CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER

van 10 juli 2003 [1]

1. De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft beroep ingesteld tot vaststelling dat het Koninkrijk Spanje de verplichtingen niet is nagekomen die voortvloeien uit richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten [2], zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 [3] (hierna: „gewijzigde richtlijn 90/338").

2. Volgens de Commissie hebben de Spaanse autoriteiten niet alle noodzakelijke maatregelen genomen om de historische aanbieder van telecommunicatiediensten, Telefónica de España SA (hierna: „Telefónica") in staat te stellen haar tarieven overeenkomstig artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn 90/338 weer in evenwicht te brengen.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.
2 — PB L 192, blz. 10.
3 — PB L 74, blz. 13.

I — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

3. Het weer in evenwicht brengen van de tarieven is een van de handelingen die aan de openstelling van de markt voor spraaktelefonie voor mededinging voorafgingen.

4. Voor de aanvang van het liberalisatieproces in 1990 waren de tarieven voor telecommunicatiediensten in de verschillende lidstaten aan strenge regels onderworpen. In het algemeen waren de tarieven voor bepaalde diensten — zoals voor de initiële aansluiting, het maandabonnement of lokale gesprekken — lager dan de met het verrichten van die diensten gemoeide kosten. Daarentegen werd voor andere diensten — zoals niet-lokale en internationale gesprekken — een prijs in rekening gebracht die hoger lag dan de werkelijke kosten. De telecommunicatieorganisaties compenseerden aldus de op bepaalde diensten geleden verliezen met winsten uit andere diensten.

5. In deze context zou de onmiddellijke openstelling van de markt voor spraaktelefonie voor mededinging bepaalde risico's met zich hebben gebracht.

6. Nieuwe aanbieders hadden hun activiteiten immers kunnen concentreren op de meest winstgevende segmenten van de markt (namelijk de niet-lokale en internationale gesprekken). In verband met de door de historische aanbieder gehanteerde hoge prijzen hadden zij lage tarieven kunnen vaststellen en aldus in korte tijd winst behalen en een marktaandeel veroveren. Door deze ontwikkeling zou de historische aanbieder genoopt zijn, zijn marges op de winstgevende segmenten te verlagen, waardoor het voor hem niet meer mogelijk zou zijn geweest om de verliezen op de minder rendabele diensten (namelijk het maandabonnement en de lokale gesprekken), die hij toch bleef aanbieden, te compenseren.

7. Alvorens de markt open te stellen voor mededinging, heeft de gemeenschapswetgever daarom van de lidstaten verlangd dat zij de telecommunicatieorganisaties in staat stellen de tarieven „weer in evenwicht te brengen", dat wil zeggen hun tarieven aan te passen aan de werkelijke kosten. Concreet gezien moest dit zich vertalen in een verlaging van de tarieven voor de niet-lokale en internationale gesprekken en een verhoging van de aansluitkosten, het maandabonnement en het tarief voor de lokale gesprekken.

8. Het doel van richtlijn 96/19 is dat de spraaktelefoniediensten en de beschikbaarstelling van telecommunicatie-infrastructuur uiterlijk op 1 januari 1998 geliberaliseerd zijn.[4] De vijfde overweging van de considerans van deze richtlijn bepaalt:

„[...] verlenging van de voor spraaktelefonie verleende vrijstelling [is] niet langer gerechtvaardigd. De bij richtlijn 90/388/EEG verleende vrijstelling dient te worden beëindigd en de richtlijn [...] dient dienovereenkomstig te worden aangepast. Teneinde telecommunicatieorganisaties in staat te stellen hun voorbereiding op mededinging te voltooien en met name te streven naar het in evenwicht brengen van hun tarieven, kunnen de lidstaten de bestaande bijzondere en uitsluitende rechten voor de beschikbaarstelling van spraaktelefonie tot 1 januari 1998 handhaven. Lidstaten met minder ontwikkelde en met zeer kleine netten moeten in aanmerking komen voor een tijdelijke uitzondering [...]. Aan deze lidstaten moeten op verzoek voor de voltooiing van de noodzakelijke structurele aanpassingen aanvullende overgangsperioden worden toegekend van uiterlijk vijf, respectievelijk twee jaar, indien dit noodzakelijk is om de noodzakelijke structurele aanpassingen te voltooien. De lidstaten die om een dergelijke uitzondering kunnen verzoeken, zijn Spanje, Ierland, Griekenland en Portugal in verband met minder ontwikkelde netten [...]".

4 — Zie tweede overweging van de considerans.

9. De twintigste overweging van de considerans van richtlijn 96/19 luidt als volgt:

„Wat de kostenstructuur betreft, moet onderscheid worden gemaakt tussen de initiële aansluiting, de maandelijkse huur en de kosten van lokale gesprekken, regionale gesprekken en lange-afstandsgesprekken. De tariefstructuur van de door de telecommunicatieorganisaties aangeboden spraaktelefonie staat in sommige lidstaten nog steeds buiten verhouding tot de kosten daarvan. Bepaalde categorieën gesprekken worden tegen verlies aangeboden en gesubsidieerd uit de opbrengsten van andere categorieën. Kunstmatig lage prijzen staan echter in de weg aan de mededinging, omdat potentiële concurrenten geen stimulans ondervinden om toe te treden tot het betrokken segment van de spraaktelefoniemarkt, en zijn daarom in strijd met artikel 86 van het Verdrag, voorzover zij niet gerechtvaardigd zijn op grond van artikel 90, lid 2, van het Verdrag [...]. De lidstaten dienen alle ongerechtvaardigde belemmeringen voor het weer in evenwicht brengen van de tarieven door de telecommunicatieorganisaties, en met name de belemmeringen die in de weg staan aan de aanpassing van tarieven welke buiten verhouding staan tot de kosten en de financiële lasten met betrekking tot de verstrekking van een universele dienst verzwaren, zo spoedig mogelijk weg te nemen."

