CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 28 mei 2020[1]

Zaak C-49/19

Europese Commissie
tegen

Portugese Republiek

„Niet-nakoming – Richtlijn 2002/22/EG – Elektronische communicatie – Financiering van de universeledienstverplichtingen – Gezamenlijke financieringsregeling – Beginselen van transparantie, minimale verstoring van de markt, niet-discriminatie en evenredigheid”

I. Inleiding

1. Richtlijn 2002/22/EG[2] beoogt „een geharmoniseerd regelgevingskader in te voeren dat de levering van de universele dienst, dat wil zeggen het tegen een betaalbare prijs voorzien in een vastgesteld minimumaantal diensten voor alle eindgebruikers, moet garanderen”[3] en weerspiegelt het belang dat iedereen toegang heeft tot bepaalde essentiële telecommunicatiediensten. De door deze richtlijn ingevoerde universeledienstverplichtingen hebben dan ook tot doel om bepaalde negatieve effecten te verzachten die de liberalisering van de telecommunicatiemarkt zou kunnen hebben in bepaalde geografische gebieden of voor bepaalde personen in de Europese Unie, die anders verstoken zouden blijven van toegang tot diensten die onontbeerlijk zijn.[4]

2. Om te verzekeren dat die essentiële diensten worden aangeboden, kunnen de lidstaten een of meer ondernemingen belasten met het verzorgen van de universele dienst. Die universeledienstverplichtingen kunnen in bepaalde omstandigheden echter alleen worden vervuld met verlies of tegen nettokosten die buiten normale commerciële normen vallen.[5] De lidstaten voeren dan een mechanisme voor het financieren van die aan de universeledienstverplichtingen verbonden kosten in. Volgens artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/22 hebben zij daarbij de keuze uit twee mogelijkheden: compensatie uit overheidsmiddelen voor de met het aanbieden van de universele dienst belaste onderneming of invoering van een

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 51).

3 Arrest van 19 juni 2008, Commissie/Frankrijk (C-220/07, niet gepubliceerd, EU:C:2008:354, punt 28).

4 Slautsky, E., „Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale: quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union”, *Cahiers de droit européen*, 2016, deel 52, nr. 3, blz. 886.

5 Overweging 18 van richtlijn 2002/22. Zie ook Slautsky, E., op. cit.

regeling waarbij de nettokosten voor het aanbieden van de universele dienst worden verdeeld over de verschillende telecomexploitanten. De Portugese Republiek heeft voor de tweede optie gekozen.

3. De door de Portugese Republiek ingevoerde gezamenlijke financieringsregeling vertoont echter een bijzonderheid. Deze regeling voorziet namelijk onder meer in de heffing van een buitengewone bijdrage ter compensatie van de kosten van de universele dienst die zijn gemaakt voordat het verdelingsmechanisme werd ingevoerd. Het is dit bijzondere aspect van de regeling dat volgens de Europese Commissie onverenigbaar is met artikel 13, lid 3, van richtlijn 2002/22 en bijlage IV, deel B, bij deze richtlijn. De Commissie is namelijk van mening dat de buitengewone bijdrage niet voldoet aan de beginselen van transparantie, evenredigheid, minimale verstoring van de markt en niet-discriminatie, die volgens de genoemde bepalingen bij een gezamenlijke financieringsregeling moeten worden nageleefd.

4. Met het onderhavige beroep wegens niet-nakoming verzoekt de Commissie het Hof dan ook om vast te stellen dat de Portugese Republiek, door bij Lei n.º 35/2012 do Fundo de Compensação do Serviço Universal (wet nr. 35/2012 betreffende het compensatiefonds voor de universele dienst) van 23 augustus 2012[6], in de versie zoals van toepassing in casu, een buitengewone bijdrage in te voeren met het oog op de verdeling van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen vanaf 2007, de krachtens artikel 13, lid 3, van richtlijn 2002/22 en bijlage IV, deel B, bij deze richtlijn op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

5. Deze zaak biedt het Hof dus de gelegenheid te verduidelijken wat de reikwijdte is van de vereisten waaraan een regeling voor de verdeling van de nettokosten voor het aanbieden van de universele dienst dient te voldoen.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

6. De overwegingen 18 tot en met 21 en 23 van richtlijn 2002/22 luiden als volgt:

„(18) De lidstaten moeten, waar nodig, mechanismen voor het financieren van de nettokosten van universeledienstverplichtingen invoeren in gevallen waarin is aangetoond dat de verplichtingen alleen kunnen worden vervuld met verlies of tegen nettokosten die buiten normale commerciële normen vallen. Het is belangrijk ervoor te zorgen dat de nettokosten van universeledienstverplichtingen juist worden berekend en dat de financiering een zo gering mogelijk verstorend effect heeft op de markt en op ondernemingen, en verenigbaar is met de artikelen [107 en 108 VWEU].

(19) Bij het berekenen van de nettokosten van de universele dienst moet naar behoren rekening worden gehouden met kosten en inkomsten alsmede met de immateriële voordelen van het aanbieden van de universele dienst, terwijl geen belemmering mag ontstaan voor het algemene streven naar prijsstructuren die een weergave van de kosten vormen. Nettokosten van universeledienstverplichtingen moeten aan de hand van transparante procedures worden berekend.

[6] *Diário da República*, 1e serie, nr. 163 van 23 augustus 2012.

(20) Onder rekening houden met alle immateriële voordelen wordt verstaan dat om de totale financiële kosten te bepalen de financiële raming van de onrechtstreekse voordelen die een onderneming ingevolge haar positie als universeledienstverstrekker geniet, moet worden afgetrokken van de rechtstreekse nettokosten van de universeledienstverplichtingen.

(21) Ingeval een universeledienstverplichting een onredelijke last voor de onderneming vormt, moeten de lidstaten regelingen voor een efficiënte dekking van de nettokosten kunnen invoeren. Het gebruik van algemene overheidsmiddelen is één methode voor het dekken van de nettokosten van universeledienstverplichtingen. Het is eveneens redelijk bewezen nettokosten op een transparante wijze te verhalen op alle gebruikers door middel van heffingen op de ondernemingen. De lidstaten zouden in staat moeten zijn om de nettokosten van verschillende elementen van de universele dienst te financieren met behulp van verschillende regelingen en/of om de nettokosten van enkele of alle elementen te financieren door middel van een van de regelingen of een combinatie van beide. In het geval van kostendekking door middel van heffingen op de ondernemingen moeten de lidstaten zorgen dat de verdelingswijze op objectieve en niet-discriminerende criteria is gebaseerd en in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Dit beginsel belet niet dat lidstaten nieuwkomers kunnen vrijstellen zolang deze nog geen significante positie op de markt hebben verworven. De toegepaste financieringsregeling moet waarborgen dat de marktpartijen alleen bijdragen aan de financiering van universeledienstverplichtingen en niet aan andere activiteiten die niet direct samenhangen met het vervullen van universeledienstverplichtingen. Het dekkingsmechanisme moet in elk geval voldoen aan de beginselen van het gemeenschapsrecht en, in het geval van een fonds voor gezamenlijke financiering, de beginselen van niet-discriminatie en evenredigheid. Het financieringsmechanisme moet waarborgen dat gebruikers in een lidstaat niet bijdragen in kosten van de universele dienst in een andere lidstaat, bijvoorbeeld bij gesprekken tussen twee lidstaten.

[...]

(23) De nettokosten van de universeledienstverplichtingen kunnen worden gedeeld door alle of specifieke groepen ondernemingen. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat de gezamenlijke financieringsregeling voldoet aan de beginselen van transparantie, minimale verstoring van de markt, niet-discriminatie en evenredigheid. Onder minimale verstoring van de markt moet worden verstaan dat de bijdragen zo moeten worden geïnd dat de financiële gevolgen voor de eindgebruikers zo klein mogelijk zijn, bijvoorbeeld doordat de bijdragen zoveel mogelijk worden gespreid."

