Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 28 maj 2020[1]

Mål C-49/19

Europeiska kommissionen
mot

Republiken Portugal

”Fördragsbrott – Direktiv 2002/22/EG – Elektroniska kommunikationer – Finansiering av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster – System för fördelning – Principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet”

I. Inledning

1. Direktiv 2002/22/EG[2] syftar till att ”skapa ett harmoniserat regelverk som garanterar tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster, det vill säga ett fastställt minimiutbud av tjänster för samtliga slutanvändare till ett överkomligt pris”[3] och uttrycker vikten av att alla har åtkomst till vissa väsentliga telekommunikationstjänster. Den skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster som har införts genom detta direktiv är således avsedd att mildra vissa negativa effekter som liberaliseringen av marknaden för telekommunikationer kan medföra i vissa geografiska områden eller för vissa personer i Europeiska unionen, vilka i annat fall inte skulle ha åtkomst till nödvändiga tjänster.[4]

2. För att säkerställa tillhandahållandet av dessa väsentliga tjänster kan medlemsstaterna ge ett eller flera företag i uppdrag att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster. Denna skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster kan emellertid under vissa omständigheter endast genomföras med förlust för de företag som ansvarar för dem eller till en nettokostnad som går utöver normala kommersiella standarder.[5] I en sådan situation ska medlemsstaterna inrätta ett system för finansiering av kostnaderna för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster. Enligt artikel 13.1 i direktiv 2002/22 har medlemsstaterna härvid två möjligheter: att använda offentliga medel för att ersätta den leverantör som ansvarar för tillhandahållandet av de samhällsomfattande tjänsterna för den börda som denne har att bära, eller att inrätta ett system för fördelning av nettokostnaderna för de samhällsomfattande tjänsterna, till vilket de olika telekommunikationsoperatörerna bidrar. Republiken Portugal har valt den andra av dessa lösningar.

1 Originalspråk: franska.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (direktiv om samhällsomfattande tjänster) (EGT L 108, 2002, s. 51).

3 Dom av den 19 juni 2008, kommissionen/Frankrike (C-220/07, ej publicerad, EU:C:2008:354, punkt 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, vol. 52, nr 3, s. 886.

5 Skäl 18 i direktiv 2002/22. Se även E. Slautsky, ovan angivet verk.

3. Det system för fördelning som har föreskrivits av Republiken Portugal har emellertid ett särdrag. Inom ramen för detta system föreskrivs nämligen införande av ett extraordinärt bidrag som syftar till att ersätta kostnader för samhällsomfattande tjänster som uppkom innan systemet för fördelning skapades. Europeiska kommissionen har ifrågasatt huruvida detta särdrag är förenligt med artikel 13.3 och del B i bilaga IV till direktiv 2002/22, eftersom den anser att det extraordinära bidraget i fråga inte är förenligt med de krav som ett system för fördelning ska uppfylla enligt dessa bestämmelser, det vill säga principerna om insyn, proportionalitet, minsta marknadspåverkan och icke-diskriminering.

4. Genom förevarande talan om fördragsbrott har kommissionen yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Portugal har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 13.3 och del B i bilaga IV till direktiv 2002/22 genom att från och med år 2007 införa ett extraordinärt bidrag för att fördela nettokostnaden för tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster i enlighet med Lei n.º 35/2012 do Fundo de Compensação do Serviço Universal (lag nr 35/2012 om fonden för ersättning för samhällsomfattande tjänster) av den 23 augusti 2012,[6] i dess lydelse som är tillämplig i det nationella målet.

5. Förevarande mål ger således domstolen tillfälle att precisera omfattningen av de krav som ett system för fördelning av nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster ska uppfylla.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

6. I skälen 18–21 och 23 i direktiv 2002/22 anges följande:

”(18) Medlemsstaterna bör vid behov inrätta system för finansiering av nettokostnaden för skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster om det visar sig att skyldigheterna endast kan genomföras med förlust eller till en nettokostnad som går utöver normala kommersiella standarder. Det är viktigt att säkerställa att nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster är korrekt beräknad och att eventuell finansiering innebär minsta möjliga snedvridning av marknaden och av företag samt är förenlig med artiklarna [107 och 108 FEUF].

(19) Vid beräkningar av nettokostnaden för samhällsomfattande tjänster bör vederbörlig hänsyn tas till såväl kostnader och intäkter som immateriella förmåner som härrör från tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster, men detta bör inte hindra det allmänna målet att säkerställa att kostnaderna återspeglas i prisstrukturen. Samtliga nettokostnader för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster bör beräknas med utgångspunkt i öppet redovisade förfaranden.

(20) Hänsyn till immateriella förmåner innebär att en beräkning i reda pengar av de indirekta förmåner som ett företag åtnjuter genom att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster bör dras av från den direkta nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster i syfte att fastställa den totala kostnaden.

(21) I de fall då skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster blir oskäligt betungande för ett företag är det lämpligt att medlemsstaterna ges möjlighet att införa system för effektiv nettokostnadstäckning. Täckning genom offentliga medel är en metod för täckning av nettokostnaderna för skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster. Det är även rimligt att de nettokostnader som fastställts täcks av samtliga användare på ett öppet redovisat

6 *Diário da República*, serie 1, nr 163, 23 augusti 2012.

sätt genom att avgifter tas ut från företagen. Medlemsstaterna bör kunna finansiera nettokostnaderna för olika delar av samhällsomfattande tjänster genom olika system och/eller finansiera nettokostnaderna för några eller alla delar med något av systemen eller en kombination av bägge. Om kostnadstäckning sker genom företagsavgifter, bör medlemsstaterna säkerställa att fördelningen mellan företagen sker på grundval av objektiva och icke-diskriminerande kriterier samt i enlighet med proportionalitetsprincipen. Denna princip hindrar inte medlemsstaterna från att göra undantag för nya aktörer som ännu inte har uppnått någon betydande närvaro på marknaden. Alla finansieringssystem bör säkerställa att marknadsaktörerna endast bidrar till att bekosta skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, och inte till annan verksamhet som inte står i direkt samband med tillhandahållandet av dessa tjänster. Systemen för täckning bör i samtliga fall följa gemenskapsrättsliga principer och, särskilt när det gäller systemen för fördelning, principerna om icke-diskriminering och proportionalitet. Alla finansieringssystem bör garantera att användare i en medlemsstat inte bidrar till kostnader för samhällsomfattande tjänster i en annan medlemsstat, till exempel vid samtal från en medlemsstat till en annan.

…

(23) Nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster får delas mellan samtliga eller vissa angivna klasser av företag. Medlemsstaterna bör säkerställa att fördelningssystemet följer principerna om öppenhet, minsta möjliga snedvridning av marknaden, icke-diskriminering och proportionalitet. Minsta möjliga snedvridning av marknaden innebär att bidrag bör krävas in på ett sätt som så långt det är möjligt minskar effekterna av den ekonomiska börda som läggs på slutanvändarna, exempelvis genom en så stor spridning av avgifterna som möjligt.”

