Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 28. maj 2020[1]

Sag C-49/19

Europa-Kommissionen
mod

Den Portugisiske Republik

»Traktatbrud – direktiv 2002/22/EF – elektronisk kommunikation – finansiering af forsyningspligten – deleordning – princippet om gennemsigtighed, princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning, princippet om forbud mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet«

I. Indledning

1. Direktiv 2002/22/EF[2] tilsigter at »fastlægge et harmoniseret regelsæt, der kan sikre udbuddet af forsyningspligtydelser, dvs. et bestemt minimum af tjenester til alle slutbrugere til en rimelig pris«[3], og viser, at det har stor betydning, at alle har adgang til en række grundlæggende telekommunikationstjenester. Den forsyningspligt, der fastsættes med dette direktiv, har således til formål at afhjælpe visse negative virkninger, som liberaliseringen af telemarkedet kan foranledige inden for bestemte geografiske områder eller for bestemte personer i Den Europæiske Union, der i modsat fald kan se sig berøvet adgangen til nødvendige tjenester[4].

2. For at sikre udbuddet af disse grundlæggende tjenester kan medlemsstaterne lade en eller flere virksomheder varetage forsyningspligten. Imidlertid kan den forsyningspligt, som sådanne virksomheder varetager, under visse omstændigheder kun opfyldes med tab til følge eller være forbundet med nettoomkostninger, der ligger uden for normal forretningsstandard[5]. I en sådan situation fastlægger medlemsstaterne en ordning til finansiering af disse omkostninger ved forsyningspligten. Medlemsstaterne tilbydes i henhold til artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/22 to mulige løsninger: anvendelse af offentlige midler, hvorved en udbyder, der varetager forsyningspligten, gives kompensation for den byrde, som denne pålægges, eller indførelse af en deleordning for finansieringen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, hvilken de forskellige telekommunikationsoperatører bidrager til. Den Portugisiske Republik har valgt sidstnævnte løsning.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 51).

3 – Dom af 19.6.2008, Kommissionen mod Frankrig (C-220/07, ikke trykt i Sml., EU:C:2008:354, præmis 28).

4 – E. Slautsky, »Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale: quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union«, i *Cahiers de droit européen*, 2016, bind 52, nr. 3, s. 886.

5 – 18. betragtning til direktiv 2002/22. Jf. ligeledes E. Slautsky, op.cit.

3. For den deleordning, som Den Portugisiske Republik har fastlagt, gælder dog en særlig omstændighed. I denne ordning fastsættes det nemlig bl.a., at der indføres et ekstraordinært bidrag for at udligne de omkostninger ved forsyningspligten, der er afholdt inden oprettelsen af deleordningen. Europa-Kommissionen har rejst tvivl om, hvorvidt denne særlige omstændighed er forenelig med artikel 13, stk. 3, i direktiv 2002/22 og bilag IV, del B, hertil, idet Kommissionen er af den opfattelse, at det pågældende ekstraordinære bidrag ikke overholder kravene til en deleordning, således som disse er fastlagt i nævnte bestemmelser, nemlig princippet om gennemsigtighed, proportionalitetsprincippet, princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning og princippet om forbud mod forskelsbehandling.

4. Kommissionen har således med nærværende traktatbrudssøgsmål nedlagt påstand om, at det af Domstolen fastslås, at Den Portugisiske Republik tilsidesatte sine forpligtelser i henhold til artikel 13, stk. 3, i og bilag IV, del B, til direktiv 2002/22, idet den fastsatte et ekstraordinært bidrag for deleordningen for finansieringen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten fra og med 2007 i henhold til Lei n.° 35/2012 do Fundo de Compensação do Serviço Universal (lov nr. 35/2012 om udligningsfonden for forsyningspligtydelser) af 23. august 2012[6], i den affattelse som finder anvendelse i nærværende sag (herefter »lov nr. 35/2012«).