10. Het bij richtlijn 96/19 ingelaste artikel 4 quater van richtlijn 90/338 bepaalt:

„De lidstaten stellen hun telecommunicatieorganisaties in staat de tarieven weer in evenwicht te brengen. Hierbij houden zij rekening met de specifieke marktomstandigheden en dragen zij zorg voor de betaalbaarheid van de universele dienst. Met name stellen de lidstaten deze organisaties in staat de huidige tarieven aan te passen die niet met de kosten overeenstemmen en die de lasten van de beschikbaarstelling van een universele dienst verhogen, teneinde een op de werkelijke kosten gebaseerde tariefstructuur tot stand te brengen. Indien de tarieven niet vóór 1 januari 1998 weer in evenwicht kunnen worden gebracht, brengen de betrokken lidstaten de Commissie verslag uit over de toekomstige opheffing van de resterende onevenwichtigheden in de tarieven. Dit verslag omvat een gedetailleerd tijdschema voor de tenuitvoerlegging daarvan."

11. Op 10 juni 1997 heeft de Commissie beschikking 97/603/EG gegeven betreffende de toekenning aan Spanje van bijkomende termijnen voor de uitvoering van richtlijn 90/388 betreffende de volledige mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten. [5]

12. Krachtens artikel 1 van deze beschikking is het Koninkrijk Spanje voor de nakoming van bepaalde verplichtingen uitstel verleend tot 1 december 1998, en wel met name voor de daadwerkelijke verlening van nieuwe vergunningen voor het verrichten van spraaktelefoniediensten en het beschikbaar stellen van openbare telecommunicatienetten.

5 — PB L 243, blz. 48.

13. Ten slotte hebben het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie op 18 december 2000 verordening (EG) nr. 2887/2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, vastgesteld. [6]

14. Volgens de tweede overweging van de considerans van deze verordening vormt de ontbundeling van het aansluitnetwerk een aanvulling op de bestaande bepalingen van de gemeenschapswetgeving die een universele dienst en een betaalbare toegang voor alle burgers van de Europese Unie garanderen door concurrentie en economische efficiëntie te bevorderen en de gebruiker maximaal te laten profiteren.

15. Volgens de derde overweging van de considerans van verordening nr. 2887/2000 worden onder „aansluitnetwerk" verstaan de metalen aderparen in het vaste openbare telefoonnetwerk die het netwerkaansluitpunt in de ruimte van de klant verbinden met de hoofdverdeler of een gelijkwaardige voorziening in het vaste openbare telefoonnet. [7]

16. Ingevolge de zevende overweging van de considerans van verordening nr. 2887/2000 stelt de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk nieuwe aanbieders in staat om de concurrentie aan te gaan met de aangemelde exploitanten, door het aanbieden van snelle datatransmissiediensten voor een permanente internettoegang en multimediatoepassingen op basis van „digital subscriber line"-technologie (DSL), alsmede van spraaktelefoniediensten.

17. Artikel 3, lid 3, van verordening nr. 2887/2000 luidt:

„Onverminderd artikel 4, lid 4, rekenen de aangemelde exploitanten de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten aan op basis van kosten."

B — *Spaans recht*

18. De Spaanse autoriteiten hebben verschillende maatregelen genomen om het weer in evenwicht brengen van de door Telefónica gehanteerde tarieven mogelijk te maken. [8]

6 — PB L 336, blz. 4.

7 — Zie ook artikel 2, sub c, van deze verordening.

8 — Zie verzoekschrift (punten 13-20) en verweerschrift (punten 13-29).

19. De eerste maatregel is de 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 (verordening houdende vaststelling van de tarieven en voorwaarden voor interconnectie met het openbare, door de voornaamste exploitant geëxploiteerde net voor spraaktelefonie), van 18 maart 1997.[9] Deze maatregel bestond uit een verhoging van de prijs van het maandabonnement met 16 % en die van de lokale gesprekken met 13 %, en een verlaging van het tarief voor gesprekken binnen de provincie met 5 %, voor interprovinciale gesprekken met 15 % en voor internationale gesprekken met 12 %.

20. Daarna hebben de Spaanse autoriteiten de Orden sobre reequilibrio tarifario de servicios prestados por „Telefónica Sociedad Anónima" (verordening betreffende het in evenwicht brengen van de tarieven van de door de naamloze vennootschap Telefónica geleverde diensten) van 31 juli 1998[10] vastgesteld. Zij hebben de prijs per maand voor een telefoonabonnement op 1 442 ESP vastgesteld voor zogenoemde „huisaansluitingen" en op 1 797 ESP voor „verbindingsaansluitingen".

21. Op 16 april 1999 verlaagden de Spaanse autoriteiten opnieuw de tarieven voor gesprekken binnen de provincie, interprovinciale gesprekken en internationale gesprekken.

22. Op 15 oktober 1999 hebben zij het 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 (koninklijk wetsdecreet houdende een aantal maatregelen ter bestrijding van de inflatie en ter bevordering van de mededinging op de telecommunicatiemarkt)[11] vastgesteld, waarbij nieuwe verhogingen van de prijs voor het telefoonabonnement werden bepaald. Het geplande tijdschema voorzag in drie verhogingen van elk 100 ESP: per 1 augustus 2000, per 1 maart 2001 en per 1 augustus 2001.

23. Bij de Orden por lo 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" (verordening houdende bekendmaking van het besluit van de regeringscommissie voor economische zaken van 27 juli 2000 tot vaststelling van een nieuw prijsmechanisme voor door de naamloze eenpersoonsvennootschap Telefónica verleende diensten) van 31 juli 2000[12] hebben de Spaanse autoriteiten vervolgens een nieuwe prijsregeling ingevoerd die is gebaseerd op een systeem van maximumprijzen.