7. I artikel 12 i direktiv 2002/22, med rubriken ”Kostnad för samhällsomfattande tjänster”, föreskrivs följande:

”1. Om de nationella regleringsmyndigheterna bedömer att tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster enligt artiklarna 3–10 kan vara oskäligt betungande för de företag som har utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster skall de beräkna nettokostnaderna av tillhandahållandet.

I detta syfte skall de nationella regleringsmyndigheterna

a) beräkna nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster med hänsyn till de eventuella marknadsfördelarna för ett företag som utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, i enlighet med del A i bilaga IV, eller

b) använda nettokostnader för tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster som fastställts genom [ett] urvalssystem enligt artikel 8.2.

2. Den redovisning och/eller annan information som tjänar som grundval för beräkningen av nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster enligt punkt 1 a skall granskas eller verifieras av den nationella regleringsmyndigheten eller ett organ som är oberoende av de berörda parterna och har godkänts av den nationella regleringsmyndigheten. Resultatet av kostnadskalkylen och slutsatserna av revisionen skall vara tillgängliga för allmänheten.”

8. I artikel 13 i direktiv 2002/22, med rubriken ”Finansiering av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster”, föreskrivs följande:

”1. Om de nationella regleringsmyndigheterna på grundval av en nettokostnadskalkyl enligt artikel 12 konstaterar att den ekonomiska bördan blir oskäligt betungande för ett företag, skall en medlemsstat på ett utsett företags begäran besluta

a) att införa ett system för att på öppet redovisade villkor via offentliga medel ersätta företaget för de fastställda nettokostnaderna, och/eller

b) att fördela nettokostnaden för samhällsomfattande tjänster mellan leverantörer av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

2. Om nettokostnaden fördelas enligt punkt 1 b skall medlemsstaterna införa ett fördelningssystem som administreras av den nationella regleringsmyndigheten eller ett organ som är oberoende av förmånstagarna under tillsyn av den nationella regleringsmyndigheten. Endast den nettokostnad som fastställs i enlighet med artikel 12 och som avser skyldigheter i artiklarna 3–10 får finansieras.

3. Ett fördelningssystem skall iaktta principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet i enlighet med principerna i del B i bilaga IV. Medlemsstaterna kan välja att inte kräva in bidrag från företag vars nationella omsättning understiger en viss gräns.

4. Avgifter i samband med fördelning av kostnader för skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster skall skiljas från varandra och fastställas separat för varje företag. Sådana avgifter får inte påföras eller krävas in från företag som inte tillhandahåller tjänster inom den medlemsstats territorium där fördelningssystemet har införts.”

9. I artikel 14 i direktiv 2002/22, med rubriken ”Insyn”, föreskrivs följande:

”1. Om ett system för fördelning av nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster enligt artikel 13 införs, skall de nationella regleringsmyndigheterna säkerställa att principerna för kostnadsfördelning och närmare uppgifter om det tillämpade systemet görs tillgängliga för allmänheten.

2. Med förbehåll för gemenskapsbestämmelser och nationella bestämmelser om affärshemligheter skall de nationella regleringsmyndigheterna säkerställa att en årlig rapport offentliggörs med uppgifter om den beräknade kostnaden för samhällsomfattande tjänster, med fastställande av de bidrag som har gjorts av samtliga berörda företag och de eventuella marknadsfördelar, som det eller de företag som utsetts att tillhandahålla en samhällsomfattande tjänst har åtnjutit om en fungerande fond faktiskt finns och används.”

10. Del B i bilaga IV till direktiv 2002/22 har följande lydelse:

”Täckning eller finansiering av eventuella nettokostnader för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster innebär att utsedda företag med skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster skall ersättas för de tjänster de tillhandahåller på icke-kommersiella villkor. Eftersom sådan ersättning innebär finansiella överföringar skall medlemsstaterna säkerställa att dessa görs på ett objektivt, öppet redovisat, icke-diskriminerande och proportionellt sätt. Detta innebär att överföringarna medför minsta möjliga snedvridning av konkurrensen och efterfrågan från användarna.

I enlighet med artikel 13.3 bör ett fördelningssystem som grundar sig på en fond använda en metod för att samla in bidragen som är öppen och neutral och som undviker en dubbelberäkning av företagens utgifts- och intäktsmoms.

Det oberoende organ som förvaltar fonden skall ansvara för att samla in bidrag från företag som bedöms vara skyldiga att bidra till nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster i medlemsstaten. Detta organ skall även övervaka överföringen av summor som skall betalas och/eller administrativa utbetalningar till företag som är berättigade till ersättning från fonden.”

B. Portugisisk rätt

11. Genom Lei n.º 5/2004 das Comunicações Eletrónicas (lag nr 5/2004 om elektroniska kommunikationer) av den 10 februari 2004,[7] i dess lydelse enligt Decreto-Lei n.° 92/2017 (lagdekret nr 92/2017) av den 31 juni 2017[8] (nedan kallad lag nr 5/2004), har Decreto-Lei n.º 458/99 (lagdekret nr 458/99) av den 5 november 1999[9] upphävts och direktiv 2002/22 har införts i den portugisiska rättsordningen.

12. I artikel 97 i lag nr 5/2004 föreskrivs följande:

”1. Då nettokostnader för samhällsomfattande tjänster har fastställts föreligga som den nationella regleringsmyndigheten anser är för betungande, ankommer det på regeringen att på begäran av respektive leverantör införa en lämplig ersättning genom ett eller båda av följande system:

a) Täckning genom offentliga medel.

b) Fördelning av kostnaden mellan övriga företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster på det nationella territoriet.

2. När det system som föreskrivs i punkt 1 b ovan tillämpas ska en fond för ersättning inrättas, till vilken de företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster ska bidra och vilken ska förvaltas av den nationella regleringsmyndigheten eller ett annat oberoende organ som har utsetts av regeringen och är under tillsyn av den nationella regleringsmyndigheten.

3. Kriterierna för att fördela nettokostnaden för samhällsomfattande tjänster mellan de företag som är skyldiga att bidra ska fastställas av regeringen i enlighet med principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet.

…”

13. Genom lag nr 35/2012 har en fond för ersättning för samhällsomfattande elektroniska kommunikationstjänster inrättats i syfte att finansiera de nettokostnader som följer av iakttagandet av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster och säkerställa att dessa kostnader fördelas mellan de företag som är skyldiga att bidra till dem.