7. Artikel 12 van richtlijn 2002/22, „Kostenberekening van de universeledienstverplichtingen", bepaalt:

„1. Wanneer de nationale regelgevende instanties van oordeel zijn dat het aanbieden van de universele dienst als omschreven in de artikelen 3 tot en met 10 een onredelijke last kan vormen voor ondernemingen die zijn aangewezen om de universele dienst aan te bieden, berekenen zij de nettokosten voor het aanbieden van die dienst.

De nationale regelgevende instanties zullen daartoe:

a) de nettokosten van de universeledienstverplichtingen berekenen, rekening houdend met eventuele marktvoordelen die voor een aangewezen onderneming uit het aanbieden van de universele dienst voortvloeien, overeenkomstig bijlage IV, deel A; of

b) gebruikmaken van de nettokosten van het aanbieden van de universele dienst als vastgesteld door een aanwijzingssysteem overeenkomstig artikel 8, lid 2.

2. De kostenramingen en/of de andere gegevens die als basis dienen voor de berekening van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen zoals bedoeld in lid 1, onder a), worden gecontroleerd of geverifieerd door de nationale regelgevende instantie of een instantie die onafhankelijk is van de betrokken partijen en door de nationale regelgevende instantie is gemachtigd. De resultaten van de kostenberekening en de conclusies van de controle zijn voor het publiek beschikbaar."

8. Artikel 13 van richtlijn 2002/22, „Financiering van de universeledienstverplichtingen", luidt als volgt:

„1. Indien de nationale regelgevende instanties, op grond van de nettokostenberekening bedoeld in artikel 12 vaststellen dat een onderneming een onredelijke last wordt opgelegd, kunnen de lidstaten op verzoek van een aangewezen onderneming besluiten:

a) een mechanisme in te voeren waarmee die onderneming voor de vastgestelde nettokosten onder transparante voorwaarden uit publieke middelen [wordt] gecompenseerd, en/of

b) de nettokosten van de universeledienstverplichtingen te verdelen onder de aanbieders van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten.

2. Indien de nettokosten worden gedeeld overeenkomstig lid 1, onder b), voeren de lidstaten een gezamenlijke financieringsregeling in die wordt beheerd door de nationale regelgevende instantie of door een van de begunstigden onafhankelijk orgaan onder supervisie van de nationale regelgevende instantie. Alleen de nettokosten, als bepaald in overeenstemming met artikel 12, van de in de artikelen 3 tot en met 10 vastgelegde verplichtingen mogen worden gefinancierd.

3. Bij een gezamenlijke financieringsregeling worden de beginselen van transparantie, minimale verstoring van de markt, niet-discriminatie en evenredigheid in acht genomen, overeenkomstig de beginselen van bijlage IV, deel B. De lidstaten kunnen beslissen geen bijdrage te vragen van ondernemingen waarvan de nationale omzet onder een bepaalde grens blijft.

4. Eventuele onkosten in verband met de deling van de kosten van universeledienstverplichtingen worden voor iedere onderneming gespecificeerd en afzonderlijk bepaald. Die onkosten mogen niet worden aangerekend aan of geïnd van ondernemingen die geen diensten verlenen op het grondgebied van de lidstaat die de gezamenlijke financieringsregeling heeft ingesteld."

9. In artikel 14 van richtlijn 2002/22, „Transparantie", is bepaald:

„1. Indien een regeling tot deling van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen zoals bedoeld in artikel 13 wordt ingevoerd, zien de nationale regelgevende instanties erop toe dat de beginselen voor de kostendeling en de details van de toegepaste regeling voor het publiek beschikbaar zijn.

2. Onder voorbehoud van de communautaire en nationale voorschriften betreffende het zakengeheim zorgen de nationale regelgevende instanties ervoor dat een jaarlijks verslag wordt gepubliceerd waarin de berekende kosten van de universeledienstverplichtingen worden vermeld, alsook de bijdragen die alle betrokken ondernemingen hebben betaald en de eventuele marktvoordelen die daaruit zijn voortgevloeid voor de ondernemingen die voor het aanbieden van de universele dienst zijn aangewezen, wanneer een fonds daadwerkelijk is ingesteld en functioneert."

10. In bijlage IV, deel B, bij richtlijn 2002/22 staat te lezen:

„Ter dekking of financiering van de nettokosten van universeledienstverplichtingen dienen aangewezen ondernemingen met universeledienstverplichtingen te worden vergoed voor de diensten die zij op niet-commerciële voorwaarden aanbieden. Omdat een dergelijke vergoeding gepaard gaat met overdrachten van financiële middelen, zorgen de lidstaten ervoor dat deze overdrachten op een objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige manier plaatsvinden. Dit betekent dat de overdrachten leiden tot [een] zo gering mogelijke verstoring van de concurrentieverhoudingen en de gebruikersvraag.

Overeenkomstig artikel 13, lid 3, dient een gezamenlijke financieringsregeling op basis van een fonds een transparant en neutraal middel voor het innen van de bijdragen te zijn, dat het gevaar vermijdt van dubbele belasting op zowel de output als de input van ondernemingen.

De onafhankelijke instantie die het fonds beheert, is belast met het innen van de bijdragen van ondernemingen die worden geacht bij te moeten dragen aan de nettokosten van universeledienstverplichtingen in de lidstaat, en ziet toe op de overdracht van de verschuldigde bedragen en/of administratieve betalingen aan de ondernemingen die recht hebben op uitkeringen uit het fonds.

B. Portugees recht

11. Bij Lei n.º 5/2004 das Comunicações Eletrónicas (wet nr. 5/2004 betreffende de elektronische communicatie) van 10 februari 2004[7], zoals laatstelijk gewijzigd bij Decreto-Lei n. º 92/2017 (wetsbesluit nr. 92/2017) van 31 juni 2017[8] (hierna: „wet nr. 5/2004"), is Decreto-Lei n.º 458/99 (wetsbesluit nr. 458/99) van 5 november 1999[9] ingetrokken en richtlijn 2002/22 omgezet in Portugees recht.

12. Artikel 97 van wet nr. 5/2004 bepaalt:

„1. Wanneer het bestaan is vastgesteld van aan het aanbieden van de universele dienst verbonden nettokosten die door de nationale regelgevende instantie als onredelijk worden beschouwd, staat het aan de regering om op verzoek van de respectieve dienstverrichters te zorgen voor een passende compensatie, door

a) publieke middelen in te zetten, en/of

[7] *Diário da República*, 1e serie, nr. 34 van 10 februari 2004.

[8] *Diário da República*, 1e serie, nr. 146 van 31 juli 2017.

[9] *Diário da República*, 1e serie, nr. 258 van 5 november 1999.

b) de kosten te verdelen over de andere ondernemingen die op het nationale grondgebied voor het publiek toegankelijke elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aanbieden.

2. Wanneer de in lid 1, onder b), bedoelde regeling wordt toegepast, dient er een compensatiefonds te worden ingesteld waaraan wordt bijgedragen door de ondernemingen die op het nationale grondgebied voor het publiek toegankelijke elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aanbieden, en dat wordt beheerd door de nationale regelgevende instantie of door een ander door de regering aangewezen onafhankelijk orgaan onder supervisie van de nationale regelgevende instantie.

3. De criteria voor de verdeling van de nettokosten van de universele dienst over de bijdrageplichtige ondernemingen worden door de regering vastgesteld met naleving van de beginselen van transparantie, minimale verstoring van de markt, niet-discriminatie en evenredigheid.