24. Deze nieuwe (ook wel „price cap" genoemde) regeling is van toepassing op

9 — *BOE* nr. 74 van 27 maart 1997, blz. 10079.
10 — *BOE* nr. 188 van 7 augustus 1998, blz. 26858.
11 — *BOE* nr. 248 van 16 oktober 1999, blz. 36561.
12 — *BOE* nr. 183 van 1 augustus 2000, blz. 27564.

de door Telefónica verleende diensten en wel voor de periode 2001-2002. Zij berust op berekeningsformules op basis van voorspellingen van de Spaanse regering terzake van de ontwikkeling van het indexcijfer van de prijzen van consumptiegoederen (hierna: IPC) en op correctiefactoren. De geldigheidsduur ervan is uitgebreid tot het jaar 2003 bij de 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" (verordening houdende bekendmaking van het besluit van de regeringscommissie voor economische zaken tot wijziging van het besluit van genoemde commissie van 27 juli 2000 tot vaststelling van een nieuw prijsmechanisme voor door de naamloze eenpersoonsvennootschap Telefónica verleende diensten) van 10 mei 2001. [13]

25. De uit de hierboven vermelde Spaanse verordeningen voortvloeiende „price cap"-regeling houdt het volgende in:

— Voor alle vaste telefoondiensten en gesprekken via vaste telefoonaansluitingen naar het mobiele net geldt een glijdende schaal die rekening houdt met de verwachte jaarlijkse fluctuatie van het IPC minus 9 % in 2001, de verwachte jaarlijkse fluctuatie van het IPC minus 8 % in 2002 en de verwachte jaarlijkse fluctuatie van het IPC minus 4 % in 2003;

— de abonnementsprijzen mogen in 2001 niet worden verhoogd; in 2002 kunnen zij worden verhoogd tot maximaal de verwachte jaarlijkse fluctuatie van het IPC plus 9,4 % en in 2003 tot maximaal de verwachte jaarlijkse fluctuatie van het IPC plus 6 %, en

— de aansluitkosten kunnen worden verhoogd binnen een grens die gelijk is aan de verwachte jaarlijkse fluctuatie van het IPC minus 16,5 % in 2001 en 2002 en aan de verwachte jaarlijkse fluctuatie van het IPC minus 2 % in 2003.

26. De andere maatregelen van nationaal recht die voor de beoordeling van het geschil van belang zijn, zijn die inzake de ontbundeling van het aansluitnetwerk.

27. Bij Real Decreto-Ley 7/2000 de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones (koninklijk wetsdecreet terzake van dringende maatregelen in de telecom-

13 — *BOE* nr. 118 van 17 mei 2001, blz. 17456.

municatiesector) van 23 juni 2000 [14] is de verlening van diensten ter zake van volledig ontbundelde en van gedeelde toegang tot het aansluitnetwerk verplicht gesteld. Deze maatregel is aangevuld bij 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 (koninklijk decreet houdende goedkeuring van de verordening tot vaststelling van de voorwaarden voor toegang tot het aansluitnetwerk van abonnees op het vaste openbare telefoonnet van de voornaamste exploitanten) van 22 december 2000. [15]

28. Artikel 5, lid 1, van dit decreet bepaalt dat de tarieven voor toegang tot het aansluitnetwerk moeten worden vastgesteld op basis van een kostenraming.

29. De Orden por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delagada 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" (verordening houdende bekendmaking van het akkoord van de regeringscommissie voor economische zaken waarbij de prijzen van het eerste aanbod voor de toegang van abonnees tothet netwerk en de voorwaarden voor volledig ontbundelde, gedeelde en indirecte toegang tot het vaste telefoonnet van de naamloze eenpersoonsvennootschap Telefónica worden vastgesteld) van 29 december 2000 [16] stelt de maandtarieven vast voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk. Deze bedragen 2 163 ESP in 2001, 2 100 ESP in 2002 en 2 050 ESP in 2003.

II — Precontentieuze procedure

30. De precontentieuze procedure omvatte twee opeenvolgende fasen.

31. In de eerste fase verweet de Commissie de Spaanse autoriteiten dat zij haar geen verslag hadden overgelegd over de opheffing van de belemmeringen voor het weer in evenwicht brengen van de tarieven, overeenkomstig artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn 90/338.

32. Daarom zond de Commissie op 11 december 1998 een aanmaningsbrief waarin zij aangaf dat het Koninkrijk Spanje haar nog geen gedetailleerd tijdschema had toegezonden betreffende de opheffing van belemmeringen voor het weer in evenwicht brengen van de tarieven.

14 — *BOE* nr. 151 van 24 juni 2000, blz. 22458.

15 — *BOE* nr. 307 van 23 december 2000, blz. 45567.

16 — *BOE* nr. 131 van 30 december 2000, blz. 49758.

33. Op 11 februari 1999 hebben de Spaanse autoriteiten geantwoord dat dit in evenwicht brengen van de tarieven werd gerealiseerd door de Orden van 31 juli 1998 en dat het tijdschema zich tot 31 december 2000 zou kunnen uitstrekken.

34. De Commissie heeft, daar zij van mening was dat de getroffen maatregelen ontoereikend waren en de Spaanse autoriteiten hadden erkend geen gedetailleerd tijdschema voor de uitvoering daarvan te hebben vastgesteld, op 4 mei 1999 een met redenen omkleed advies uitgebracht.

35. Bij brief van 26 april 1999 hadden de Spaanse autoriteiten de Commissie intussen op de hoogte gesteld van de nieuwe, op 16 april 1999 vastgestelde maatregelen ter verlaging van de tarieven voor provinciale, interprovinciale en internationale gesprekken.

