestille sig, at Kommissionen ikke udøver nogen som helst kontrol med de af medlemsstaterne fremsendte tidsplaner. Opbygningen og formålet med direktiv 96/19 synes derimod at kræve, at Kommissionen godkender disse tidsplaner for gennemførelsen.

24 — Jf. stævningen, punkt 66.

25 — De forpligtelser, der kan udskydes, er den faktiske meddelelse af yderligere tilladelser inden for taletelefoni og offentlige telenet (jf. punkt 12 ovenfor) samt underretningen af Kommissionen og offentliggørelsen af godkendelses- og anmeldelsesvilkår for tilrådighedsstillelse af taletelefoni og etablering af offentlige telenet samt de nærmere vilkår i den nationale ordning, der indføres til deling af nettoomkostningerne ved det almene tjenesteudbud [jf. artikel 1, litra a) og b), i beslutning 97/603].

26 — Jf. stævningen, punkt 46-50.

1) Den første beregningsmodel

65. Den første model består i at vurdere forekomsten af et underskud i adgangen ud fra Telefónicas regnskaber, revideret af Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (Kommissionen for Telekommunikationsmarkedet). Som anført[27] udgør dette underskud forskellen mellem adgangsindtægterne, dvs. indtægterne fra det månedlige abonnement og oprettelsesafgiften, og omkostningerne forbundet med adgang til nettet, dvs. omkostningerne i forbindelse med den fastnet-infrastruktur, der forbinder slutbrugerne med teleselskabernes telefoncentraler.

66. I sit svarskrift[28] erkendte den spanske regering udtrykkeligt, at Telefónica havde haft et underskud på adgangen på 173,449 mia. ESP i 1999. Den tilføjede, at dette underskud udgjorde grundlaget for de ændringer, der i maj 2001 blev foretaget på »price cap«-systemet. Det er således godtgjort, at der i regnskabsåret 1999 forelå en takstmæssig uligevægt.

67. Hvad angår de efterfølgende regnskabsår har de spanske myndigheder i skrivelse af 9. oktober 2001[29] bidraget med flere vurderinger af Telefónicas fortjenstmargener på grundlag af forskellige hypoteser om produktivitetsstigninger.

68. Det fremgår heraf, at selv med en årlig produktivitetsstigning på 6 % at regne fra 1999 (hvilket udgør den mest gunstige hypotese) ville Telefónica stadig have et underskud på adgangen indtil begyndelsen af 2002. Ifølge en, efter Kommissionens opfattelse mere realistisk hypotese baseret på en årlig produktivitetsstigning på 3-4 % regnet fra 1999 ville Telefónicas underskud på adgangen ikke være udlignet før begyndelsen af 2003.

69. De af den spanske regering fremførte argumenter med henblik på at modbevise dette resultat forekommer ikke overbevisende.

70. På den ene side bestrider den spanske regering den af Kommissionen foretagne beregning af størrelsen af Telefónicas underskud på adgangen for regnskabsåret 1999[30]. Den mener, at dette beløb er for højt, idet Kommissionen har medregnet omkostningerne ved urentable telefonlinjer,

27 — Jf. punkt 38 ovenfor.
28 — Punkt 27 og 28.
29 — Bilag 24 til stævningen.
30 — Jf. svarskriftet, punkt 34.

skønt disse omkostninger allerede er medregnet i nettoomkostningerne ved det almene tjenesteudbud.

71. Hertil skal jeg alene erindre om, at underskuddet på adgangen for regnskabsåret 1999 er en oplysning, som den spanske regering selv har forelagt under den administrative procedure [31], og som den udtrykkeligt har bekræftet under den foreliggende sag [32]. Jeg kan derfor ikke indse, hvorledes Kommissionen kunne have begået en fejl i forbindelse med beregningen af det omtvistede beløb. Under alle omstændigheder har de spanske myndigheder ikke anført, hvad der efter deres opfattelse udgør det korrekte beløb for det underskud på adgangen, som Telefónica har haft i 1999.

72. På den anden side gør den spanske regering gældende, at underskuddet på adgangen for regnskabsåret 2000, som den selv har oplyst Kommissionen om i skrivelse af 9. oktober 2001, ligeledes er fejlagtigt [33]. Dette beløb er 30 mia. ESP for højt, idet det fejlagtigt omfatter omkostninger forbundet med det almene tjenesteudbud til urentable områder eller til særlige tjenester til bestemte forbrugere.

73. Efter min opfattelse kan dette argument ikke godtages, eftersom den spanske regering på ingen måde dokumenterer den fejl, den skulle have begået.

74. Under alle omstændigheder erkender den spanske regering, at selv om denne fejl tages i betragtning, ville Telefónicas underskud på adgangen ikke være blevet udlignet før begyndelsen af 2002 (baseret på en antaget årlig produktivitetsstigning på 3-4 % fra 1999) [34]. I det omfang denne udligning af underskuddet på adgangen, forudsat at den blev fastslået, fandt sted efter udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist (den 27.10.2001) [35], ville det ikke kunne tages i betragtning ved vurderingen af, om der foreligger et traktatbrud.