[...]"

13. Bij wet nr. 35/2012 is er een compensatiefonds voor de universele dienstverlening met betrekking tot elektronische communicatie ingesteld teneinde de uit de universeledienstverplichtingen voortvloeiende nettokosten te financieren en ervoor te zorgen dat die kosten worden verdeeld over de ondernemingen die aan het fonds moeten bijdragen.

14. In artikel 1 van wet nr. 35/2012 staat het doel van deze wet omschreven, te weten de oprichting van het in artikel 97, lid 2, van wet nr. 5/2004 bedoelde compensatiefonds voor de universele dienstverlening met betrekking tot elektronische communicatie, en vaststelling van het criterium voor de verdeling van de aan deze dienstverlening verbonden nettokosten over de ondernemingen die aan het fonds moeten bijdragen.

15. Artikel 2, lid 1, van wet nr. 35/2012 bepaalt dat „[in] het kader van het compensatiefonds [...] de beginselen van transparantie, niet-discriminatie, evenredigheid en minimale verstoring van de markt [worden] nageleefd".

16. Artikel 6 van dezelfde wet bepaalt:

„Het compensatiefonds dient ter financiering van de nettokosten van de universele dienst die worden vastgesteld in het kader van de aanbestedingsprocedures bedoeld in artikel 99, lid 3, van wet nr. 5/2004 [...], zoals gewijzigd en opnieuw gepubliceerd bij wet nr. 51/2011 van 13 september 2011, en die door [de Autoridade Nacional de Comunicações (nationale communicatieautoriteit; hierna: ‚Anacom')] als onredelijk worden beschouwd, overeenkomstig artikel 95, lid 1, onder b), en artikel 97 van dezelfde wet, alsmede ter financiering van de in hoofdstuk V bedoelde nettokosten van de universele dienst."

17. Artikel 17 van wet nr. 35/2012, met als opschrift „Financiering van de nettokosten die zijn gemaakt in de periode voorafgaand aan de aanwijzing via een aanbesteding", bepaalt:

„1. Het bij deze wet ingestelde compensatiefonds wordt ook ingezet ter compensatie van de nettokosten van de universele dienst die zijn gemaakt vóór de datum van aanvang van de universele dienstverlening door de overeenkomstig artikel 99, lid 3, van wet nr. 5/2004 [...], zoals gewijzigd en opnieuw gepubliceerd bij wet nr. 51/2011 van 13 september 2011, aangewezen exploitant of exploitanten, mits aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

a) na een controle wordt het bestaan van nettokosten vastgesteld en deze kosten worden door [Anacom] als onredelijk beschouwd, overeenkomstig artikel 95, lid 1, onder a), artikel 95, lid 2, en de artikelen 96 en 97 van wet nr. 5/2004 [...], zoals gewijzigd en opnieuw gepubliceerd bij wet nr. 51/2011 van 13 september 2011, en

b) de universeledienstverrichter dient bij de regering een verzoek tot compensatie van de in de voorgaande alinea bedoelde kosten in.

2. Het bedrag van de te compenseren nettokosten die zijn gemaakt in de periode voorafgaand aan de aanwijzing via een aanbesteding, komt overeen met het bedrag zoals dit door [Anacom] wordt goedgekeurd overeenkomstig het bepaalde in lid 1, onder a)."

18. Artikel 18, lid 1, van wet nr. 35/2012 bepaalt dat „[d]e ondernemingen die op het nationale grondgebied voor het publiek toegankelijke elektronischecommunicatienetwerken en/of -diensten aanbieden, [...] ertoe verplicht [zijn] om een buitengewone bijdrage in het compensatiefonds te storten voor elk van de jaren 2013, 2014 en 2015. Die buitengewone bijdrage dient uitsluitend ter financiering van de in het voorgaande artikel bedoelde nettokosten zoals deze in die jaren door [Anacom] worden goedgekeurd."

19. Volgens artikel 18, lid 5, van wet nr. 35/2012 bedraagt „[d]e in lid 1 bedoelde buitengewone bijdrage [...] 3 % van de relevante jaaromzet van elke entiteit, met inachtneming van de in de volgende leden bepaalde maxima".

20. Artikel 18, lid 6, van dezelfde wet bepaalt dat „[h]et bedrag van de door elke entiteit te betalen buitengewone bijdrage [...] nooit hoger [kan] zijn dan het bedrag dat zou worden verkregen door de in artikel 17, lid 2, bedoelde nettokosten te verdelen over de bijdrageplichtige entiteiten naar rato van hun relevante omzet".

21. Volgens artikel 20 van wet nr. 35/2012 kan de betaling van de voor elk jaar verschuldigde buitengewone bijdrage worden gespreid over een periode van vijf jaar.

III. Voorgeschiedenis van het geding

A. Aan het geding ten grondslag liggende feiten

22. Bij Decreto-Lei n.º 31/2003 (wetsbesluit nr. 31/2003) van 17 februari 2003, dat de grondslagen van de concessie voor openbare telecommunicatiediensten in Portugal heeft gewijzigd, is de vennootschap PT Comunicações (hierna: „PTC") aangewezen als de aanbieder van de universele dienst tot 2025.

23. In die hoedanigheid heeft PTC herhaaldelijk ramingen gepresenteerd van de nettokosten die het aanbieden van de universele dienst voor haar heeft meegebracht, waarbij zij voor 1996 tot en met 1999 en vervolgens voor 2000, 2001, 2002 en 2003 verzoeken tot compensatie voor de door haar geleden verliezen heeft ingediend. Anacom heeft die verschillende verzoeken tot schadeloosstelling evenwel afgewezen.

24. Naar aanleiding van de vaststelling van wet nr. 5/2004 en een door PTC in juli 2007 ingediend verzoek heeft Anacom op 9 juni 2011 – na een publieke raadpleging en nadat de belanghebbenden waren gehoord – twee resoluties aangenomen die een verduidelijking bevatten van het begrip „onredelijke last" in de zin van artikel 97 van wet nr. 5/2004, respectievelijk van de methode om de nettokosten van de universele dienst te berekenen.

25. Op grond daarvan heeft Anacom geoordeeld dat het aanbieden van de universele dienst door PTC tot 2006 geen onredelijke last had gevormd voor deze onderneming. Voorts heeft Anacom besloten om voor de periode vanaf 1 januari 2007 tot de datum van aanvang van de universele dienstverlening door de via een aanbesteding aangewezen exploitant of exploitanten de goedgekeurde methode voor de berekening van de nettokosten van de universele dienst toe te passen.

26. Vervolgens is wet nr. 35/2012 aangenomen, waarbij het compensatiefonds voor de universele dienstverlening met betrekking tot elektronische communicatie is ingesteld en die onder meer voorziet in de heffing van een buitengewone bijdrage, bedoeld om PTC te compenseren voor de nettokosten die zij heeft gemaakt in de periode voorafgaand aan de aanwijzing via een aanbesteding.

27. Overeenkomstig de resoluties van Anacom en wet nr. 35/2012 zijn naar aanleiding van de door PTC gepresenteerde ramingen de nettokosten van de universele dienst voor de periode van 2007 tot en met 2009 geverifieerd en is het uiteindelijke bedrag ervan door Anacom goedgekeurd op 19 september 2013. De nettokosten voor 2010 en 2011 zijn goedgekeurd op 20 november 2014, terwijl Anacom in de loop van 2015 een definitief besluit heeft genomen met betrekking tot de uitkomsten van de verificatie van de nettokosten voor 2012 en 2013.