5. Denne sag giver således Domstolen anledning til at præcisere rækkevidden af de krav, som en deleordning for finansieringen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten skal leve op til.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

6. 18.-21. samt 23. betragtning til direktiv 2002/22 er affattet som følger:

»(18) Medlemsstaterne skal om nødvendigt fastlægge ordninger til finansiering af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, såfremt det godtgøres, at forpligtelserne kun kan opfyldes med tab til følge eller er forbundet med nettoomkostninger, der ligger uden for normal forretningsstandard. Det er vigtigt at sikre, at nettoomkostningerne i forbindelse med forsyningspligten beregnes korrekt, og at eventuel finansiering så vidt muligt sker uden at påvirke konkurrencen og virksomhederne samt i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel [107 TEUF og 108 TEUF].

(19) Når nettoomkostningerne ved forsyningspligten beregnes, skal både omkostninger og indtægter samt immaterielle goder, der resulterer af forsyningspligten, tages i betragtning, men der skal også tages højde for den generelle målsætning om at fastlægge prisstrukturer, der afspejler omkostningerne. Nettoomkostningerne ved forsyningspligten bør beregnes efter gennemskuelige procedurer.

(20) Hensyntagen til immaterielle fordele betyder, at en skønnet pengeværdi af de indirekte fordele, som en virksomhed opnår som følge af sin stilling som forsyningspligtleverandør, bør fratrækkes den direkte nettoomkostning ved forsyningspligten for at kunne bestemme den samlede omkostningsbyrde.

(21) Hvis forsyningspligten udgør en urimelig byrde for en virksomhed, vil det være hensigtsmæssigt at give medlemsstaterne lov til at indføre ordninger, der gør det muligt at få dækket nettoomkostningerne effektivt. Godtgørelse over de almindelige offentlige budgetter er én måde at dække nettoomkostningerne ved forsyningspligten på. Det vil også være rimeligt, at de beregnede nettoomkostninger godtgøres i fuld åbenhed af alle brugere gennem gebyrer, der

6 – *Diário da República*, serie 1, nr. 163, af 23.8.2012.

pålægges virksomhederne. Medlemsstaterne bør kunne finansiere nettoomkostningerne ved forsyningspligtens forskellige elementer gennem forskellige ordninger og/eller finansiere nettoomkostningerne ved nogle eller alle elementer gennem én af ordningerne eller en kombination heraf. Når omkostningerne dækkes gennem gebyrer, der pålægges markedsaktørerne, bør medlemsstaterne sikre, at gebyrerne fordeles ud fra objektive og ikke-diskriminerende kriterier og i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Dette princip hindrer ikke medlemsstaterne i at undtage nye markedsaktører, der endnu ikke har vundet tilstrækkelig fodfæste på markedet. Det skal ved fastlæggelsen af eventuelle finansieringsordninger sikres, at markedsdeltagerne kun bidrager til finansieringen af forsyningspligtydelser og ikke til andre aktiviteter, som ikke er direkte knyttet til varetagelsen af forsyningspligten. Kompensationsordninger skal under alle omstændigheder overholde fællesskabsrettens principper, og navnlig fondsbaserede ordninger skal baseres på principperne om ikke-diskriminering og proportionalitet. Det skal ved alle finansieringsordninger sikres, at brugere i én medlemsstat ikke bidrager til omkostninger ved forsyningspligten i en anden medlemsstat, f.eks. i forbindelse med opkald fra en medlemsstat til en anden.

[…]

(23) Nettoomkostningerne ved forsyningspligten kan deles mellem alle eller nærmere bestemte kategorier af virksomheder. Medlemsstaterne bør tilse, at fordelingsordningen iagttager princippet om transparens, mindst mulig konkurrenceforvridning, ikke-diskrimination og proportionalitet. Mindst mulig konkurrenceforvridning betyder, at bidrag bør opkræves på en måde, der i videst muligt omfang minimerer virkningerne af den økonomiske byrde, der ender hos slutbrugerne, f.eks. ved at sprede indhentning af bidrag mest muligt.«

7. Artikel 12 i direktiv 2002/22 med overskriften »Beregning af omkostninger ved forsyningspligt« fastsætter:

»1. Hvis de nationale tilsynsmyndigheder finder, at varetagelsen af forsyningspligten, som den er fastlagt i artikel 3-10, kan udgøre en urimelig byrde for virksomheder med forsyningspligt, beregner de nettoomkostningerne herved.