36. Gelet op deze maatregelen heeft de Commissie het Koninkrijk Spanje bij brief van 26 mei 1999 meegedeeld dat haar met redenen omkleed advies zonder voorwerp was geraakt.

37. In de tweede fase van de precontentieuze procedure heeft de Commissie het onderzoek van de zaak voortgezet in het licht van een klacht die op 23 november 1998 door Telefónica was ingediend.

38. Telefónica meende namelijk dat de Spaanse wettelijke regeling haar niet toestond de prijs van het maandabonnement te verhogen ten einde aldus haar „toegangsdeficit" te compenseren. Het toegangsdeficit is het verschil tussen de toegangsinkomsten, dat wil zeggen de opbrengst van het maandabonnement en van de initiële aansluiting, en de toegangskosten, dat wil zeggen de kosten van de infrastructuur van het vaste telefoonnet, dat de eindgebruiker verbindt met de telefooncentrale van de telecommunicatieaanbieder.

39. Op 25 november 1999 heeft de Commissie de Spaanse regering bepaalde gegevens gevraagd terzake van de door Telefónica ingediende klacht.

40. Bij brief van 21 januari 2000 hebben de Spaanse autoriteiten geantwoord dat het voor hen niet mogelijk was na te gaan of er sprake was van het door Telefónica gestelde toegangsdeficit. Zij hebben de Commissie bovendien op de hoogte gesteld van hun voornemen de „price cap"-regeling in te voeren.

41. Op 4 mei 2000 heeft de Commissie de Spaanse regering een aanmaningsbrief gestuurd. Zij verweet haar Telefónica onvoldoende ruimte te hebben gegeven om het deze mogelijk te maken de tarieven weer in evenwicht te brengen, zoals voorgeschreven door artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn 90/388.

42. Omdat de Commissie niet tevreden was over het antwoord van de Spaanse autoriteiten op deze brief, heeft zij op 29 januari 2001 een met redenen omkleed advies uitgebracht. Zij benadrukte dat het proces van het weer in evenwicht brengen van de tarieven in 1999 niet was voltooid en waarschijnlijk in 2001 evenmin zou worden voltooid. De Commissie gaf tevens aan dat het toegangsdeficit van Telefónica in 1999 258 miljard ESP bedroeg.

43. In hun antwoord van 29 maart 2001 hebben de Spaanse autoriteiten de schatting van de Commissie bestreden. Volgens hen bedroeg het toegangsdeficit dat Telefónica beweerde te hebben geleden in 1999 173 449 miljard ESP, derhalve 85 miljard ESP minder dan het aangevoerde cijfer. Bovendien kondigden de Spaanse autoriteiten een reeks wijzigingen in de „price cap"-regeling aan.

44. Op 18 april 2001 heeft Telefónica meegedeeld dat zij haar klacht introk vanwege de door de Spaanse regering aangekondigde maatregelen.

45. Op 27 juli 2001 heeft de Commissie het Koninkrijk Spanje een aanvullend met redenen omkleed advies gestuurd om rekening te houden met drie gebeurtenissen die zich in 2001 hadden voorgedaan. Dit betrof de vaststelling van voorschriften die Telefónica ertoe verplichtten, diensten aan te bieden terzake van de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk [17], de in mei 2001 vastgestelde wijzigingen in de „price cap"-regeling [18] en de precieze schatting door de Spaanse regering van het toegangsdeficit van Telefónica voor het jaar 1999. [19]

46. De Spaanse autoriteiten hebben bij brief van 9 oktober 2001 geantwoord op dit aanvullend met redenen omkleed advies. Omdat de Commissie met dit antwoord niet tevreden was, heeft zij op 21 december 2001 het onderhavige beroep ingesteld.

III — Stellingen en middelen van partijen

47. De Commissie voert in haar verzoekschrift aan, dat het Koninkrijk Spanje de communautaire regels met betrekking tot het in evenwicht brengen van de tarieven verkeerd heeft toegepast.

48. Volgens haar hadden de Spaanse autoriteiten het Telefónica mogelijk moeten maken haar tarieven overeenkomstig artikel 4 quater van de gewijzigde verorde-

17 — Zie punt 27 van deze conclusie.
18 — Ibidem (punt 24).
19 — Ibidem (punt 43).

ning 90/388 in evenwicht te brengen. Door Telefónica te verplichten een voor haar concurrenten nadelige tariefstructuur te handhaven en door tarieven te blijven hanteren die niet met de reële kosten overeenstemden, hebben de Spaanse autoriteiten een situatie geschapen die nadelig is voor de ontwikkeling van de mededinging.

49. De Commissie meent dat de tarieven voor het maandabonnement, gelet op de door de „price cap"-regeling gestelde beperkingen, niet vóór aanvang 2003 op de werkelijke kosten konden worden gebaseerd. Zij beklemtoont in dit verband, dat de door de Spaanse autoriteiten verondersteld toename van de productiviteit met 6 % per jaar, die voor het opheffen van het toegangsdeficit noodzakelijk is, niet erg waarschijnlijk is, aangezien de effectiviteitstoename in verband met de infrastructuur bescheiden is.

50. Volgens de Spaanse regering verplicht de gewijzigde richtlijn 90/388 haar er niet toe, Telefónica tarieven voor te schrijven die op de werkelijke kosten zijn gebaseerd. Deze richtlijn verplicht haar alleen maar om de belemmeringen op te heffen die het Telefónica onmogelijk maken haar tarieven aan de werkelijke kosten aan te passen. Artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn 90/388 legt haar dus geen resultaatsverplichting, maar een inspanningsverplichting op.