14. I artikel 1 i denna lag, där dess syfte anges, föreskrivs att den fond för ersättning för samhällsomfattande elektroniska kommunikationstjänster som avses i artikel 97.2 i lag nr 5/2004 ska inrättas och att kriteriet för fördelning av nettokostnaderna för dessa tjänster mellan de företag som är skyldiga att bidra ska fastställas.

15. I artikel 2.1 i lag nr 35/2012 anges att ”fonden för ersättning ska förvaltas med iakttagande av principerna om insyn, icke-diskriminering, proportionalitet och minsta marknadspåverkan”.

7 *Diário da República*, serie 1, nr 34, 10 februari 2004.

8 *Diário da República*, serie 1, nr 146, 31 juli 2017.

9 *Diário da República*, serie 1, nr 258, 5 november 1999.

16. I artikel 6 i denna lag föreskrivs följande:

”Fonden för ersättning ska tjäna till att finansiera de nettokostnader för samhällsomfattande tjänster som fastställs inom ramen för de anbudsförfaranden som avses i artikel 99.3 i lag nr 5/2004 …, i dess kodifierade lydelse enligt lag nr 51/2011 av den 13 september 2011, och som [Autoridade Nacional de Comunicações (den nationella myndigheten för kommunikationer, nedan kallad Anacom)] anser är för betungande i enlighet med bestämmelserna i artiklarna 95.1 b och 97 i samma lag samt till att finansiera de nettokostnader för samhällsomfattande tjänster som avses i kapitel V.”

17. I artikel 17 i nämnda lag, med rubriken ”Finansiering av nettokostnaderna för perioden innan företag utsetts genom anbudsförfarande”, anges följande:

”1. Den fond för ersättning som inrättas genom denna lag ska också möjliggöra ersättning för nettokostnader för samhällsomfattande tjänster som har uppkommit innan den eller de tjänsteleverantörer som utsetts i enlighet med artikel 99.3 i lag nr 5/2004 …, i dess kodifierade lydelse enligt lag nr 51/2011 av den 13 september 2011, börjar tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, förutsatt att följande kumulativa villkor är uppfyllda:

a) Förekomsten av nettokostnader har fastställts till följd av en kontroll och kostnaderna anses av [Anacom] vara för betungande i enlighet med bestämmelserna i artikel 95.1 a och 95.2 samt artiklarna 96 och 97 i lag nr 5/2004 …, i dess kodifierade lydelse enligt lag nr 51/2011 av den 13 september 2011.

b) Leverantören av samhällsomfattande tjänster har av regeringen begärt ersättning för de kostnader som avses i föregående led.

2. För perioden innan företag utsetts genom anbudsförfarande ska beloppet av de nettokostnader för vilka ersättning ska utges motsvara det belopp som godkänts av [Anacom] i enlighet med det som anges i punkt 1 a”.

18. I artikel 18.1 i samma lag föreskrivs att ”[d]e företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga kommunikationsnät och/eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster på det nationella territoriet är skyldiga att betala in ett extraordinärt bidrag till fonden för ersättning för vart och ett av räkenskapsåren 2013, 2014 och 2015. Detta extraordinära bidrag är uteslutande avsett för finansiering av de nettokostnader som avses i föregående artikel, vilka har godkänts av [Anacom] under dessa år”.

19. I artikel 18.5 i lag nr 35/2012 anges att det ”extraordinära bidrag som avses i punkt 1 ska motsvara 3 procent av den årliga omsättningen för varje företag vars omsättning överstiger den fastställda gränsen, med beaktande av de högsta tak som fastställs i nedanstående punkter”.

20. I artikel 18.6 i denna lag anges att ”beloppet av det extraordinära bidrag som varje företag ska betala in kan aldrig överstiga det belopp som följer av den fördelning av nettokostnaderna som avses i artikel 17.2 mellan de företag vars omsättning överstiger den fastställda gränsen och som är skyldiga att bidra proportionellt i förhållande till sin omsättning”.

21. Enligt artikel 20 i nämnda lag kan det extraordinära bidragets belopp motsvarande varje räkenskapsår betalas in under en period av fem år.

III. Bakgrund till tvisten

A. Omständigheter

22. Genom Decreto-Lei n.° 31/2003 (lagdekret nr 31/2003) av den 17 februari 2003, vilket ändrade grunden för koncessionen för samhällsomfattande telekommunikationstjänster i Portugal, utsågs bolaget PT Comunicações (nedan kallat PTC) till leverantör av samhällsomfattande tjänster fram till 2025.

23. I egenskap av leverantör av samhällsomfattande tjänster ingav PTC upprepade gånger uppskattningar av nettokostnaderna för de samhällsomfattande tjänsterna samt ansökningar om ersättning för de negativa marginalerna för åren 1996–1999, 2000, 2001, 2002 och 2003. Anacom avslog emellertid de olika ansökningarna om ersättning.

24. Till följd av antagandet av lag nr 5/2004 och en begäran från PTC som ingavs i juli 2007 antog Anacom den 9 juni 2011, efter ett offentligt samrådsförfarande och efter att ha hört de berörda, två resolutioner i vilka den preciserade dels begreppet ”oskäligt betungande” i den mening som avses i artikel 97 i lag nr 5/2004, dels den metod som ska användas för att beräkna nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster.

25. På denna grundval bedömde Anacom att PTC:s tillhandahållande av samhällsomfattande tjänster fram till 2006 inte varit oskäligt betungande. Anacom beslutade vidare att, för perioden efter den 1 januari 2007 fram till dess att den eller de leverantörer av samhällsomfattande tjänster som utsetts genom anbudsförfarande börjar tillhandahålla dessa tjänster, tillämpa den antagna metoden för beräkning av nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster.

26. Därefter antogs lag nr 35/2012, som möjliggjorde inrättandet av fonden för ersättning för samhällsomfattande elektroniska kommunikationstjänster och innebar införande av ett extraordinärt bidrag för att möjliggöra ersättning för de nettokostnader som uppkommit för PTC innan företag utsetts genom anbudsförfarande.

27. I enlighet med resolutioner från Anacom och lag nr 35/2012 och till följd av att PTC hade ingett motsvarande uppskattningar kontrollerades nettokostnaderna för de samhällsomfattande tjänsterna för perioden 2007–2009 och det slutliga beloppet godkändes av Anacom den 19 september 2013. Nettokostnaderna för 2010 och 2011 godkändes den 20 november 2014, och under 2015 antog Anacom ett slutligt beslut om resultatet av kontrollen avseende nettokostnaderna för 2012 och 2013.

28. Anacom identifierade därefter i ytterligare tre beslut de enheter som var skyldiga att bidra till fonden för ersättning för samhällsomfattande elektroniska kommunikationstjänster och fastställde beloppet av de extraordinära bidragen för de nettokostnader för samhällsomfattande tjänster som skulle ersättas för perioderna 2007–2009, 2010–2011 och 2012–2013.