De nationale tilsynsmyndigheder skal med henblik herpå:

a) beregne nettoomkostningerne ved den pågældende forsyningspligt, idet der tages hensyn til eventuelle markedsfordele, som en virksomhed, der udpeges til [at] varetage forsyningspligt, nyder godt af, jf. bilag IV, del A, eller

b) anvende de nettoomkostninger ved varetagelse af forsyningspligt, der bestemmes ved den i artikel 8, stk. 2, omhandlede udpegningsmetode.

2. De regnskaber og/eller oplysninger, der ligger til grund for beregningen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, jf. stk. 1, litra a), kvalitetskontrolleres eller verificeres af den nationale tilsynsmyndighed eller en af de berørte parter uafhængig instans, der er godkendt af den nationale tilsynsmyndighed. Omkostningsberegningen og kvalitetskontrollens konklusioner er offentlig tilgængelig.«

8. Artikel 13 i direktiv 2002/22 med overskriften »Finansiering af forsyningspligten« bestemmer:

»1. Såfremt de nationale tilsynsmyndigheder på grundlag af den i artikel 12 omhandlede nettoomkostningsberegning mener, at en virksomhed pålægges en urimelig byrde, skal medlemsstaterne efter anmodning fra en udpeget virksomhed beslutte at:

a) indføre en ordning, der på transparente vilkår giver den pågældende virksomhed kompensation fra offentlige midler for de beregnede nettoomkostninger, og/eller

b) dele nettoomkostningerne ved forsyningspligten mellem udbydere af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.

2. Såfremt nettoomkostningerne deles i henhold til stk. 1, litra b), fastsætter medlemsstaterne en deleordning, som forvaltes af den nationale tilsynsmyndighed eller af en af de begunstigede uafhængig instans under de nationale tilsynsmyndigheders tilsyn. Kun de i henhold til artikel 12 fastlagte nettoomkostninger ved de i artikel 3-10 omhandlede forpligtelser kan finansieres.

3. En deleordning skal overholde principperne om transparens, mindst mulig konkurrenceforvridning, ikke-diskriminering og proportionalitet, jf. principperne i bilag IV, del B. Medlemsstaterne kan vælge ikke at kræve bidrag fra virksomheder, hvis nationale omsætning ikke overstiger en fastsat grænse.

4. Eventuelle udgifter i forbindelse med deling af omkostningerne ved forsyningspligten skal udskilles fra de øvrige udgifter og anføres særskilt for hver enkelt virksomheds vedkommende. Sådanne udgifter kan ikke pålægges eller afkræves virksomheder, der ikke udbyder tjenester i den medlemsstat, der har indført den pågældende deleordning.«

9. Artikel 14 i direktiv 2002/22 med overskriften »Transparens« fastsætter:

»1. Såfremt der indføres en deleordning for finansieringen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, som omhandlet i artikel 13, sikrer de nationale tilsynsmyndigheder, at principperne for omkostningsdelingen og en nærmere beskrivelse af den anvendte ordning er offentlig tilgængelig.

2. Med forbehold af fællesskabsregler og nationale regler om forretningshemmelighed sikrer de nationale tilsynsmyndigheder, at der udgives en årlig rapport med angivelse af de beregnede omkostninger ved forsyningspligten, alle involverede virksomheders bidrag og eventuelle markedsmæssige fordele, der kan være tilflydt den eller de virksomheder, der er udpeget til at varetage forsyningspligten, såfremt en fond rent faktisk er oprettet og taget i anvendelse.«

10. Af bilag IV, del B, til direktiv 2002/22 fremgår følgende:

»Godtgørelse eller finansiering af eventuelle nettoomkostninger ved forsyningspligten betyder, at de udpegede forsyningspligtige virksomheder har krav på kompensation for de tjenester, de udbyder på ikke-kommercielle vilkår. Da en sådan kompensation indebærer pengeoverførsler, sikrer medlemsstaterne, at disse sker på en transparent, objektiv, ikke-diskriminerende og rimelig måde. Det betyder, at overførslerne skal forårsage mindst mulig konkurrence- og brugerefterspørgselsforvridning.