51. Daarnaast bevat artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn 90/388 geen precieze termijn voor de nakoming van de verplichting om belemmeringen voor het in evenwicht brengen van tarieven op te heffen. Deze bepaling gaat juist uit van de gedachte dat het moeilijk is deze verplichting vóór 1 januari 1998 na te komen, want zij voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om bij vertraging de Commissie een gedetailleerd tijdschema voor te leggen.

52. Om de aan de lidstaten toekomende termijn voor de nakoming van de litigieuze verplichting te kunnen vaststellen, dient derhalve te worden verwezen naar de rechtspraak van het Hof, volgens welke het bestaan van een niet-nakoming moet worden beoordeeld naar de situatie waarin de lidstaat zich bevindt aan het einde van de in het met redenen omkleed advies vermelde termijn. In het onderhavige geval is de door het aanvullend met redenen omkleed advies gestelde termijn eind oktober 2001 verstreken.

53. Op die datum kan hem echter, zo stelt het Koninkrijk Spanje nadrukkelijk, geen enkele niet-nakoming worden verweten. Het staat immers vast dat Telefónica, zelfs indien wordt uitgegaan van een toename van de productiviteit met 3 à 4 %, in 2002 noch in 2003 een toegangsdeficit heeft geregistreerd.[20] Het beste bewijs hiervoor is het feit dat Telefónica haar klacht in april 2001 heeft ingetrokken.

20 — Van belang is dat het Koninkrijk Spanje zijn verweerschrift heeft ingediend op 25 maart 2002. Op die datum konden partijen uiteraard niet bekend zijn met de resultaten van Telefónica voor de jaren 2002 en 2003, daar deze nog niet voorhanden waren.

54. Het Verenigd Koninkrijk verzoekt het Hof daarom het beroep af te wijzen en de Commissie in de kosten te verwijzen.

IV — Beoordeling

55. Artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn 90/388 verplicht de lidstaten de noodzakelijke maatregelen te nemen om hun telecommunicatieorganisaties in staat te stellen hun tarieven weer in evenwicht brengen, dat wil zeggen een op de werkelijke kosten gebaseerde tariefstructuur tot stand te brengen.

56. Om de gegrondheid van het beroep van de Commissie te beoordelen, moet dus worden vastgesteld of Telefónica inderdaad haar tarieven heeft aangepast aan de werkelijke kosten. Voorzover dat niet het geval is, rijst de vraag of deze onevenwichtigheid in de tarieven voortvloeit uit het gedrag van Telefónica dan wel uit de door de Spaanse autoriteiten genomen maatregelen. Deze tweede stap in de redenering is noodzakelijk, daar, zoals de Spaanse regering heeft benadrukt, artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn 90/388 haar niet verplicht om de tarieven weer in evenwicht te brengen, maar om de noodzakelijke maatregelen te nemen om Telefónica in staat te stellen dit te doen.

57. Om te beginnen moet evenwel de stelling van de Spaanse regering, dat de termijn om de litigieuze verplichting na te komen eind oktober 2001 is verstreken, worden verworpen.

58. Uit de twintigste overweging van de considerans van richtlijn 96/19 blijkt namelijk dat de lidstaten de belemmeringen voor het weer in evenwicht brengen van de tarieven „zo spoedig mogelijk" dienden weg te nemen. De vijfde overweging van de considerans van deze richtlijn benadrukt op haar beurt, dat het weer in evenwicht brengen van de tarieven een voorbereidende maatregel is voor de openstelling van de markt voor mededinging en dat deze openstelling uiterlijk op 1 januari 1988 dient te zijn gerealiseerd. Verder preciseert artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn 90/388, dat de tarieven vóór 1 januari 1998 in evenwicht moeten zijn gebracht, daar de lidstaten anders verplicht zijn de Commissie een verslag over te leggen met een gedetailleerd tijdschema voor de nakoming.

59. Hieruit volgt dat de lidstaten de belemmeringen voor het in evenwicht brengen van de tarieven zo spoedig mogelijk na de inwerkingtreding van richtlijn 96/19[21] en uiterlijk op 1 januari 1998 moesten opheffen.

21 — Richtlijn 96/19 is (overeenkomstig artikel 3 ervan) in werking getreden op 11 april 1996.

60. Artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn 90/388 geeft weliswaar de mogelijkheid van die termijnen af te wijken indien de lidstaat een gedetailleerd tijdschema aan de Commissie overlegt, doch volgens mij gaat deze uitzondering in het onderhavige geval niet op. De Spaanse regering heeft namelijk niet aangetoond dat zij binnen de voorgeschreven termijn een gedetailleerd tijdschema voor de nakoming had vastgesteld [22] en dat dit tijdschema door de Commissie was goedgekeurd. [23]

61. Ook geloof ik niet dat de nakoming van de litigieuze verplichting is uitgesteld ten gevolge van beschikking 97/603. Zoals de Commissie heeft onderstreept [24], omschrijft het dispositief van deze beschikking precies met welke verplichtingen mag worden gewacht. De opheffing van de belemmeringen voor het weer in evenwicht brengen van de tarieven behoort daar niet toe. [25]

22 — Zie omtrent dit vereiste met name de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak Commissie/Frankrijk (arrest van 6 december 2001, C-146/00, Jurispr. blz. I-9767, punt 44), waarin wordt gesteld dat aan de eis van een gedetailleerd tijdschema niet wordt voldaan met het noemen van een simpele einddatum.

23 — Het vereiste van deze goedkeuring vloeit volgens mij impliciet voort uit richtlijn 96/19. Aangezien ten gevolge van het gedetailleerde tijdschema de termijn voor nakoming van de litigieuze verplichting (en voor het weer in evenwicht brengen van de tarieven) namelijk wordt uitgesteld en dit tijdschema de grondslag kan vormen voor een nieuw niet-nakomingsberoep, is het moeilijk denkbaar dat de Commissie geen toezicht uitoefent op de door de lidstaten overgelegde tijdschema's. De opzet en het doel van richtlijn 96/19 lijken mij juist te vereisen dat de Commissie haar goedkeuring hecht aan deze tijdschema's voor de uitvoering.