29. De extraordinära bidragen för 2013, 2014 och 2015 var således avsedda att ersätta det slutliga beloppet av nettokostnaderna för räkenskapsåren 2007, 2008 och 2009, räkenskapsåren 2010 och 2011 respektive räkenskapsåren 2012 och 2013.

30. Samtidigt inledde Republiken Portugal tre anbudsförfaranden för att välja ut den eller de operatörer som skulle utses som leverantör(er) av samhällsomfattande tjänster och nya operatörer utsågs som leverantörer av samhällsomfattande tjänster vad gällde tillträdet till ett allmänt kommunikationsnät i en fast anslutningspunkt och tillhandahållandet av allmänt tillgängliga telefonitjänster. PTC å sin sida utsågs att tillhandahålla den samhällsomfattande tjänsten att

tillgängliggöra telefonautomater på det nationella territoriet.[10] Avtalen med dessa operatörer trädde i kraft senast den 1 juni 2014, som var den dag då det föregående avtalet om koncession för samhällsomfattande tjänster som hade ingåtts med PTC upphörde att gälla.

B. Det administrativa förfarandet

31. Den 13 december 2012 skickade kommissionen en skrivelse till Republiken Portugal via systemet EU Pilot för att erhålla klargöranden av huruvida den fond för ersättning för samhällsomfattande tjänster som föreskrivs i lag nr 35/2012 är förenlig med artikel 13 och del B i bilaga IV till direktiv 2002/22, bland annat när det gällde ersättningen för de nettokostnader som uppkommit för leverantören av samhällsomfattande tjänster, PTC, under perioden innan detta bolag på nytt genom anbudsförfarande utsetts som leverantör av samhällsomfattande tjänster.

32. Den 21 februari 2013 svarade de portugisiska myndigheterna på denna begäran. De tillhandahöll kompletterande uppgifter vid ett möte med kommissionens avdelningar den 23 oktober 2014 och därefter i en skrivelse av den 5 december 2014.

33. Den 27 februari 2015 sände kommissionen en formell underrättelse till Republiken Portugal. I sitt svar av den 29 april 2015 hävdade de portugisiska myndigheterna att den portugisiska lagstiftningen och genomförandet av den ska anses vara förenliga med kraven i direktiv 2002/22 och särskilt med principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet.

34. Efter att ha granskat detta svar riktade kommissionen ett motiverat yttrande till Republiken Portugal genom en skrivelse av den 29 april 2016, i vilken den anmodade denna medlemsstat att vidta nödvändiga åtgärder för att följa det motiverade yttrandet inom en frist om två månader räknat från mottagandet.

35. De portugisiska myndigheterna svarade på det motiverade yttrandet genom en skrivelse av den 1 juli 2016 och kompletterade detta svar genom en andra skrivelse av den 14 oktober 2016 som följde efter ett möte med kommissionens avdelningar den 7 september 2016. De portugisiska myndigheterna tillhandahöll kommissionen nya uppgifter om förfarandena för att höra operatörerna och om tvisterna på området i fråga, om bidragsbeloppets andel i förhållande till operatörernas och sektorns omsättning, om de operatörer som varit verksamma på marknaden år 2007 jämfört med den rådande situationen och om det aktuella läget i fråga om betalningen av det extraordinära bidraget.

36. Ytterligare två möten ägde rum mellan kommissionen och de portugisiska myndigheterna, i januari och juli 2017. Under sistnämnda möte undersöktes flera lösningar för att lösa meningsskiljaktigheterna mellan parterna. Därefter begärde kommissionen att ett förslag till lösning skulle inges till den tillsammans med uppgift om en frist för genomförandet. I två skrivelser av den 14 mars 2017 och den 12 september 2018 föreslog de portugisiska myndigheterna att ett nytt möte skulle anordnas och påpekade att de bedömde det vara lämpligt att invänta resultaten av de förfaranden som inletts av vissa operatörer vid de nationella domstolarna och som syftade till en tolkning av lag nr 35/2012 i fråga.

C. Förfarandet vid domstolen

37. Kommissionen delade inte Republiken Portugals ståndpunkt och väckte därför förevarande talan genom ansökan av den 25 januari 2019.

10 Resolução do Conselho de Ministros n.° 66-A/2013 (ministerrådets resolution nr 66-A/2013) av den 18 juli 2013, *Diário da República*, första supplementet, serie 1, nr 202, 18 oktober 2013.

38. Den portugisiska regeringen och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen som hölls den 11 mars 2020.

IV. Bedömning

39. Kommissionen har genom sin talan bestritt att det extraordinära bidrag till fördelningen av nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster som föreskrivs i artikel 18 i lag nr 35/2012 är förenligt med artikel 13 och del B i bilaga IV till direktiv 2002/22. Närmare bestämt har kommissionen hävdat att bidraget inte är förenligt med principerna om insyn, icke-diskriminering, minsta marknadspåverkan och proportionalitet, vilka det hänvisas till i nämnda bestämmelser.

A. Principen om insyn

1. Parternas argument

40. Kommissionen har hävdat att principen om insyn inte är begränsad till skyldigheten att offentliggöra och tillgängliggöra uppgifter om fördelningen av nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster och går utöver enbart de krav som föreskrivs i artikel 14 i direktiv 2002/22.

41. Enligt kommissionen framgår det av domstolens praxis att principen om insyn även omfattar andra aspekter. Domstolen har slagit fast att för att ett system för fördelning av nettokostnaden för att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster ska vara förenligt med principen om insyn ska de uppgifter som möjliggör beräkning av bidragen ”fastställ[a]s i enlighet med objektiva kriterier, med beaktande av jämförbara uppgifter som således är öppna för insyn, för att göra det möjligt för dessa operatörer att beräkna sina troliga kostnader och intäkter”.[11] Under dessa omständigheter bedömer kommissionen att kraven på tydlighet och precision utgör en integrerad del av principen om insyn.

42. Kommissionen har vidare hävdat att principen om insyn är knuten till principen om rättssäkerhet, som den tjänar till att garantera, och att förstnämnda princip innebär att reglerna om finansiering av samhällsomfattande tjänster, vilka kan påverka företagen ekonomiskt, ska vara tydliga och precisa och att deras verkningar ska vara förutsebara. Principen om insyn kräver närmare bestämt, i den del den ska tolkas mot bakgrund av principen om rättssäkerhet, att de berörda med exakthet ska känna till omfattningen av de skyldigheter som de åläggs.

43. Republiken Portugal har bestritt kommissionens tolkning av principen om insyn, som den anser är extremistisk och formalistisk. Enligt Republiken Portugal är principen om insyn en garanti för att medlemsstaterna ska iaktta de skyldigheter som följer av unionsrätten och åsyftar således kriteriernas objektivitet och jämförbarheten mellan de uppgifter som används för att beräkna nettokostnaden för tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster, eftersom kostnadernas förutsebarhet är en följd av dessa uppgifter.