I henhold til artikel 13, stk. 3, skal en fondsbaseret deleordning anvende et transparent og neutralt middel til opkrævning af bidrag, hvorved faren for dobbelt opkrævning af bidrag på både virksomhedernes in- og output undgås.

Den uafhængige instans, der forvalter fonden, skal sørge for opkrævning af bidrag fra de virksomheder, som er blevet vurderet til at skulle bidrage til dækningen af forsyningspligtens nettoomkostninger i den pågældende medlemsstat, og overvåge overførslen af skyldige beløb og/eller de administrative udbetalinger til virksomheder, der har krav på at modtage betalinger fra fonden.«

B. Portugisisk ret

11. Lei n.° 5/2004 das Comunicações Eletrónicas (lov nr. 5/2004 om elektronisk kommunikation) af 10. februar 2004[7], senest ændret ved Decreto-Lei n.° 92/2017 (lovdekret nr. 92/2017) af 31. juli 2017[8] (herefter »lov nr. 5/2004«), ophævede Decreto-Lei n.° 458/99 (lovdekret nr. 458/99) af 5. november 1999[9] og gennemførte direktiv 2002/22 i den portugisiske retsorden.

12. I artikel 97 i lov nr. 5/2004 fastsættes følgende:

»1. Såfremt det konstateres, at forsyningspligten er forbundet med nettoomkostninger, der af den nationale tilsynsmyndighed anses for urimelige, tilkommer det regeringen efter anmodning fra de respektive leverandører at fastsætte en passende kompensation gennem én af følgende ordninger eller en kombination heraf:

a) godtgørelse over de almindelige offentlige budgetter

b) fordeling af omkostningerne mellem de andre virksomheder, der varetager offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationsnet og -tjenester på det nationale område.

2. Ved anvendelse af den ordning, der er fastsat i førnævnte bestemmelses litra b), skal der oprettes en udligningsfond, som de virksomheder, der varetager offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, bidrager til, og som forvaltes af den nationale tilsynsmyndighed eller en anden uafhængig instans, der udpeges af regeringen, og som står under den nationale tilsynsmyndigheds tilsyn.

3. Kriterierne for fordeling af nettoomkostningerne ved forsyningspligten mellem de virksomheder, der skal bidrage, fastlægges af regeringen under overholdelse af princippet om gennemsigtighed, princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning, princippet om forbud mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet.

[…]«

13. Ved lov nr. 35/2012 blev der oprettet en udligningsfond for forsyningspligtydelser med elektronisk kommunikation, som skal finansiere de nettoomkostninger, der følger af opfyldelsen af forsyningspligten, og skal sikre fordelingen af disse omkostninger mellem de virksomheder, der skal bidrage til fonden.

14. Denne lovs artikel 1, der fastlægger lovens formål, foreskriver oprettelse af den udligningsfond for forsyningspligtydelser med elektronisk kommunikation, som er omhandlet i artikel 97, stk. 2, i lov nr. 5/2004, og fastsætter kriteriet for fordeling af nettoomkostningerne ved disse ydelser mellem de virksomheder, der skal bidrage.

15. I henhold til artikel 2, stk. 1, i lov nr. 35/2012 »[skal] udligningsfonden i sin anvendelse [overholde] princippet om gennemsigtighed, princippet om forbud mod forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning«.

7 – *Diário da República*, serie 1, nr. 34, af 10.2.2004.

8 – *Diário da República*, serie 1, nr. 146, af 31.7.2017.

9 – *Diário da República*, serie 1, nr. 258, af 5.11.1999.