28. Vervolgens heeft Anacom in drie andere besluiten vermeld welke entiteiten een bijdrage moesten storten in het compensatiefonds voor de universele dienstverlening met betrekking tot elektronische communicatie, en het bedrag vastgesteld van de buitengewone bijdragen die moesten worden betaald ter compensatie van de nettokosten van de universele dienst die waren gemaakt in de periode van 2007 tot en met 2009, in 2010 en 2011, en in 2012 en 2013.

29. De buitengewone bijdragen die moesten worden betaald voor 2013, 2014 en 2015, dienden dus ter compensatie van het uiteindelijke bedrag van de nettokosten die waren gemaakt in, respectievelijk, de boekjaren 2007 tot en met 2009, de boekjaren 2010 en 2011, en de boekjaren 2012 en 2013.

30. In dezelfde periode heeft de Portugese Republiek drie aanbestedingen uitgeschreven met het oog op de selectie van de exploitant of exploitanten die zouden worden aangewezen als aanbieder(s) van de universele dienst. Naar aanleiding daarvan zijn nieuwe exploitanten aangewezen als universeledienstverrichter voor de aansluiting op een openbaar communicatienetwerk op een vaste locatie en de verlening van openbare telefoondiensten. PTC is geselecteerd voor het aanbieden van de universele dienst van het beschikbaar stellen van

openbare betaaltelefoons op het nationale grondgebied.[10] De overeenkomsten met die exploitanten zijn uiterlijk op 1 juni 2014 – de datum waarop de vorige met PTC gesloten concessieovereenkomst voor het aanbieden van de universele dienst afliep – in werking getreden.

B. Precontentieuze procedure

31. Bij brief van 13 december 2012 heeft de Commissie de Portugese Republiek in het kader van het „EU-Pilot"-mechanisme verzocht om opheldering over de verenigbaarheid van het bij wet nr. 35/2012 ingestelde compensatiefonds voor de universele dienst met artikel 13 van richtlijn 2002/22 en bijlage IV, deel B, bij deze richtlijn. Het verzoek om opheldering betrof met name de compensatie van de nettokosten die PTC in het verleden als aanbieder van de universele dienst had gemaakt, in de periode voordat zij via een aanbesteding opnieuw als universeledienstverrichter werd aangewezen.

32. Op 21 februari 2013 hebben de Portugese autoriteiten op dat verzoek geantwoord. Zij hebben aanvullende informatie verstrekt, eerst tijdens een bijeenkomst met de diensten van de Commissie op 23 oktober 2014 en vervolgens in een brief van 5 december 2014.

33. Op 27 februari 2015 heeft de Commissie de Portugese Republiek een aanmaningsbrief gestuurd. In hun antwoord van 29 april 2015 hebben de Portugese autoriteiten betoogd dat de Portugese wetgeving en de uitvoering ervan moesten worden geacht in overeenstemming te zijn met de vereisten van richtlijn 2002/22, met name de beginselen van transparantie, minimale verstoring van de markt, niet-discriminatie en evenredigheid.

34. Na bestudering van dat antwoord heeft de Commissie de Portugese Republiek op 29 april 2016 een met redenen omkleed advies gestuurd, met verzoek de nodige maatregelen te nemen om aan het advies te voldoen binnen een termijn van twee maanden na ontvangst ervan.

35. De Portugese autoriteiten hebben bij brief van 1 juli 2016 op het met redenen omkleed advies geantwoord. In aanvulling daarop hebben zij op 14 oktober 2016 nog een tweede brief gestuurd naar aanleiding van een bijeenkomst met de diensten van de Commissie op 7 september 2016. De Portugese autoriteiten hebben de Commissie nieuwe informatie verstrekt over de procedures voor het horen van de exploitanten en over de geschillen op het betrokken gebied, over de hoogte van de bijdrage in verhouding tot de omzet van de exploitanten en van de sector, over de exploitanten die in 2007 op de markt aanwezig waren in vergelijking met de actuele situatie, en over de betalingsstatus van de buitengewone bijdrage.

36. In januari en juli 2017 hebben nog twee andere bijeenkomsten tussen de Commissie en de Portugese autoriteiten plaatsgevonden. Tijdens de laatste bijeenkomst is gesproken over verschillende oplossingen om het tussen de partijen bestaande geschil te beslechten. Daarop heeft de Commissie de Portugese autoriteiten verzocht om met een voorstel voor een oplossing te komen, en aan te geven binnen welke termijn daaraan uitvoering zou worden gegeven. In twee brieven van 14 maart 2017 en 12 september 2018 hebben de Portugese autoriteiten voorgesteld om opnieuw een bijeenkomst te beleggen, respectievelijk kenbaar gemaakt dat zij het raadzaam achtten de uitkomsten af te wachten van door enkele exploitanten bij de nationale rechter aanhangig gemaakte procedures over de uitlegging van wet nr. 35/2012.

[10] Resolução do Conselho de Ministros nº 66-A/2013 (resolutie nr. 66-A/2013 van de ministerraad) van 18 juli 2013, *Diário da República*, 1 e supplement, 1e serie, nr. 202 van 18 oktober 2013.

C. Procedure bij het Hof

37. Omdat de Commissie het oneens was met de Portugese Republiek, heeft zij bij verzoekschrift van 25 januari 2019 het onderhavige beroep ingesteld.

38. De Portugese regering en de Commissie hebben ter terechtzitting van 11 maart 2020 hun standpunten mondeling toegelicht.

IV. Analyse

39. Met haar beroep betwist de Commissie dat de in artikel 18 van wet nr. 35/2012 geregelde buitengewone bijdrage in de verdeling van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen verenigbaar is met artikel 13 van richtlijn 2002/22 en bijlage IV, deel B, bij deze richtlijn. De Commissie stelt meer in het bijzonder dat deze bijdrage niet voldoet aan de in die bepalingen geformuleerde beginselen van transparantie, minimale verstoring van de markt, niet-discriminatie en evenredigheid.

A. Transparantiebeginsel

1. Argumenten van partijen

40. De Commissie stelt dat het transparantiebeginsel zich niet beperkt tot de verplichting om gegevens over de verdeling van de nettokosten van de universele dienst te publiceren en beschikbaar te stellen, maar verder gaat dan de in artikel 14 van richtlijn 2002/22 geformuleerde vereisten.

41. Volgens de Commissie volgt uit de rechtspraak van het Hof dat het transparantiebeginsel ook andere aspecten omvat. Om te beginnen heeft het Hof geoordeeld dat een regeling voor de verdeling van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen slechts in overeenstemming is met het transparantiebeginsel indien de gegevens die de berekening van de bijdragen mogelijk maken, „volgens objectieve criteria [...] worden vastgesteld aan de hand van vergelijkbare en dus transparante factoren, zodat [de] aanbieders hun te verwachten kosten en opbrengsten kunnen berekenen”.[11] De Commissie is dan ook van mening dat de vereisten van duidelijkheid en nauwkeurigheid onderdeel zijn van het transparantiebeginsel.

42. De Commissie stelt voorts dat het transparantiebeginsel samenhangt met het rechtszekerheidsbeginsel dat het beoogt te waarborgen, zodat het verlangt dat de regels inzake de financiering van de universele dienst, die financiële consequenties kunnen hebben voor de ondernemingen, duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn. Preciezer gezegd: het transparantiebeginsel, dat moet worden gelezen in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel, vereist dat de belanghebbenden in staat worden gesteld de omvang van hun verplichtingen nauwkeurig te kennen.

43. De Portugese Republiek bestrijdt de door de Commissie aan het transparantiebeginsel gegeven uitlegging, die zij als maximalistisch en formalistisch bestempelt. In haar ogen is het transparantiebeginsel een waarborg dat de lidstaten de uit het Unierecht voortvloeiende

[11] Arrest van 6 december 2001, Commissie/Frankrijk (C-146/00, EU:C:2001:668, punten 48 en 49).

verplichtingen nakomen, en gaat het er bij dit beginsel dus om dat de nettokosten van de universeledienstverplichtingen worden berekend aan de hand van objectieve criteria en vergelijkbare factoren. De voorzienbaarheid van de kosten is een consequentie van die objectiviteit en vergelijkbaarheid.