44. Enligt Republiken Portugal ska principen om rättssäkerhet vidare inte sammanblandas med principen om insyn. De argument som kommissionen har åberopat avser framför allt principerna om rättssäkerhet och skydd för berättigade förväntningar. Kommissionens resonemang innebär nämligen en presumtion om att det extraordinära bidraget är retroaktivt, vilket är oförenligt med principen om rättssäkerhet.

11 Dom av den 6 december 2001, kommissionen/Frankrike (C-146/00, EU:C:2001:668, punkterna 48 och 49).

45. Republiken Portugal har påpekat att detta skulle innebära att en leverantör av samhällsomfattande tjänster inte skulle kunna få ersättning för redan uppkomna nettokostnader som har kontrollerats och godkänts av Anacom, trots att det i nationell lagstiftning föreskrivs att dessa kostnader ska återfås. Republiken Portugal har vidare betonat att åtskillnad ska göras mellan oäkta och äkta retroaktivitet hos en bestämmelse. I förevarande fall endast uppfattas lag nr 35/2012 som retroaktiv, eftersom dess verkningar uppkommer det år då nettokostnaden för samhällsomfattande tjänster kontrolleras, det vill säga under en period som infaller efter dagen för dess ikraftträdande. Domstolens praxis är synnerligen restriktiv vad gäller skyddet av enskildas förväntningar i fall av oäkta retroaktivitet,[12] vilket innebär att operatörerna inte kan ha haft några berättigade förväntningar med avseende på sättet att finansiera nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster.

2. Bedömning

46. Kommissionen har gjort gällande att principen om insyn ska tolkas mot bakgrund av principen om rättssäkerhet och att detta innebär att förstnämnda princip, förutom en skyldighet att offentliggöra och tillgängliggöra uppgifter om beräkningen och fördelningen av nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster, omfattar krav på tydlighet, precision och förutsebarhet. Tolkad på detta sätt har principen om insyn inte iakttagits, eftersom de operatörer som är skyldiga att bidra till finansieringen av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster inte kunde förutse omfattningen av sina skyldigheter innan det extraordinära bidraget faktiskt hade införts genom lag nr 35/2012.

47. Enligt kommissionen strider med andra ord det system som har inrättats av Republiken Portugal mot principen om insyn, eftersom operatörerna innan systemet hade inrättats inte kunde förutse omfattningen av de skyldigheter som det skulle innebära för dem.

48. En sådan lösning skulle innebära att principen om insyn kan anses ha iakttagits endast om operatörerna redan innan systemet för fördelning av nettokostnaderna för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster hade inrättats kunde känna till omfattningen av de skyldigheter som nämnda system skulle innebära för dem, trots att det ännu inte antagits. Det måste dock konstateras att så aldrig kan vara fallet.

49. Principen om insyn i den mening som avses i artikel 13.3 i direktiv 2002/22 är i realiteten avsedd att tillämpas först från den tidpunkt då systemet för fördelning av kostnader för samhällsomfattande tjänster existerar. Det kan således inte konstateras att insyn saknas när det gäller ett system som ännu inte har antagits.

50. Det är härvid av föga betydelse att de kostnader som systemet i fråga syftar till att ersätta hade uppkommit innan systemet antogs, såvida det extraordinära bidrag som införs är förenligt med principen om insyn när det väl antas. Jag anser att så är fallet i förevarande fall.

51. Även om principen om insyn som det hänvisas till i artikel 13.3 i direktiv 2002/22 inte är tydligt definierad, preciseras den nämligen i artikel 14 i samma direktiv. Principen om insyn innebär således att reglerna för fördelning av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster och preciseringarna rörande ett system för fördelning av dessa kostnader ska göras tillgängliga för allmänheten. Det föreskrivs dessutom också att i det fallet att ett system för fördelning av kostnaderna faktiskt finns och används ska en årlig rapport offentliggöras med uppgifter om kostnaden för samhällsomfattande tjänster, de bidrag som har gjorts av de berörda operatörerna och de marknadsfördelar som leverantören av samhällsomfattande tjänster har åtnjutit. Under dessa omständigheter omfattar principen om insyn huvudsakligen en skyldighet att offentliggöra uppgifter om inrättandet av systemet för fördelning av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster och dess funktion och att tillgängliggöra dessa uppgifter för allmänheten.

12 Dom av den 29 juni 1999, Butterfly Music (C-60/98, EU:C:1999:333, punkt 25).

52. Domstolen har för övrigt preciserat att kravet på att offentliggöra uppgifter om metoden för genomförande av ett system för fördelning av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster och göra uppgifterna tillgängliga för allmänheten syftar till att ”göra det möjligt för [de] operatörer [som bidrar till det] att beräkna sina troliga kostnader och intäkter”. [13]

53. Det ska härvid preciseras att ett sådant krav emellertid inte innebär att de operatörer som är skyldiga att bidra ska kunna förutse beloppet av sitt bidrag med säkerhet och precision. Eftersom de exakta beloppen av nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster inte kan vara kända innan regleringsmyndigheten har beräknat dem, kan de exakta bidragsbeloppen inte heller förutses med precision. För att iaktta principen om insyn är det därför tillräckligt att operatörerna känner till hur systemet för fördelning av nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster fungerar. Kännedom om hur systemet fungerar är nämligen tillräckligt för att de med rimlighet och sannolikhet, om än inte med säkerhet, ska kunna fastställa omfattningen av det bidrag som de är skyldiga att betala in.

54. Det ska påpekas att i lag nr 35/2012 föreskrivs inte endast om inrättandet av det extraordinära bidraget, utan anges också närmare hur bidraget ska genomföras. I denna lag preciseras således de villkor som utlöser bidraget, [14] de räkenskapsår under vilka bidraget ska betalas in, [15] de kostnader det är avsett att täcka och de maximala bidragsbeloppen. [16] I nämnda lag preciseras dessutom exakt den roll som Anacom ska ha vid fastställandet av bidragsgivarna och det extraordinära bidragets belopp samt de betalningsvillkor som ska gälla för operatörerna. [17]

55. Jag anser således att det extraordinära bidrag som Republiken Portugal har infört genom lag nr 35/2012 är förenligt med principen om insyn, eftersom denna medlemsstat för allmänheten har tillkännagett de principer som gäller för fördelningen av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster och i nödvändig mån har preciserat hur fördelningssystemet fungerar. Dessa uppgifter har dessutom med all säkerhet gett de operatörer som är skyldiga att bidra möjlighet att genast från det att fördelningssystemet inrättades år 2012 avgöra omfattningen av de skyldigheter som följer av det extraordinära bidrag som de ska erlägga för åren 2013, 2014 och 2015.

56. Republiken Portugals genomförande av det extraordinära bidrag som föreskrivs i lag nr 35/2012 kan följaktligen inte utgöra ett åsidosättande av principen om insyn.