2) Den anden beregningsmodel

75. Den anden beregningsmodel består i en sammenligning af Telefónicas pris på en månedlig leje og taksten for ubundtet adgang til abonnentledninger.

31 — Skrivelse af 29.3.2001, bilag 22 i svarskriftet, punkt 3, andet afsnit.

32 — Svarskriftet, punkt 27 og 28.

33 — Sammesteds, punkt 35.

34 — Sammesteds, punkt 36, andet afsnit.

35 — Den oprindelige frist på to måneder, som Kommissionen tildelte, blev efter anmodning fra de spanske myndigheder forlænget med en måned (jf. svarskriftet punkt 11). Den supplerende begrundede udtalelse, der blev meddelt den 27.7.2001, udløb fristen tre måneder senere, dvs. den 27.10.2001.

76. Som Kommissionen har fremhævet [36], skal taksterne for ubundtet adgang til lokale abonnentledninger være baseret på de faktiske omkostninger i henhold til artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 2887/2000. I øvrigt skal prisen på den månedlige leje ligeledes være baseret på de faktiske omkostninger i henhold til artikel 4c i direktiv 90/388, som ændret.

77. Endvidere bør de elementer, der indgår i omkostningerne for ubundtet adgang til abonnentledninger, være sammenlignelige med de elementer, der indgår i det månedlige abonnement. I begge tilfælde er den nødvendige infrastruktur ens (det drejer sig om de metalliske ledninger i det offentlige fastnet, der forbinder telefoncentralen med den endelige bruger) og prisstrukturen indeholder sammenlignelige elementer (dvs. omkostninger ved at tage nettet i brug og oprettelsesafgiften på den ene side, og omkostningerne for at bruge de ubundtede abonnentledninger og månedlig leje på den anden side). Størrelsen af det månedlige abonnement bør således globalt være sammenligneligt med taksten for ubundtet adgang til abonnentledninger.

36 — Jf. stævningen, punkt 48.

78. I denne sag fremgår det af sagsakterne, at Telefónica har fastsat prisen på den månedlige abonnementafgift for private linjer således:

— ca. 1 742 ESP for år 2001 [37]

— 1 942 ESP for år 2002 [38]

— 2 100 ESP for år 2003 [39].

79. Men hvad angår ubundet adgang til abonnentledninger har viallerede set, at de

37 — Dette tal fremkommer ved, at prisen på et fast abonnement ifølge den nævnte (i punkt 20 ovenfor) Orden af 31.7.1998, nemlig 1 442 ESP er lagt sammen med de tre efterfølgende stigninger på 100 ESP, der skete i august 2000, marts 2001 og august 2001 ved den i punkt 22 ovenfor nævnte Real Decreto-Ley 16/1999.

38 — Dette tal har Kommissionen fremført (jf. stævningen, punkt 56), og den spanske regering har udtrykkeligt bekræftet det (jf. svarskrift, punkt 28 og 35).

39 — Dette tal har Kommissionen fremført (jf. stævningen, punkt 56), og den spanske regering har udtrykkeligt bekræftet det (jf. svarskrift, punkt 28).

spanske myndigheder har fastsat en anden takst. I den nævnte Orden af 29.12.2000 [40] blev denne takst fastsat til 2 163 ESP i 2001, til 2 100 ESP i 2002 og til 2 050 ESP i 2003.

80. Det fremgår af denne sammenligning, at prisen på et månedligt abonnement forblev lavere end taksten for ubundtet adgang til abonnentledninger i 2001 (med en forskel på 19,43 %) og i 2002 (med en forskel på 7,52 %). Det er først i 2003, at prisen på et månedligt abonnement overstiger taksten for ubundet adgang til abonnentledninger (med en forskel på 2,38 %).

81. De af den spanske regering fremførte argumenter med henblik på at bestride denne analyse er ikke overbevisende.

82. Den spanske regering er af den opfattelse, at den omstændighed, at taksten for et månedligt abonnement er lavere end taksten for ubundtet adgang til abonnentledninger, hverken kan skade konkurrencen eller bringe nye operatører i en ufordelagtig situation. Ifølge regeringen kan det først konkluderes, at der foreligger en fordrejning af konkurrencen, når der er taget hensyn til flere faktorer, bl.a. at de nye operatører ikke er underlagt en forpligtelse til at tilbyde et alment tjenesteudbud [41].

83. I øvrigt anfører den spanske regering, at prisen for et månedligt abonnement er steget med mere end 56 % for private linjer siden august 1998, således at disse høje omkostninger for telefontjenester for forbrugerne gjorde det muligt at udligne underskuddet på adgangen i 2002.