44. De Portugese Republiek stelt voorts dat het rechtszekerheidsbeginsel niet mag worden verward met het transparantiebeginsel. De argumenten van de Commissie betreffen volgens haar echter vooral het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen. Het betoog van de Commissie komt er namelijk op neer dat wordt uitgegaan van vermeende terugwerkende kracht van de buitengewone bijdrage, die op gespannen voet zou staan met het rechtszekerheidsbeginsel.

45. De Portugese Republiek merkt op dat dit zou impliceren dat de universeledienstverrichter geen compensatie kan krijgen voor gemaakte nettokosten die reeds zijn geverifieerd en goedgekeurd door Anacom, terwijl deze kosten volgens de nationale wettelijke regeling voor compensatie in aanmerking komen. De Portugese Republiek benadrukt verder dat onderscheid moet worden gemaakt tussen schijnbare en echte terugwerkende kracht van een bepaling. In casu heeft wet nr. 35/2012 volgens haar slechts schijnbare terugwerkende kracht, aangezien voor de toepasselijkheid van deze wet het jaar bepalend is waarin de nettokosten van de universele dienst zijn goedgekeurd, dat wil zeggen een periode na de datum van inwerkingtreding van de wet. De Portugese Republiek wijst erop dat de rechtspraak van het Hof uiterst terughoudend is als het gaat om de bescherming van de verwachtingen van particulieren in het geval van schijnbare terugwerkende kracht[12], zodat de betrokken exploitanten geen gewettigde verwachtingen konden koesteren ten aanzien van de wijze van financiering van de nettokosten van de universele dienst.

2. Beoordeling

46. De Commissie betoogt dat het transparantiebeginsel moet worden gelezen in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel en dat het dus niet alleen de verplichting behelst om de gegevens betreffende de berekening en de verdeling van de nettokosten van de universele dienst te publiceren en beschikbaar te stellen, maar ook inhoudt dat er moet worden voldaan aan de vereisten van duidelijkheid, nauwkeurigheid en voorzienbaarheid. Zo bezien is het transparantiebeginsel niet geëerbiedigd, omdat de exploitanten die aan de financiering van de kosten van de universele dienst moeten bijdragen, de omvang van hun verplichtingen niet konden voorzien voordat de buitengewone bijdrage daadwerkelijk bij wet nr. 35/2012 werd ingevoerd.

47. De Commissie stelt met andere woorden dat de door de Portugese Republiek ingevoerde regeling in strijd is met het transparantiebeginsel omdat de exploitanten vóór de invoering van deze regeling niet konden voorzien wat de omvang zou zijn van de verplichtingen die de regeling voor hen zou gaan meebrengen.

48. Deze zienswijze zou betekenen dat er van eerbiediging van het transparantiebeginsel slechts sprake zou zijn indien de exploitanten nog vóór de vaststelling van de regeling voor de verdeling van de kosten van de universeledienstverplichtingen in staat waren de omvang te kennen van de verplichtingen die deze – nog niet bestaande – regeling voor hen zou meebrengen. Vastgesteld moet worden dat dit nooit het geval kan zijn.

[12] Arrest van 29 juni 1999, Butterfly Music (C-60/98, EU:C:1999:333, punt 25).

49. Het transparantiebeginsel is volgens artikel 13, lid 3, van richtlijn 2002/22 in werkelijkheid pas van toepassing vanaf het moment waarop de regeling voor de verdeling van de kosten van de universele dienst bestaat. Het is dus onmogelijk om een gebrek aan transparantie vast te stellen van een regeling die nog niet is vastgesteld.

50. Het doet in dit verband niet ter zake dat de kosten die de regeling beoogt te compenseren, zijn gemaakt voordat deze regeling werd vastgesteld, zolang de bij wet ingevoerde buitengewone bijdrage maar aan het transparantiebeginsel voldoet wanneer zij eenmaal is vastgesteld. Dit is naar mijn mening in casu het geval.

51. Weliswaar wordt het in artikel 13, lid 3, van richtlijn 2002/22 genoemde transparantiebeginsel niet duidelijk gedefinieerd, maar in artikel 14 van deze richtlijn wordt aan dat beginsel wel een nadere invulling gegeven. Zo houdt het transparantiebeginsel in dat de regels voor de verdeling van de kosten van de universele dienst en de details van een kostenverdelingsregeling voor het publiek beschikbaar moeten zijn. Voorts is bepaald dat wanneer een dergelijke regeling is ingevoerd en daadwerkelijk functioneert, een jaarlijks verslag moet worden gepubliceerd waarin de kosten van de universeledienstverplichtingen worden vermeld, alsook de bijdragen die alle betrokken exploitanten hebben betaald en de eventuele marktvoordelen die daaruit zijn voortgevloeid voor de universeledienstverrichter. Het transparantiebeginsel behelst dus in wezen de verplichting om gegevens betreffende de invoering en het functioneren van de regeling voor de verdeling van de kosten van de universele dienst te publiceren en voor het publiek beschikbaar te maken.

52. Het Hof heeft bovendien verduidelijkt wat het doel is van die verplichting om de informatie betreffende de wijze van uitvoering van een regeling voor de verdeling van de kosten van de universele dienst te publiceren en voor het publiek beschikbaar te maken, namelijk de bijdrageplichtige exploitanten in staat stellen „hun te verwachten kosten en opbrengsten [te] berekenen”. [13]

53. Ik wil echter duidelijk stellen dat een dergelijke eis niet kan betekenen dat de bijdrageplichtige exploitanten met zekerheid moeten kunnen voorzien wat het precieze bedrag van hun bijdrage zal zijn. Aangezien de exacte bedragen van de nettokosten van de universele dienst niet bekend kunnen zijn zolang de regelgevende instantie deze niet heeft berekend, kunnen de exacte bedragen van de bijdrage immers evenmin met zekerheid vooraf worden vastgesteld. Voor de eerbiediging van het transparantiebeginsel volstaat het dan ook dat de exploitanten bekend zijn met de wijze waarop de regeling voor de verdeling van de nettokosten van de universele dienst functioneert. Het enkele feit dat zij ervan op de hoogte zijn hoe die regeling werkt, stelt hen immers in staat om met een redelijke mate van waarschijnlijkheid – maar niet met zekerheid – de omvang te bepalen van de bijdrage die van hen zal worden verlangd.

54. Ik merk op dat wet nr. 35/2012 niet alleen voorziet in de invoering van de buitengewone bijdrage, maar ook de uitvoeringsmodaliteiten ervan nader uitwerkt. Zo maakt die wet duidelijk onder welke voorwaarden de bijdrage wordt ingezet [14], in welke jaren zij moet worden betaald [15],

[13] Arrest van 6 december 2001, Commissie/Frankrijk (C-146/00, EU:C:2001:668, punten 48 en 49). Die verduidelijking betrof weliswaar richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP) (PB 1997, L 199, blz. 32), die is ingetrokken bij richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 33), maar blijft in mijn ogen relevant voor de universele dienstverlening zoals geregeld door richtlijn 2002/22.

[14] Artikel 17 van wet nr. 35/2012.