B. Principen om minsta marknadspåverkan och proportionalitetsprincipen

1. Parternas argument

57. Kommissionen bedömer att det system för ersättning som föreskrivs i lag nr 35/2012 inte kan anses förenligt med principen om minsta marknadspåverkan. För det första är det omöjligt för operatörerna att förutse kostnaderna i fråga eller att beakta dem i sin verksamhet avseende de år för vilka de krävs in. För det andra är de belopp som ska finansieras betydande, eftersom det extraordinära bidraget motsvarar 3 procent av omsättningen för de operatörer vars omsättning överstiger den fastställda gränsen för vart och ett av åren i fråga och ska läggas till det bidrag som normalt ska betalas in för finansieringen av de nettokostnader för samhällsomfattande tjänster som

13 Dom av den 6 december 2001, kommissionen/Frankrike (C-146/00, EU:C:2001:668, punkterna 48 och 49). Denna precisering gjordes visserligen med avseende på Europaparlamentets och rådets direktiv 97/33/EG av den 30 juni 1997 om samtrafik inom telekommunikation i syfte att säkerställa samhällsomfattande tjänster och samverkan genom tillämpning av principerna om tillhandahållande av öppna nät (ONP) (EGT L 199, 1997, s. 32), vilket har upphävts genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, 2002, s. 33), men den är relevant även när det gäller de samhällsomfattande tjänster som regleras genom direktiv 2002/22.

14 Artikel 17 i lag nr 35/2012.

15 Artikel 18.1 i lag nr 35/2012.

16 Artikel 18.5 och 18.6 i lag nr 35/2012.

17 Artiklarna 20 och 21.1 i lag nr 35/2012.

uppkommer för de operatörer som utsetts genom anbudsförfarandet. För det tredje är det extraordinära bidraget mer betungande än vad som normalt skulle förväntas om det årliga bidraget fastställdes utifrån den nettokostnad som uppkommit för tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster under samma period, eftersom inverkan på omsättningen skulle bli märkbart mindre och operatörerna skulle ha möjlighet att fördela den ekonomiska bördan över en längre period.

58. När det gäller proportionalitetsprincipen anser kommissionen att den inte har iakttagits, eftersom operatörerna är skyldiga att bidra till ersättningen för nettokostnaderna för de företag som har utsetts genom anbudsförfarandet och samtidigt betala in det extraordinära bidraget. Denna skyldighet medför ett ”dubbelt bidrag” eller åtminstone en ökning av den ekonomiska börda som åläggs operatörerna. Vid förhandlingen betonade kommissionen dessutom att beloppen av de extraordinära bidragen är betydande bland annat jämfört med bidragsbeloppet för samma period i Spanien.

59. Vad gäller principen om minsta marknadspåverkan har Republiken Portugal hävdat att denna, vilken förklaras närmare i skäl 23 i direktiv 2002/22, framför allt avser det sätt på vilket den börda som uppkommer för leverantörerna av samhällsomfattande tjänster fördelas, i syfte att minimera de ekonomiska effekterna för slutanvändarna. Kommissionen har dock inte anfört några uppgifter som gör det möjligt att dra slutsatsen att de ekonomiska effekterna för användarna inte har minimerats. Kommissionens påstående att operatörerna inte kan förutse kostnaderna har dessutom inget att göra med principen om minsta marknadspåverkan.

60. Republiken Portugal har vidare bestritt att beloppen för finansiering av det extraordinära bidraget är betydande. Tröskeln på 3 procent av omsättningen utgör det totala bidragsbeloppets övre gräns, med beaktande av att detta belopp även omfattas av andra gränser. Beloppet av de nettokostnader som ska ersättas motsvarar i alla händelser det belopp som har godkänts av Anacom. Det extraordinära bidraget, som syftar till att ersätta de nettokostnader som har uppkommit för leverantören av samhällsomfattande tjänster, fördelas dessutom över fyra år och beloppet motsvarande varje enskilt år kan betalas in under en period av fem år.

61. När det gäller proportionalitetsprincipen har Republiken Portugal gjort gällande att eftersom det extraordinära bidraget dels syftar till att så långt det är möjligt minimera ingreppet i sektorn, genom en så stor fördelning av ersättningen som möjligt, dels således innebär en balanserad avvägning av kostnaderna och fördelarna med beaktande av det eftersträvade målet, iakttas denna princip fullt ut, eftersom nämnda bidrag utgör ett lämpligt medel för att uppnå det nödvändiga målet att ersätta nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster. Vad gäller det argument som kommissionen anförde vid förhandlingen, avseende att beloppen av de extraordinära bidragen är betydande, har Republiken Portugal tillagt att kommissionen inte kan ifrågasätta dessa belopp utan att samtidigt invända mot den metod som Anacom har använt för att beräkna nettokostnaderna.

2. Bedömning

62. Det ska genast påpekas att det argument som kommissionen har anfört avseende att operatörerna inte har kunnat förutse de nettokostnader som ska ersättas inte är relevant när det gäller att avgöra om det system som Republiken Portugal har inrättat är förenligt med principen om minsta marknadspåverkan.

63. Denna princip förklaras nämligen närmare i skäl 23 i direktiv 2002/22, där det anges att ”[m]insta möjliga snedvridning av marknaden innebär att bidrag bör krävas in på ett sätt som så långt det är möjligt minskar effekterna av den ekonomiska börda som läggs på slutanvändarna, exempelvis genom en så stor spridning av avgifterna som möjligt”. Huruvida operatörerna har kunnat beakta det extraordinära bidraget i sin verksamhet saknar således betydelse när det gäller att fastställa effekterna av den ekonomiska börda som läggs på slutanvändarna till följd av detta bidrag.

64. Kommissionen har vidare anfört andra argument som avser dels storleken på beloppen i fråga, dels förekomsten av ett ”dubbelt bidrag”, i den del operatörerna från och med 2013 var skyldiga att både bidra till finansieringen av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster för perioden efter anbudsförfarandet och betala in det extraordinära bidraget för de kostnader som hade uppkommit för PTC före anbudsförfarandet. Kommissionen anser att dessa uppgifter visar dels att principen om minsta marknadspåverkan har åsidosatts, dels att proportionalitetsprincipen har åsidosatts.

65. Jag anser att även om dessa argument förvisso är mer relevanta än argumentet avseende kostnadernas förutsebarhet, räcker de emellertid inte för att visa att såväl principen om minsta marknadspåverkan som proportionalitetsprincipen har åsidosatts.

66. När det gäller de extraordinära bidragens storlek föreskrivs i artikel 18.5 i lag nr 35/2012 visserligen att de ska motsvara 3 procent av den årliga omsättningen för varje enhet vars omsättning överstiger den fastställda gränsen och som således ska bidra. I artikel 18.6 i denna lag föreskrivs emellertid också att det bidragsbelopp som vart och ett av företagen ska betala aldrig kan överstiga det belopp som följer av fördelningen av de nettokostnader som uppkommit för leverantören av samhällsomfattande tjänster och som Anacom anser är för betungande.