16. Denne lovs artikel 6 bestemmer:

»Udligningsfonden skal bruges til at finansiere nettoomkostningerne ved forsyningspligten fastsat inden for rammerne af de offentlige udbudsprocedurer, som er omfattet af artikel 99, stk. 3, i lov nr. 5/2004 […], som ændret og konsolideret ved lov nr. 51/2011 af 13. september 2011, og som anses for urimelige af [Autoridade Nacional de Comunicações (den nationale tilsynsmyndighed for kommunikationsydelser, Anacom)] i overensstemmelse med bestemmelserne i samme lovs artikel 95, stk. 1, litra b), og artikel 97, samt til at finansiere nettoomkostningerne ved forsyningspligten som omhandlet i kapitel V.«

17. Lovens artikel 17, der har overskriften »Finansiering af nettoomkostninger i perioden forud for udpegningen ved offentligt udbud«, fastsætter følgende:

»1. Den udligningsfond, der oprettes ved nærværende lov, skal ligeledes gøre det muligt at kompensere de nettoomkostninger ved forsyningspligten, som den leverandør eller de leverandører, der udpeges i henhold til artikel 99, stk. 3, i lov nr. 5/2004 […], som ændret og konsolideret ved lov nr. 51/2011 af 13. september 2011, afholder, indtil leveringen af forsyningspligtydelsen påbegyndes, når følgende kumulative betingelser er opfyldt:

a) Det konstateres efter en revision, at der foreligger nettoomkostninger, og at disse omkostninger anses for urimelige af [Anacom] i medfør af bestemmelserne i artikel 95, stk. 1, litra a), artikel 95, stk. 2, samt artikel 96 og 97 i lov nr. 5/2004 […], som ændret og konsolideret ved lov nr. 51/2011 af 13. september 2011.

b) Forsyningspligtleverandøren ansøger regeringen om kompensation for de i litra a) omhandlede omkostninger.

2. De nettoomkostninger, der skal kompenseres for den periode, der går forud for udpegningen ved offentligt udbud, svarer til det beløb, der kan godkendes af [Anacom] efter revisionen, som omhandlet i stk. 1, litra a).«

18. Af samme lovs artikel 18, stk. 1, fremgår det, at »virksomheder, der varetager offentlige elektroniske kommunikationsnet og/eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester på det nationale område, er forpligtet til at yde et ekstraordinært bidrag til udligningsfonden for hvert af regnskabsårene 2013, 2014 og 2015. Hensigten med dette ekstraordinære bidrag er udelukkende at finansiere de nettoomkostninger, der er omhandlet i den foregående artikel, og som kan godkendes af [Anacom] vedrørende disse år«.

19. I henhold til artikel 18, stk. 5, i lov nr. 35/2012 »[udgør] det ekstraordinære bidrag, der er omhandlet i stk. 1, 3% af den årlige bidragspligtige omsætning for hver enhed inden for de grænser, der er fastsat i de følgende stykker«.

20. Ifølge ordlyden af denne lovs artikel 18, stk. 6, »[kan] størrelsen af det ekstraordinære bidrag, som hver virksomhed skal yde, aldrig overstige det beløb, der måtte fremkomme af den i artikel 17, stk. 2, omhandlede fordeling af nettoomkostningerne for de bidragspligtige virksomheder, i forhold til disse virksomheders bidragspligtige omsætning«.

21. Det fremgår af nævnte lovs artikel 20, at det ekstraordinære bidrag svarende til hvert regnskabsår kan betales inden for en periode på fem år.

III. Tvistens baggrund

A. Faktiske omstændigheder

22. Ved Decreto-Lei n.° 31/2003 (lovdekret nr. 31/2003) af 17. februar 2003, som ændrede grundlaget for koncessionen på offentlige telekommunikationstjenester i Portugal, blev selskabet PT Comunicações (herefter »PTC«) udpeget som forsyningspligtleverandør frem til 2025.