[15] Artikel 18, lid 1, van wet nr. 35/2012.

welke kosten zij beoogt te compenseren, en hoe hoog zij maximaal kan zijn [16]. Verder verduidelijkt de wet welke rol Anacom precies heeft bij het aanwijzen van de bijdrageplichtige exploitanten en bij het vaststellen van het bedrag van de buitengewone bijdrage, alsook welke betalingsvoorwaarden de exploitanten moeten naleven. [17]

55. Ik ben derhalve van mening dat de buitengewone bijdrage die de Portugese Republiek met wet nr. 35/2012 heeft ingevoerd, in overeenstemming is met het transparantiebeginsel, aangezien deze lidstaat de beginselen voor de verdeling van de kosten van de universele dienst en de noodzakelijke details betreffende het functioneren van de gezamenlijke financieringsregeling voor het publiek beschikbaar heeft gemaakt. Bovendien stellen die gegevens de bijdrageplichtige exploitanten zeker in staat om vanaf het moment van de invoering van de gezamenlijke financieringsregeling in 2012 de omvang te bepalen van de verplichtingen die voor hen voortvloeien uit de buitengewone bijdrage die zij voor 2013, 2014 en 2015 verschuldigd zullen zijn.

56. De tenuitvoerlegging door de Portugese Republiek van de in wet nr. 35/2012 geregelde buitengewone bijdrage kan bijgevolg geen schending van het transparantiebeginsel opleveren.

B. Beginselen van minimale verstoring van de markt en evenredigheid

1. Argumenten van partijen

57. De Commissie is van mening dat de compensatieregeling van wet nr. 35/2012 niet kan worden geacht verenigbaar te zijn met het beginsel van minimale verstoring van de markt. Ten eerste is het voor de exploitanten onmogelijk om de betrokken kosten te voorzien en om met deze kosten rekening te houden bij hun activiteit in de jaren waarvoor vergoeding ervan wordt gevorderd. Ten tweede zijn de te financieren bedragen aanzienlijk, daar de buitengewone bijdrage is vastgesteld op 3 % van de relevante omzet van elke exploitant voor elk van de betrokken jaren, en deze bijdrage bovenop de bijdrage komt die de exploitanten normaal verschuldigd zijn voor de financiering van de nettokosten van de universele dienst die zijn gemaakt door de via een aanbesteding aangewezen exploitanten. Ten derde komt als gevolg van de buitengewone bijdrage op de exploitanten een zwaardere last te rusten dan normaal gesproken zou zijn te verwachten indien de jaarlijkse bijdrage gebaseerd was op de nettokosten van het aanbieden van de universele dienst in dezelfde periode: het effect op de omzet zou dan veel geringer zijn geweest en de exploitanten zouden de financiële last over een langere periode hebben kunnen spreiden.

58. Wat het evenredigheidsbeginsel betreft, is de Commissie van mening dat hieraan niet wordt voldaan omdat de exploitanten moeten bijdragen aan de financiering van de nettokosten die zijn gemaakt door de via een aanbesteding aangewezen ondernemingen, en tegelijkertijd de buitengewone bijdrage dienen te betalen. Deze verplichting leidt volgens haar tot een „dubbele bijdrage” of in elk geval tot een verhoging van de financiële lasten die de exploitanten moeten dragen. De Commissie heeft verder ter terechtzitting benadrukt dat de bedragen van de buitengewone bijdrage aanzienlijk waren, met name in vergelijking met het bedrag van de bijdrage voor dezelfde periode in Spanje.

[16] Artikel 18, leden 5 en 6, van wet nr. 35/2012.

[17] Artikel 20 en artikel 21, lid 1, van wet nr. 35/2012.

59. Met betrekking tot het beginsel van minimale verstoring van de markt merkt de Portugese Republiek op dat dit beginsel, zoals in overweging 23 van richtlijn 2002/22 staat te lezen, met name ziet op de wijze waarop de door de aanbieders van de universele dienst gedragen last wordt verdeeld teneinde de financiële gevolgen voor de eindgebruikers zo klein mogelijk te houden. Volgens de Portugese Republiek heeft de Commissie niets aangevoerd waaruit blijkt dat de financiële gevolgen voor de eindgebruikers niet tot een minimum zijn beperkt. Overigens heeft de vermeende onvoorzienbaarheid van de kosten voor de exploitanten, die de Commissie als argument aanvoert, naar het oordeel van de Portugese Republiek niets van doen met het beginsel van minimale verstoring van de markt.

60. De Portugese Republiek bestrijdt bovendien dat de bedragen die met de buitengewone bijdrage moeten worden gefinancierd, aanzienlijk zijn. De drempel van 3 % van de omzet vormt de bovengrens van het totale bedrag van de bijdragen, met dien verstande dat dit bedrag nog anderszins is begrensd. Met name komt het bedrag van de te compenseren nettokosten hoe dan ook overeen met het bedrag zoals dit door Anacom wordt goedgekeurd. Verder is de buitengewone bijdrage, die de door de universeledienstverrichter gemaakte nettokosten beoogt te compenseren, verdeeld over vier jaar en kan de betaling van het voor elk jaar verschuldigde bedrag worden gespreid over een periode van vijf jaar.

61. Wat het evenredigheidsbeginsel betreft, betoogt de Portugese Republiek dat de buitengewone bijdrage tot doel heeft om de inmenging in de sector zo beperkt mogelijk te houden, met een zo groot mogelijke spreiding van de compensatie, en daarmee zorgt voor een passende balans tussen de kosten en de baten, gelet op het nagestreefde doel. Dit betekent volgens de Portugese Republiek dat het evenredigheidsbeginsel ten volle wordt geëerbiedigd, daar de buitengewone bijdrage een geschikt middel is om het doel van noodzakelijke compensatie van de nettokosten van de universele dienst te bereiken. Naar aanleiding van het door de Commissie ter terechtzitting aangevoerde argument dat de bedragen van de buitengewone bijdrage aanzienlijk zijn, merkt de Portugese Republiek nog op dat de Commissie die bedragen niet ter discussie kan stellen als zij niet tegelijk opkomt tegen de door Anacom toegepaste methode om de nettokosten te berekenen.

2. Beoordeling

62. Ik moet al meteen opmerken dat het argument van de Commissie dat de exploitanten de te compenseren nettokosten niet zouden hebben kunnen voorzien, mij niet relevant lijkt voor de beoordeling of de door de Portugese Republiek ingevoerde regeling strookt met het beginsel van minimale verstoring van de markt.

63. Dat beginsel wordt immers expliciet omschreven in overweging 23 van richtlijn 2002/22, waarin staat te lezen dat „[o]nder minimale verstoring van de markt moet worden verstaan dat de bijdragen zo moeten worden geïnd dat de financiële gevolgen voor de eindgebruikers zo klein mogelijk zijn, bijvoorbeeld doordat de bijdragen zoveel mogelijk worden gespreid”. De vraag of de exploitanten bij hun activiteit rekening konden houden met de buitengewone bijdrage, is dus irrelevant voor de beoordeling in hoeverre deze bijdrage financiële gevolgen heeft gehad voor de eindgebruikers.

64. De Commissie voert nog andere argumenten aan, die betrekking hebben op ten eerste de hoogte van de betrokken bedragen en ten tweede het bestaan van een „dubbele bijdrage”. Van die dubbele bijdrage zou sprake zijn doordat de exploitanten vanaf 2013 zowel moesten bijdragen aan de financiering van de in de periode na de aanbesteding in verband met het aanbieden van de universele dienst gemaakte nettokosten, als de buitengewone bijdrage moesten storten ter

compensatie van de kosten die PTC vóór de aanbesteding had gemaakt. Een en ander toont volgens de Commissie schending van het beginsel van minimale verstoring van de markt en van het evenredigheidsbeginsel aan.

65. Hoewel deze argumenten mijns inziens zonder meer relevanter zijn dan het argument betreffende de voorzienbaarheid van de kosten, geloof ik toch niet dat zij volstaan als bewijs van schending van zowel het beginsel van minimale verstoring van de markt als het evenredigheidsbeginsel.