67. Även om det extraordinära bidragets belopp kan uppgå till 3 procent av den årliga omsättningen för de företag vilkas omsättning överstiger den fastställda gränsen och som således ska bidra ska det emellertid alltid motsvara beloppet av de nettokostnader som har uppkommit för leverantören av samhällsomfattande tjänster, vilket har godkänts av Anacom.

68. Det måste konstateras att kommissionen emellertid inte har bestritt den metod för beräkning av nettokostnaderna som Anacom har använt och inte heller det resultat som Anacom har kommit fram till i besluten avseende åren 2012, 2013 och 2014. Kommissionen har således inte ifrågasatt beloppen av de nettokostnader som det extraordinära bidraget är avsett att ersätta, vilka bidraget i fråga exakt ska motsvara.

69. Enbart den omständigheten att dessa bidragsbelopp är betydande visar således inte att bidraget i sig är oproportionerligt eller oförenligt med principen om minsta marknadspåverkan. Eftersom nämnda bidrag exakt motsvarar beloppet av de nettokostnader som har uppkommit för leverantören av samhällsomfattande tjänster, vars beräkning kommissionen inte har ifrågasatt, är det såväl begränsat till vad som är nödvändigt för att uppnå målet att ersätta kostnaderna för samhällsomfattande tjänster som ägnat att så långt det är möjligt minska effekterna av den ekonomiska bördan.

70. När det gäller förekomsten av ett dubbelt bidrag som åligger de operatörer som är skyldiga att bidra både till finansieringen av kostnaderna efter anbudsförfarandet och till finansieringen av de kostnader som uppkom för PTC när detta bolag var den enda leverantören av samhällsomfattande tjänster, innebär denna förekomst som kommissionen har påpekat en ökning av den ekonomiska börda som åligger operatörerna. En sådan ökning följer även av den omständigheten att operatörerna är skyldiga att ersätta nettokostnaderna för flera år under ett enda år.[18]

71. Jag anser emellertid inte att en sådan omständighet i sig kan betraktas som ett åsidosättande av principen om minsta marknadspåverkan eller proportionalitetsprincipen. För det första innebär ett bidrag som är avsett att ersätta de kostnader som uppkommit för leverantören av samhällsomfattande tjänster alltid en mer betungande börda för de operatörer som är skyldiga att betala det än om sådan ersättning inte skulle behöva betalas. När ökningen av den ekonomiska börda som åligger de

18 Se punkt 29 ovan.

operatörer som är skyldiga att betala bidraget är en oskiljaktig del av själva systemet för ersättning av kostnaderna för tillhandahållande av samhällsomfattande tjänster, är denna omständighet i sig inte tillräcklig för att betraktas som ett åsidosättande av principen om minsta marknadspåverkan och proportionalitetsprincipen.

72. Eftersom det extraordinära bidragets belopp exakt motsvarar beloppet av de kostnader som har uppkommit för leverantören av samhällsomfattande tjänster, måste det vidare konstateras att nämnda belopp är begränsat till vad som är absolut nödvändigt för att uppnå målet att ersätta nettokostnaderna för samhällsomfattande tjänster. Under dessa omständigheter kan det enligt min mening inte anses att detta bidrag medför en oproportionerlig ekonomisk börda för de operatörer som är ålagda att betala det, och detta även om nämnda bidrag hänför sig till flera räkenskapsår eller innebär ett dubbelt bidrag.

73. Som Republiken Portugal har påpekat erhåller de operatörer som är skyldiga att betala det extraordinära bidraget dessutom lättnader när de betalar bidraget. Närmare bestämt framgår det av artikel 20.4 i lag nr 35/2012 att betalningen av detta bidrag för varje år kan göras under en period av fem år. Operatörerna har således möjlighet att anpassa den ekonomiska bördan vid betalningen av nämnda bidrag, så att verkningarna blir så små som möjligt. En sådan planering säkerställer således dels att effekterna av den ekonomiska börda som läggs på slutanvändarna blir så små som möjligt, dels mer allmänt att bidraget i fråga är proportionerligt.

74. Att effekterna av den ekonomiska börda som läggs på slutanvändarna minskas så långt det är möjligt och att det extraordinära bidraget är proportionerligt framgår slutligen, som Republiken Portugal har hävdat, även av den omständigheten att de operatörer som är skyldiga att betala detta bidrag är alla de som har en omsättning som är större än 1 procent av sektorns årliga omsättning, inbegripet leverantören av samhällsomfattande tjänster. Fördelningen av nämnda bidrag mellan operatörerna är således så stor som möjligt och är ägnad att minimera bidragets effekter för slutanvändarna.

75. Kommissionens ståndpunkt innebär i alla händelser att ett system för fördelning av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster skulle kunna genomföras endast om bidragen från operatörerna beräknades på grundval av de kostnader som har uppkommit för leverantören av samhällsomfattande tjänster under ett enda år.

76. Det ska emellertid påpekas att i direktiv 2002/22 föreskrivs inte någon skyldighet för medlemsstaterna att välja ett system med ersättning på årlig basis. Av unionslagstiftarens tystnad går det inte att sluta sig till några precisa villkor för hur systemen för ersättning för kostnaderna för samhällsomfattande tjänster ska genomföras. Eftersom unionslagstiftaren inte har avsett att ålägga några sådana villkor, kan ett system för ersättning av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster enligt min mening inte anses oproportionerligt eller oförenligt med principen om minsta marknadspåverkan enbart av det skälet att det inte fungerar på en årlig basis.

77. Under dessa omständigheter anser jag att Republiken Portugals genomförande av det extraordinära bidrag som föreskrivs i lag nr 35/2012 inte utgör ett åsidosättande av principen om minsta marknadspåverkan eller proportionalitetsprincipen.

C. Principen om icke-diskriminering

1. Parternas argument

78. Enligt kommissionen kräver principen om icke-diskriminering att endast omsättningen för de operatörer som var närvarande på marknaden vid den tidpunkt då nettokostnaderna uppkom ska beaktas. Lag nr 35/2012 är emellertid tillämplig på alla operatörer som var närvarande på marknaden mellan 2013 och 2015, det vill säga operatörer som inte var närvarande på marknaden mellan 2007 och 2012. Dessa operatörer är dessutom skyldiga att bidra på grundval av intäkter som registrerats under andra räkenskapsår än de räkenskapsår då nettokostnaderna uppkom och är därför föremål för diskriminering.