84. Disse argumenter kan ikke godtages. I sit svarskrift synes den spanske regering ikke reelt at bestride hverken det relevante i den anden beregningsmodel eller forekomsten af en forskel i prisen på et månedligt abonnement og taksten for adgang til abonnentledninger. Som det er tilfældet med den første beregningsmodel, erkender den spanske regering tilsyneladende, at der foreligger et underskud på adgangen indtil begyndelsen af 2002 [42].

85. Følgelig mener jeg, at sagsakterne gør det muligt for Domstolen at fastslå, at den spanske oprindelige operatør ikke har kunnet foretage den udligning af taksterne, som er krævet i henhold til artikel 4c i

40 — Jf. punkt 29 ovenfor.

41 — Jf. svarskrift, punkt 39-41.

42 — Jf. svarskriftet, punkt 54.

direktiv 90/388, som ændret, før begyndelsen af 2003, og under alle omstændigheder ikke før udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist.

86. Jeg skal herefter undersøge, hvorvidt denne takstmæssige uligevægt skyldes Telefónicas adfærd eller foranstaltninger vedtaget af de spanske myndigheder.

B — *Ansvaret for den takstmæssige uligevægt*

87. Det skal erindres, at på det helt praktiske plan skal der opnås takstmæssig ligevægt ved en stigning i oprettelsesafgiften, den månedlige leje og i taksterne for lokalopkald samt ved en sænkning af taksterne for regionalopkald og fjernopkald.

88. Indtil ikrafttrædelsen af »price cap«-systemet i 2001 foretog de spanske myndigheder selv forskellige prisstigninger og prissænkninger af taksterne for taletelefoniydelser. Det er således bekendt, at

— den nævnte Orden af 18. marts 1997 medførte en prisstigning på 16 % for det månedlige abonnement og 13 % for lokalopkald og en prissænkning på 5 % for provinsopkald, 15 % for opkald mellem provinserne og 12 % for internationale opkald

— i den nævnte Orden af 31. juli 1998 blev den månedlige abonnementspris fastsat til 1 442 ESP for såkaldte »hustilslutninger« og 1 797 ESP for »forbindelsestilslutninger«

— den 16. april 1999 vedtog de spanske myndigheder en yderligere nedsættelse af taksterne for opkald mellem provinserne og for internationale opkald

— med det nævnte lovdekret Real Decreto-Ley 16/1999 fastsattes yderligere tre på hinanden følgende prisstigninger for det månedlige abonnement, i august 2000, i marts 2001 og i august 2001.

89. Det følger heraf, at indtil iværksættelsen af »price cap«-systemet havde Telefónica ingen handlefrihed med hensyn til fastsættelsen af sine takster. Det var således alene de spanske myndigheders ansvar, at der for perioden 1999-2000 ikke var nogen takstmæssig ligevægt.

90. Hvad angår de efterfølgende år gav »price cap«-systemet en vis frihed til den oprindelige spanske teleoperatør [43]. Dette system, der bygger på en prisloftordning, fastsætter grænserne, inden for hvilke Telefónica årligt kan hæve eller sænke sine priser.

91. Den frihed, som blev tildelt Telefónica, var ikke desto mindre utilstrækkelig med henblik på at kunne foretage den takstmæssige udligning, der kræves i henhold til direktiv 90/388, som ændret.

92. I sit svarskrift [44] anfægtede den spanske regering Kommissionens opfattelse, hvorefter Telefónica ikke havde anvendt sin takstmæssige frihed i 2002 og 2003. Den anførte, at »Telefónica har anvendt hele den handlefrihed, som [»price cap«-systemet] giver ved at forhøje abonnementspriserne for erhvervs- og privatkunder den 1. januar 2002 så meget som muligt og gældende for hele året«.

93. Det fremgår imidlertid af det anførte [45], at selv en maksimal brug af denne frihed ikke var tilstrækkeligt til at opnå den takstmæssige ligevægt, der kræves af direktiv 90/388, som ændret. Den takstmæssige uligevægt, der blev konstateret for perioden 2001-2002, kan således ikke skyldes Telefónicas adfærd. Denne uligevægt beroede derimod på de foranstaltninger, og navnlig de lofter, som de spanske myndigheder har vedtaget.

94. På baggrund af sagsakterne foreslår jeg således Domstolen at fastslå, at Kongeriget Spanien ikke har sat de nødvendige foranstaltninger i kraft for at gøre det muligt for dets teleselskab at foretage en udligning af dets takster, i henhold til artikel 4c i direktiv 90/388, som ændret.

43 — Jf. punkt 25 ovenfor.

44 — Punkt 51 og 52.

45 — Jf. punkt 63-85 ovenfor.

V — Forslag til afgørelse

95. Jeg foreslår derfor Domstolen at tage sagsøgerens påstand til følge og fastslå følgende:

»1) Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 4c i Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester, som ændret ved Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13. marts 1996, idet det ikke har sat de nødvendige administrative love og bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv.

2) Kongeriget Spanien betaler sagens omkostninger.«