66. Wat de hoogte van de bedragen van de buitengewone bijdrage betreft, moet worden opgemerkt dat deze bijdrage in artikel 18, lid 5, van wet nr. 35/2012 inderdaad is vastgesteld op 3 % van de relevante omzet van elke bijdrageplichtige entiteit. Artikel 18, lid 6, van deze wet bepaalt echter ook dat het bedrag van de door elke onderneming te betalen buitengewone bijdrage nooit hoger kan zijn dan het bedrag dat zou resulteren uit de verdeling van de door de universeledienstverrichter gemaakte nettokosten die door Anacom als onredelijk worden beschouwd.

67. Het bedrag van de buitengewone bijdrage kan weliswaar oplopen tot 3 % van de relevante jaaromzet van de bijdragende ondernemingen, maar moet altijd overeenkomen met het bedrag van de door de universeledienstverrichter gemaakte nettokosten, zoals goedgekeurd door Anacom.

68. Vastgesteld moet worden dat de Commissie niet opkomt tegen de door Anacom toegepaste methode voor de berekening van de nettokosten en evenmin het resultaat betwist waartoe deze instantie in de besluiten betreffende 2012, 2013 en 2014 is gekomen. De bedragen van de nettokosten die de buitengewone bijdrage moet compenseren en waarmee deze bijdrage exact moet overeenkomen, worden door de Commissie dus niet ter discussie gesteld.

69. Het enkele feit dat de bedragen van de buitengewone bijdrage aanzienlijk zijn, toont bijgevolg nog niet aan dat deze bijdrage op zich onevenredig is of niet voldoet aan het beginsel van minimale verstoring van de markt. Aangezien de betrokken bijdrage exact overeenkomt met het bedrag van de door de universeledienstverrichter gemaakte nettokosten, op de berekening waarvan de Commissie geen kritiek heeft, is die bijdrage in mijn ogen zowel beperkt tot hetgeen noodzakelijk is om het doel van compensatie van de nettokosten van de universele dienst te bereiken, als geschikt om de financiële last tot een minimum te beperken.

70. Wat het argument van de Commissie betreft dat er sprake is van een dubbele bijdrage doordat de exploitanten niet alleen moeten meebetalen aan de financiering van de na de aanbesteding gemaakte kosten, maar ook aan de financiering van de kosten die PTC heeft gemaakt toen zij de enige aanbieder van de universele dienst was, moet worden opgemerkt dat die dubbele bijdrage, zoals de Commissie stelt, voor de exploitanten extra financiële lasten meebrengt. Die verhoging van de financiële lasten zou ook een gevolg zijn van het feit dat de exploitanten de nettokosten van meerdere jaren in één jaar zouden moeten compenseren. [18]

71. Ik geloof echter niet dat een dergelijke omstandigheid op zichzelf schending van het beginsel van minimale verstoring van de markt of van het evenredigheidsbeginsel kan opleveren. Om te beginnen heeft een bijdrage die bedoeld is om de door de universeledienstverrichter gemaakte kosten te compenseren, altijd tot gevolg dat de bijdrageplichtige exploitanten worden opgezadeld

[18] Zie punt 29 van de onderhavige conclusie.

met een grotere financiële last dan zonder een dergelijke compensatie het geval zou zijn geweest. Aangezien die verhoging van de financiële last voor de betrokken exploitanten inherent is aan de compensatieregeling voor de kosten die verband houden met het aanbieden van de universele dienst, kan naar mijn mening die omstandigheid alleen geen schending van de beginselen van minimale verstoring van de markt en evenredigheid opleveren.

72. Daar het bedrag van de buitengewone bijdrage exact overeenkomt met het bedrag van de door de universeledienstverrichter gemaakte kosten, moet voorts worden vastgesteld dat dat bedrag beperkt is tot hetgeen strikt noodzakelijk is om het doel van compensatie van de kosten van de universele dienst te bereiken. In deze omstandigheden kan naar mijn mening niet worden geoordeeld dat de buitengewone bijdrage de bijdrageplichtige exploitanten opzadelt met een onevenredige financiële last, ook al heeft deze bijdrage betrekking op meerdere jaren en impliceert zij een dubbele bijdrage.

73. Verder beschikken de exploitanten die ertoe verplicht zijn de buitengewone bijdrage te betalen, zoals de Portugese Republiek aanvoert, over faciliteiten voor de betaling van deze bijdrage. Meer bepaald volgt uit artikel 20, lid 4, van wet nr. 35/2012 dat de betaling van de bijdrage voor elk jaar kan worden gespreid over een periode van vijf jaar. Dit stelt de exploitanten dus in staat om de financiële last die de betaling van de bijdrage voor hen meebrengt, te spreiden en daarmee de gevolgen ervan zo veel mogelijk te beperken. Aldus wordt in mijn ogen dan ook niet alleen verzekerd dat de financiële gevolgen voor de eindgebruikers zo klein mogelijk blijven, maar wordt ook, meer in het algemeen, de evenredigheid van de betrokken bijdrage gewaarborgd.

74. Dat de financiële gevolgen voor de eindgebruikers zo beperkt mogelijk blijven en dat de buitengewone bijdrage evenredig is, blijkt tot slot, zoals de Portugese Republiek betoogt, ook uit het feit dat alle exploitanten wier omzet meer dan 1 % van de jaaromzet van de sector vertegenwoordigt, de universeledienstverrichter incluis, die bijdrage moeten betalen. Er is dus sprake van een zo groot mogelijke spreiding van de bijdrage over de exploitanten, waardoor de gevolgen van de bijdrage voor de eindgebruikers tot een minimum worden beperkt.

75. Hoe dan ook zou het standpunt van de Commissie betekenen dat aan een regeling voor de verdeling van de nettokosten van de universele dienst slechts uitvoering kan worden gegeven voor zover de door de exploitanten te betalen bijdragen worden berekend op basis van de kosten die de universeledienstverrichter heeft gemaakt in één enkel jaar.

76. Ik wijs er echter op dat nergens in richtlijn 2002/22 staat te lezen dat de lidstaten moeten kiezen voor een systeem van compensatie op jaarbasis. Het stilzwijgen van de Uniewetgever laat geen conclusies toe met betrekking tot de wijze waarop regelingen voor het compenseren van de kosten van de universele dienst precies ten uitvoer moeten worden gelegd. Aangezien de Uniewetgever dergelijke voorwaarden niet heeft willen opleggen, kan een regeling voor het compenseren van de kosten van de universele dienst in mijn ogen niet als onevenredig of strijdig met het beginsel van minimale verstoring van de markt worden beschouwd enkel en alleen omdat zij niet op jaarbasis functioneert.

77. Ik ben dan ook van mening dat de tenuitvoerlegging door de Portugese Republiek van de in wet nr. 35/2012 geregelde buitengewone bijdrage geen schending van de beginselen van minimale verstoring van de markt en evenredigheid oplevert.

C. Beginsel van niet-discrimimatie

1. Argumenten van partijen

78. Volgens de Commissie vereist het beginsel van niet-discriminatie dat uitsluitend de omzet in aanmerking wordt genomen van de exploitanten die op de markt aanwezig waren in de periode waarin de nettokosten werden gemaakt. Wet nr. 35/2012 is echter van toepassing op alle exploitanten die op de markt aanwezig waren tussen 2013 en 2015, dat wil zeggen op exploitanten die niet op de markt aanwezig waren tussen 2007 en 2012. Die exploitanten zijn bovendien ertoe verplicht om bij te dragen op basis van hun geboekte inkomsten over andere jaren dan die waarin de nettokosten zijn gemaakt, en worden daarmee gediscrimineerd.