79. Republiken Portugal har gjort gällande, för det första, att kommissionens argument, avseende att endast de operatörer som var närvarande på marknaden vid den tidpunkt då kostnaderna uppkom borde bidra till fonden för ersättning på grundval av sin omsättning för det år då kostnaderna uppkom, innebär att de operatörer som inte behöver bära kostnaderna för samhällsomfattande tjänster gynnas och att leverantören av samhällsomfattande tjänster diskrimineras.

80. Republiken Portugal har vidare hävdat att även om marknadsstrukturen såg olika ut under 2013 och 2007, betyder detta dock inte att de operatörer som var närvarande på marknaden under 2013 inte var verksamma redan tidigare. Republiken Portugal har härvid hävdat att begreppet ”företag” ska ges en funktionell tolkning, så att det är möjligt att ignorera ändringar av operatörernas interna struktur när ekonomisk enhet eller ekonomisk kontroll föreligger mellan dem.

81. Republiken Portugal har slutligen gjort gällande att kommissionen i sitt resonemang inte har beaktat den omständigheten att beräkningen av nettokostnaderna är ett utdraget och komplext förfarande, som endast inleds på begäran av leverantören av samhällsomfattande tjänster, vilket innebär att en eftersläpning mellan den period då nettokostnaderna uppkom och den period då de ska ersättas inte kan vara ett tecken på diskriminering.

2. Bedömning

82. Det påstådda åsidosättandet av principen om icke-diskriminering följer enligt kommissionen av tillämpningen av lag nr 35/2012 och det extraordinära bidraget för företag som inte var närvarande på marknaden vid den tidpunkt då de kostnader för samhällsomfattande tjänster som är föremål för ersättning uppkom.

83. Det ska erinras om att enligt domstolens fasta praxis kan diskriminering bara uppkomma om skilda regler tillämpas på lika situationer eller om samma regel tillämpas på olika situationer.[19] Tillämpningen av det extraordinära bidraget på bolag som inte var närvarande på marknaden vid den tidpunkt då de kostnader som ersättningen avser uppkom kan således i teorin innebära diskriminering.

84. Jag anser dock att detta inte är fallet i förevarande fall. I motsats till kommissionen anser jag att de förändringar som ägde rum på marknaden för telekommunikationer mellan 2007 och 2012 inte medförde att det uppkom *nya* bolag på marknaden som kan anses inte ha varit närvarande på marknaden när de kostnader för samhällsomfattande tjänster som det extraordinära bidraget avser uppkom och detta av följande skäl.

19 Dom av den 13 november 1984, Racke (283/83, EU:C:1984:344, punkt 7), dom av den 2 april 2009, Bouygues och Bouygues Télécom/kommissionen (C-431/07 P, EU:C:2009:223, punkt 114), och dom av den 19 november 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, punkt 30).

85. För det första framgår det av såväl Republiken Portugals svaromål som kommissionens yttranden vid förhandlingen att de omstruktureringar som ägde rum på marknaden för telekommunikationer utgjordes av omstruktureringar inom och mellan koncernerna. De *nya* bolag som kommissionen avser uppkom i realiteten genom sammanslagningar mellan bolag som redan var verksamma på denna marknad.

86. De bolag som uppkom genom dessa sammanslagningar säkerställer den rättsliga kontinuiteten för de sammanslagna bolagens rättigheter och skyldigheter. Sammanslagningarna innebär nämligen en överföring av de sistnämnda bolagens egendom, det vill säga alla deras tillgångar och skulder. Mer allmänt kan en sammanslagning inte innebära att rättigheterna och skyldigheterna för det sammanslagna bolaget ”fryses” vid den tidpunkt då sammanslagningen genomförs, eftersom dessa rättigheter och skyldigheter kommer att utvecklas beroende på de ekonomiska såväl som rättsliga förhållandena.

87. Den enda fråga som uppstår i detta sammanhang är huruvida den skyldighet att betala det extraordinära bidraget som föreskrivs i lag nr 35/2012 och som de bolag som slogs samman hade behövt fullgöra om omstruktureringarna inte hade genomförts ingår bland skulderna.

88. Jag anser att så är fallet. Det finns nämligen inget som motiverar att skyldigheten att bidra till ersättningen för kostnaderna för samhällsomfattande tjänster undantas från skulderna. Ett sådant undantag skulle innebära att en omstrukturering skulle möjliggöra för bolagen att undkomma sin skyldighet att bidra till fonden för ersättning av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster och skulle därigenom hindra tillämpningen av direktiv 2002/22. I denna situation skulle en omstrukturering fungera som en orsak till att skyldigheten att bidra till finansieringen av samhällsomfattande tjänster skulle upphöra och skulle till och med kunna genomföras enbart i detta syfte.

89. Under dessa omständigheter kan de omstruktureringar som ägde rum på marknaden för telekommunikationer inte anses ha medfört att *nya* bolag uppkom på marknaden, vilka inte hade varit skyldiga att betala in det extraordinära bidraget om omstruktureringarna inte hade genomförts och vilka har diskriminerats på grund av skyldigheten att bidra till finansieringen av samhällsomfattande tjänster.

90. För det andra är förändringar av kapitalinnehavet eller nya investerares förvärv av aktier som innebär ett kapitaltillskott för telekommunikationsoperatörerna inte, i motsats till vad kommissionen hävdade vid förhandlingen, tillräckligt för att dessa bolag ska betraktas som *nya* på marknaden. Även denna lösning skulle innebära att varje ändring av kapitalet i ett bolag skulle utgöra en orsak till upphörande av bolagens skyldigheter och skulle således hindra tillämpningen av direktiv 2002/22.

91. Denna slutsats påverkas inte av det argument som kommissionen anförde vid förhandlingen, avseende att varje investeringsbeslut grundar sig på bolagets situation vid den tidpunkt då investeringen äger rum. Kommissionen anser, när det gäller de investeringar som gjordes innan lag nr 35/2012 antogs, att det inte var möjligt för investerarna att förutse skyldigheten att bidra till finansieringen av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster för perioden 2007–2012. Det ska härvid påpekas att möjligheten att ett system för bidrag till finansieringen av kostnaderna för samhällsomfattande tjänster skulle införas hade existerat sedan lag nr 5/2004 antogs och att operatörerna således inte kunde vara okunniga om den. Vidare kan detta argument i varje händelse inte, även om det skulle vara välgrundat – vilket det inte är – åberopas till stöd för att principen om icke-diskriminering har åsidosatts med avseende på bolagen i fråga, utan endast till stöd för att principen om skydd för berättigade förväntningar har åsidosatts med avseende på investerarna, vilket kommissionen däremot inte har gjort gällande.

92. Under dessa omständigheter anser jag att Republiken Portugals genomförande av det extraordinära bidrag som föreskrivs i lag nr 35/2012 inte utgör ett åsidosättande av principen om icke-diskriminering.

V. Förslag till avgörande

93. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska ogilla förevarande talan. I enlighet med artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler ska Europeiska kommissionen förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.