24 — Zie verzoekschrift (punt 66).

25 — De verplichtingen waarvan de nakoming mag worden uitgesteld, zijn de daadwerkelijke verlening van nieuwe vergunningen voor het verrichten van spraaktelefoniediensten en het beschikbaar stellen van openbare telecommunicatienetten (zie punt 12 van deze conclusie), alsook de mededeling aan de Commissie en de bekendmaking van de aanmeldings- en vergunningsprocedures voor het verrichten van spraaktelefoniediensten en de aanleg van openbare telecommunicatienetten, alsmede van de bijzonderheden over de voorgenomen nationale regeling inzake het delen van de nettokosten voor het voldoen aan de universeledienstverplichting (zie artikel 1, sub a, en sub b, van beschikking 97/603).

62. Derhalve meen ik dat het Koninkrijk Spanje verplicht was zo spoedig mogelijk na de inwerkingtreding van richtlijn 96/19 en uiterlijk 1 januari 1998 de noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde de belemmeringen voor het weer in evenwicht brengen van de tarieven op te heffen. In het licht hiervan zal ik de twee elementen toetsen waaruit de aan het Koninkrijk Spanje verweten niet-nakoming bestaat.

A — *Het bestaan van een onevenwichtigheid in de tarieven*

63. Volgens de twintigste overweging van de considerans van richtlijn 96/19 moet de tariefstructuur van de door de telecommunicatieorganisatie aangeboden dienst in evenwicht worden gebracht op vijf onderdelen, namelijk de initiële aansluitingskosten, het maandabonnement en de kosten van lokale, regionale en lange-afstandsgesprekken.

64. Om te bepalen of er een onevenwichtigheid bestaat in de tariefstructuur van de door Telefónica aangeboden diensten, zou het Hof zich kunnen baseren op de twee door de Commissie voorgestelde berekeningsmethoden. [26]

26 — Zie verzoekschrift (punten 46-50).

1. De eerste berekeningsmethode

65. De eerste methode bestaat erin, dat aan de hand van de boekhouding van Telefónica, die door de Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (de commissie voor de telecommunicatiemarkt) wordt goedgekeurd, bepaald wordt of er een toegangsdeficit bestaat. Zoals ik heb aangegeven [27], is het toegangsdeficit het verschil tussen de toegangsinkomsten, dat wil zeggen de opbrengsten van het maandabonnement en van de initiële aansluiting, en de toegangskosten, dat wil zeggen de kosten van de infrastructuur van het vaste telefoonnet, dat de eindgebruiker verbindt met de telefooncentrale van de telecommunicatieaanbieder.

66. In haar verweerschrift [28] heeft de Spaanse regering uitdrukkelijk erkend dat Telefónica in 1999 te maken heeft gehad met een toegangsdeficit van 173 449 miljard ESP. Zij voegde hieraan toe dat dit cijfer de grondslag had gevormd voor de wijzigingen die in mei 2001 zijn aangebracht in de „price cap"-regeling. Dat er in het boekjaar 1999 een onevenwichtigheid in de tarieven bestond, staat derhalve vast.

67. Wat de daaropvolgende jaren betreft, merkt ik op dat de Spaanse autoriteiten in hun brief van 9 oktober 2001 [29] verschillende schattingen van de winstmarge van Telefónica hebben gemaakt naar gelang van de veronderstelde toename van de productiviteit.

68. Uit die schattingen blijkt dat zelfs bij een jaarlijkse toename van de productiviteit met 6 % vanaf 1999 (hetgeen de meest gunstige veronderstelling is) Telefónica nog steeds tot aanvang 2002 met een toegangsdeficit te maken zou hebben gehad. In het volgens de Commissie meer waarschijnlijke geval van een toename van de productiviteit met 3 à 4 % per jaar vanaf 1999 was het toegangsdeficit van Telefónica bovendien niet voor aanvang 2003 gecompenseerd.

69. De door de Spaanse regering ter weerlegging van deze analyse aangevoerde argumenten zijn niet overtuigend.

70. Enerzijds bestrijdt de Spaanse regering de door de Commissie gemaakte schatting van het bedrag van het toegangsdeficit voor het boekjaar 1999. [30] Dit bedrag is volgens haar te hoog, omdat de Commissie hieronder ook de kosten van onrendabele

27 — Zie punt 38 van deze conclusie.
28 — Punten 27 en 28.
29 — Bijlage 24 van het verzoekschrift.
30 — Zie verweerschrift (punt 34).

telefoonlijnen heeft opgenomen, terwijl deze kosten al in de nettokosten van de universeledienstverplichting waren begrepen.

71. Dienaangaande volstaat het erop te wijzen dat het toegangsdeficit voor het boekjaar 1999 een gegeven is dat de Spaanse regering zelf in het kader van de precontentieuze procedure heeft aangevoerd [31] en dat zij in het onderhavige beroep uitdrukkelijk heeft bevestigd. [32] Derhalve valt niet goed in te zien, hoe de Commissie bij de schatting van het litigieuze bedrag een fout zou hebben kunnen maken. In elk geval hebben de Spaanse autoriteiten niet aangegeven wat volgens hen exact het bedrag van het toegangsdeficit van Telefónica in 1999 was.

72. Anderzijds voert de Spaanse regering aan dat het door haar zelf aan de Commissie in haar brief van 9 oktober 2001 opgegeven toegangsdeficit voor het boekjaar 2000 ook onjuist is. [33] Dit bedrag was 30 miljard ESP te hoog geschat, doordat hierin ten onrechte de kosten van de universele dienstverlening voor niet-winstgevende zones of voor speciale, voor bepaalde gebruikers geldende tarieven waren begrepen.