79. De Portugese Republiek betoogt om te beginnen dat het standpunt van de Commissie dat enkel de exploitanten die op de markt aanwezig waren in de periode waarin de kosten zijn gemaakt, ertoe verplicht zouden moeten zijn om aan het compensatiefonds bij te dragen, naar rato van hun omzet in het jaar waarin de kosten zijn gemaakt, leidt tot bevoordeling van de exploitanten die niet te maken hebben met de aan het aanbieden van de universele diensten verbonden kosten, en tot discriminatie van de universeledienstverrichter.

80. De Portugese Republiek stelt voorts dat de structuur van de markt in 2013 weliswaar verschilde van die in 2007, maar dat dit nog niet betekent dat de in 2013 op de markt aanwezige exploitanten niet al eerder op de markt actief waren. De Portugese Republiek verdedigt in dit verband de zienswijze dat aan het begrip „onderneming" een functionele uitlegging moet worden gegeven, op grond waarvan wijzigingen in de interne structuur van de exploitanten kunnen worden genegeerd indien er sprake is van een economische eenheid of economische zeggenschap.

81. De Portugese Republiek stelt tot slot dat de Commissie in haar betoog over het hoofd ziet dat de berekening van de nettokosten een langdurig en ingewikkeld proces is, dat slechts in gang wordt gezet wanneer de universeledienstverrichter daarom verzoekt, zodat de omstandigheid dat enige tijd verstrijkt tussen de periode waarin de nettokosten zijn gemaakt en die waarin deze kosten moeten worden gecompenseerd, niet op discriminatie kan duiden.

2. Beoordeling

82. De Commissie stelt dat het beginsel van niet-discriminatie wordt geschonden in zoverre de buitengewone bijdrage van wet nr. 35/2012 wordt opgelegd aan ondernemingen die niet op de markt aanwezig waren in de periode waarin de te compenseren kosten van de universele dienst werden gemaakt.

83. Ik herinner eraan dat er volgens vaste rechtspraak slechts sprake is van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties.[19] Het feit dat de buitengewone bijdrage wordt opgelegd aan ondernemingen die niet op de markt aanwezig waren in de periode waarin de te compenseren kosten werden gemaakt, zou in theorie dus discriminatie kunnen inhouden.

[19] Arresten van 13 november 1984, Racke (283/83, EU:C:1984:344, punt 7); 2 april 2009, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (C-431/07 P, EU:C:2009:223, punt 114), en 19 november 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, punt 30).

84. Toch is dat volgens mij in casu niet het geval. Anders dan de Commissie ben ik van mening dat de veranderingen die zich op de markt van telecomexploitanten hebben voorgedaan tussen 2007 en 2012, niet ertoe hebben geleid dat er op deze markt *nieuwe* ondernemingen zijn verschenen, waarvan zou kunnen worden gezegd dat zij niet op de markt actief waren in de periode waarin de kosten van de universele dienst die de buitengewone bijdrage beoogt te compenseren, werden gemaakt, en wel om de volgende redenen.

85. In de eerste plaats blijkt zowel uit het verweerschrift van de Portugese Republiek als uit de opmerkingen van de Commissie ter terechtzitting dat de herstructureringen die op de markt van telecomexploitanten zijn doorgevoerd, herstructureringen binnen en tussen concerns waren. De door de Commissie bedoelde *nieuwe* ondernemingen blijken in werkelijkheid te zijn voortgekomen uit fusies tussen ondernemingen die reeds op de markt actief waren.

86. De uit die fusies voortgekomen ondernemingen waarborgen de juridische continuïteit van de rechten en plichten van de ondernemingen die aan de fusies hebben deelgenomen. Bij die fusies is namelijk het vermogen – dat wil zeggen alle activa en passiva – van de bij de fusie betrokken ondernemingen overgedragen. Meer in het algemeen kan een fusie niet ertoe leiden dat de rechten en plichten van de fuserende ondernemingen op het moment van de fusie worden „bevroren”: zowel economische als juridische omstandigheden kunnen leiden tot een wijziging van die rechten en plichten.

87. De enige vraag die zich in dit verband aandient, is of tot de overgegane passiva ook de in wet nr. 35/2012 vastgelegde verplichting tot betaling van de buitengewone bijdrage behoort, die voor de bij de fusies betrokken ondernemingen zou hebben gegolden indien de herstructureringen niet hadden plaatsgevonden.

88. Ik ben van mening dat dit het geval is. Er is immers geen enkele reden waarom de verplichting om mee te betalen aan de compensatie van de kosten van de universele dienst, van de overgegane passiva zou zijn uitgesloten. Indien dat het geval was, zou elke herstructureringsoperatie een onderneming de mogelijkheid bieden te ontkomen aan haar verplichting om aan het compensatiefonds voor de kosten van de universele dienst bij te dragen, en daarmee de toepassing van richtlijn 2002/22 te frustreren. Een herstructurering zou dan fungeren als grond voor het tenietgaan van de verplichting om aan de financiering van de universele dienst bij te dragen, en zelfs mogelijk uitsluitend met dat oogmerk worden doorgevoerd.

89. In deze omstandigheden kan niet worden aangenomen dat de op de markt van telecomexploitanten doorgevoerde herstructureringen ertoe hebben geleid dat er op deze markt *nieuwe* ondernemingen zijn verschenen, die zonder die herstructureringen niet ertoe verplicht zouden zijn geweest om de buitengewone bijdrage te betalen, en die zouden worden gediscrimineerd wegens de verplichting om bij te dragen aan de financiering van de universele dienst.

90. In de tweede plaats kunnen, anders dan de Commissie ter terechtzitting heeft betoogd, wijzigingen in de aandeelhoudersstructuur of het feit dat nieuwe investeerders een belang hebben verworven in het kapitaal van de telecomexploitanten, niet volstaan om die ondernemingen als *nieuwkomers* op de markt aan te merken. Een dergelijke oplossing zou wederom betekenen dat elke wijziging van de kapitaalstructuur van een onderneming een grond zou zijn om de verplichtingen van die onderneming te doen tenietgaan, en dus de toepassing van richtlijn 2002/22 zou kunnen frustreren.

91. Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door het door de Commissie ter terechtzitting aangevoerde argument dat investeringsbeslissingen altijd gebaseerd zijn op de situatie van de onderneming ten tijde van de investering. De Commissie merkt in dit verband met betrekking tot de van vóór wet nr. 35/2012 daterende investeringen op dat de betrokken investeerders de verplichting om bij te dragen aan de financiering van de in de periode van 2007 tot en met 2012 gemaakte kosten van de universele dienst, onmogelijk konden voorzien. Ik merk om te beginnen op dat de mogelijkheid van een mechanisme van bijdragen aan de financiering van de kosten van de universele dienst al bestond sinds de vaststelling van wet nr. 5/2004, zodat de betrokken exploitanten daarvan niet onwetend konden zijn. Bovendien, zelfs al zou dit argument van de Commissie gegrond zijn – quod non –, dan nog zou dit hoe dan ook geen schending van het beginsel van niet-discriminatie jegens de betrokken ondernemingen aantonen, maar schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen van de investeerders, waarop de Commissie zich overigens niet heeft beroepen.

92. In deze omstandigheden ben ik van mening dat de tenuitvoerlegging door de Portugese Republiek van de in wet nr. 35/2012 geregelde buitengewone bijdrage geen schending van het beginsel van niet-discriminatie oplevert.

V. Conclusie

93. Gelet op al het voorgaande geef ik het Hof in overweging het onderhavige beroep te verwerpen. Overeenkomstig artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof moet de Europese Commissie worden verwezen in de kosten.