73. Dit argument kan volgens mij evenmin worden aanvaard, daar de Spaanse regering geen enkel bewijs levert voor de fout die zij zou hebben gemaakt.

74. Hoe dan ook erkent de Spaanse regering dat, ook indien met deze fout rekening was gehouden, het toegangsdeficit van Telefónica niet voor aanvang 2002 zou zijn gecompenseerd (zij baseert zich daartoe op een veronderstelde toename van de productiviteit met 3 à 4 % per jaar vanaf 1999). [34] Omdat deze compensatie van het toegangsdeficit, gesteld al dat zij wordt aangetoond, na afloop van de in het met redenen omklede advies gestelde termijn (27 oktober 2001) [35] heeft plaatsgevonden, kan daarmee geen rekening worden gehouden bij de beoordeling van de onderhavige niet-nakoming.

2. De tweede berekeningsmethode

75. De tweede berekeningsmethode bestaat in de vergelijking van de prijs van het door Telefónica in rekening gebrachte maandabonnement en het tarief voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.

31 — Brief van 29 maart 2001 (bijlage 22 van het verzoekschrift, punt 3, tweede alinea).

32 — Verweerschrift (punten 27 en 28).

33 — Ibidem (punt 35).

34 — Ibidem (punt 36, tweede alinea).

35 — De oorspronkelijk door de Commissie verleende termijn van twee maanden is op verzoek van de Spaanse autoriteiten met een maand verlengd (zie verweerschrift, punt 11). Omdat het aanvullend met redenen omkleed advies op 27 juli 2001 is uitgebracht, liep de termijn drie maanden later af, dat wil zeggen op 27 oktober 2001.

76. Zoals de Commissie heeft benadrukt [36], moeten de tarieven voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk overeenkomstig artikel 3, lid 3, van verordening nr. 2887/2000 op de werkelijke kosten worden gebaseerd. Overigens moet de prijs van het maandabonnement overeenkomstig artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn 90/388 ook op de werkelijke kosten worden gebaseerd.

77. Verder moeten de bestanddelen van de kosten voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk vergelijkbaar zijn met die welke uit het aanbieden van een maandabonnement voortvloeien. In beide gevallen is de noodzakelijke infrastructuur dezelfde (het gaat om het metalen aderpaar in het vaste openbare telefoonnetwerk dat de telefooncentrale van de exploitant verbindt met het toestel van de eindgebruiker) en omvat de tariefstructuur vergelijkbare bestanddelen (te weten de aansluit- en gesprekskosten enerzijds en de kosten van het gebruik van de ontbundelde lijnen en de abonnementskosten anderzijds). De prijs van het maandabonnement moet dus globaal gezien vergelijkbaar zijn met het tarief voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.

36 — Zie verzoekschrift (punt 48).

78. In het onderhavige geval blijkt uit de stukken, dat Telefónica de prijs van het maandabonnement voor de huisaansluitingen als volgt heeft vastgesteld:

— op ongeveer 1 742 ESP voor het jaar 2001 [37];

— op 1 942 ESP voor 2002 [38], en

— op 2 100 ESP voor 2003. [39]

79. Wij hebben echter gezien dat de Spaanse autoriteiten voor de ontbundelde

37 — Dit cijfer is de som van de bij voornoemde Orden van 31 juli 1998 bepaalde prijs van het maandabonnement (punt 20 van deze conclusie), ter hoogte van 1 442 ESP en de drie opeenvolgende verhogingen van 100 ESP per augustus 2000, maart 2001 en augustus 2001, zoals voorzien in voornoemd Real Decreto-Ley 16/1999 (punt 22 van deze conclusie).

38 — Dit cijfer is door de Commissie aangevoerd (zie verzoekschrift, punt 56) en door de Spaanse regering uitdrukkelijk bevestigd (zie verweerschrift, punten 28 en 35).

39 — Dit cijfer is door de Commissie aangevoerd (zie verzoekschrift, punt 56) en door de Spaanse regering uitdrukkelijk bevestigd (zie verweerschrift, punt 28).

toegang tot het aansluitnetwerk een ander tarief hebben vastgesteld. Bij voornoemde Orden van 29 december 2000 [40] is dit tarief immers vastgesteld op 2 163 ESP in 2001, 2 100 ESP in 2002 en 2 050 ESP in 2003.

80. Uit deze vergelijking blijkt dat de prijs van het maandabonnement in 2001 (met een verschil van 19,43 %) en in 2002 (met een verschil van 7,52 %) onder het tarief voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk is gebleven. Pas in 2003 zal de prijs van het maandabonnement hoger zijn dan het tarief voor de toegang tot het aansluitnetwerk (met een verschil van 2,38 %).

81. De door de Spaanse regering aangevoerde argumenten om deze conclusie te weerleggen, kunnen niet overtuigen.

82. De Spaanse regering is van mening dat het feit dat het tarief voor het maandabonnement lager is dan dat voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, de mededinging niet kan belemmeren en nieuwe aanbieders niet in een nadelige positie kan plaatsen. De conclusie dat de mededinging wordt verstoord, kan volgens haar alleen worden getrokken wanneer met verschillende factoren en met name met het feit dat er voor nieuwe marktdeelnemers geen universeledienstverplichting geldt, rekening wordt gehouden. [41]

83. Overigens geeft de Spaanse regering aan dat de prijs van het maandabonnement voor huisaansluitingen sinds augustus 1998 met meer dan 56 % is verhoogd, zodat de van de gebruiker verlangde bijdrage in de vaste kosten van de telefoniediensten in 2002 een einde heeft kunnen maken aan het toegangsdeficit.

84. Deze argumenten treffen in mijn ogen geen doel. De Spaanse regering lijkt namelijk in haar verweerschrift de deugdelijkheid van de tweede berekeningsmethode niet werkelijk te bestrijden en zelfs niet het feit dat er een verschil bestaat tussen de prijs van het maandabonnement en het tarief voor de toegang tot het aansluitnetwerk. Net als bij de eerste berekeningsmethode lijkt de Spaanse regering te erkennen dat er een toegangsdeficit bestaat tot aanvang 2002. [42]

85. Derhalve meen ik dat het Hof op grond van de stukken tot de slotsom kan komen, dat het in evenwicht brengen van de tarieven, zoals door artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn voorgeschreven,

40 — Zie punt 29 van deze conclusie.

41 — Zie verweerschrift (punten 39-41).

42 — Zie verweerschrift (punt 54).

door de historische Spaanse aanbieder niet is gerealiseerd voor aanvang 2003 en in elk geval niet voor het eind van de in het met redenen omklede advies gestelde termijn.

86. Thans dient dus nog te worden nagegaan, of deze onevenwichtigheid in de tarieven voortvloeit uit het gedrag van Telefónica dan wel uit de door de Spaanse autoriteiten genomen maatregelen.

B — *De toerekenbaarheid van de onevenwichtigheid in de tarieven*

87. Het is nuttig erop te wijzen, dat in de praktijk de tarieven weer in evenwicht gebracht moesten worden door een verhoging van de initiële aansluitkosten, het maandabonnement en de tarieven van de lokale gesprekken, alsook door een verlaging van de tarieven van niet-lokale en internationale gesprekken.

88. Tot de inwerkingtreding van de „price cap"-regeling hebben de Spaanse autoriteiten altijd zelf beslist over de verschillende verhogingen en verlagingen van de tarieven voor de diverse onderdelen van de spraaktelefoniediensten. Zo weten we dat

— bij voornoemde Orden van 18 maart 1997 de prijs per maand voor het abonnement met 16 % en die van lokale gesprekken met 13 % is verhoogd, terwijl de kosten voor gesprekken binnen de provincie met 5 %, voor interprovinciale gesprekken met 15 % en voor internationale gesprekken met 12 % zijn verlaagd;

— bij voornoemde Orden van 31 juli 1998 de prijs per maand voor het abonnement voor „huisaansluitingen" op 1 442 ESP is vastgesteld en voor „verbindingsaansluitingen" op 1 797 ESP;

— op 16 april 1999 de Spaanse autoriteiten hebben besloten tot een nieuwe verlaging van de tarieven voor gesprekken binnen de provincie, interprovinciale gesprekken en internationale gesprekken;

— in voornoemd Real Decreto-Ley 16/1999 drie opeenvolgende verhogingen van elk 100 ESP voor het maandabonnement zijn vastgesteld: in augustus 2000, in maart 2001 en in augustus 2001.

89. Hieruit volgt dat Telefónica tot aan de inwerkingtreding van de „price cap"-regeling over geen enkele speelruimte beschikte bij de vaststelling van haar tarieven. Daarom kan ervan worden uitgegaan dat uitsluitend de Spaanse autoriteiten verantwoordelijk zijn voor het nog steeds niet in evenwicht brengen van de tarieven in 1999 en 2000.

90. In de daaropvolgende jaren heeft de „price cap"-regeling de historische aanbieder in Spanje een zekere ruimte gegeven.[43] Deze regeling, die gebaseerd is op een systeem van maximumprijzen, geeft de grenzen aan waarbinnen Telefónica ieder jaar haar prijzen mag verhogen of verlagen.

91. Niettemin lijkt de aan Telefónica toegekende vrijheid onvoldoende te zijn geweest om haar in staat te stellen de tarieven in evenwicht te brengen zoals de gewijzigde richtlijn 90/388 vereist.

92. In haar verweerschrift[44] heeft de Spaanse regering immers de stelling van de Commissie bestreden, dat Telefónica in 2002 en 2003 geen gebruik had gemaakt van haar vrijheid om de tarieven vast te stellen. Zij heeft aangegeven dat „Telefónica de [door de ‚price cap'-regeling] toegestane speelruimte geheel heeft benut door de prijzen van de abonnementen voor de huis- en bedrijfsaansluitingen op 1 januari 2002 tot het voor het hele jaar geldende maximum te verhogen".

93. Uit de hierboven uiteengezette overwegingen[45] volgt dat het — zelfs maximaal — benutten van deze vrijheid niet voldoende is geweest om het door de gewijzigde richtlijn 90/388 vereiste herstel van het evenwicht in de tarieven te realiseren. De voor de periode 2000-2001 vastgestelde onevenwichtigheid in de tarieven kan dus niet worden toegerekend aan het gedrag van Telefónica, maar lijkt juist het gevolg te zijn van de door de Spaanse autoriteiten genomen maatregelen, en met name van de door hen vastgestelde maximumprijzen.

94. Op grond van de stukken stel ik het Hof daarom voor, vast te stellen dat het Koninkrijk Spanje niet alle noodzakelijke maatregelen heeft genomen om zijn telecommunicatieorganisatie in staat te stellen haar tarieven in evenwicht te brengen, zoals artikel 4 quater van de gewijzigde richtlijn vereist.

43 — Zie punt 25 van deze conclusie.

44 — Punten 51 en 52.

45 — Zie punten 63-85 van deze conclusie.

V — Conclusie

95. Ik geef het Hof derhalve in overweging, het beroep toe te wijzen en voor recht te verklaren:

„1) Door niet alle maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de historische aanbieder van telecommunicatiediensten, Telefónica de España SA, in staat te stellen haar tarieven in evenwicht te brengen overeenkomstig artikel 4 quater 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, is het Koninkrijk Spanje de krachtens deze richtlijnen op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) Het Koninkrijk Spanje wordt verwezen in de kosten."