23. I sin egenskab af forsyningspligtleverandør fremlagde PTC flere gange beregninger af nettoomkostningerne ved forsyningspligten og indgav ligeledes ansøgninger om godtgørelse for de negative fortjenstmargener for regnskabsårene 1996-1999, 2000, og dernæst 2001, 2002 og 2003. Anacom gav imidlertid afslag på disse forskellige ansøgninger om godtgørelse.

24. Efter vedtagelsen af lov nr. 5/2004, og efter at PTC i juli 2007 havde fremsat en anmodning, vedtog Anacom den 9. juni 2011, efter en procedure med offentlige høringer og forudgående høringer af de berørte parter, to afgørelser, der præciserede dels begrebet »urimelig byrde« som omhandlet i artikel 97 i lov nr. 5/2004, dels den metode, der skulle anvendes ved beregningen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten.

25. På grundlag heraf skønnede Anacom, at PTC's varetagelse af forsyningspligten frem til 2006 ikke udgjorde en urimelig byrde. Anacom besluttede i øvrigt for perioden efter den 1. januar 2007, og indtil den eller de forsyningspligtleverandører, der var blevet udpeget ved offentligt udbud, påbegyndte leveringen af forsyningspligtydelsen, at anvende den godkendte beregningsmetode for nettoomkostningerne ved forsyningspligten.

26. Lov nr. 35/2012 blev dernæst vedtaget, hvilket gjorde det muligt at oprette udligningsfonden for forsyningspligtydelser med elektronisk kommunikation, hvilket indebar, at der blev indført et ekstraordinært bidrag for at gøre det muligt at kompensere for de nettoomkostninger, som PTC havde afholdt forud for udpegningen ved offentligt udbud.

27. I medfør af Anacoms afgørelser og lov nr. 35/2012, og efter PTC's fremlæggelse af sine beregninger i den forbindelse, blev der foretaget revision af nettoomkostningerne ved forsyningspligten for perioden 2007-2009, og det endelige beløb blev godkendt af Anacom den 19. september 2013. Nettoomkostningerne for 2010 og 2011 blev godkendt den 20. november 2014, mens Anacom i 2015 vedtog en endelig afgørelse om revisionsresultaterne for nettoomkostningerne for regnskabsårene 2012 og 2013.

28. Anacom fastlagde efterfølgende i tre andre afgørelser, hvilke enheder der var forpligtet til at bidrage til udligningsfonden for forsyningspligtydelser med elektronisk kommunikation, og fastsatte størrelsen af de ekstraordinære bidrag i forbindelse med de nettoomkostninger ved forsyningspligten, som der skulle ydes kompensation for vedrørende perioderne 2007-2009, 2010-2011 og 2012-2013.

29. De ekstraordinære bidrag for regnskabsårene 2013, 2014 og 2015 var på den måde beregnet til at kompensere de endeligt fastlagte nettoomkostninger for henholdsvis regnskabsårene 2007, 2008 og 2009, regnskabsårene 2010 og 2011 samt regnskabsårene 2012 og 2013.

30. Sideløbende hermed udskrev Den Portugisiske Republik tre offentlige udbud med henblik på at udvælge den operatør eller de operatører, der skulle udpeges som forsyningspligtleverandør(er), hvorefter der blev valgt nye operatører som forsyningspligtleverandører for så vidt angår tilslutning til det offentlige kommunikationsnet på et fast sted og ydelse af offentligt tilgængelige telefonitjenester. Hvad angår PTC blev dette selskab udvalgt til at varetage forsyningspligten med hensyn til at stille

offentlige betalingstelefoner til rådighed på det nationale område [10]. Kontrakterne med disse operatører trådte i kraft senest den 1. juni 2014, hvor den tidligere koncessionskontrakt om forsyningspligtydelser, der var indgået med PTC, ophørte med at have retsvirkninger.

B. Den administrative procedure

31. Den 13. december 2012 fremsendte Kommissionen via EU Pilot-systemet en skrivelse til Den Portugisiske Republik, hvori den anmodede om en nærmere redegørelse for, hvorvidt udligningsfonden for forsyningspligtydelser som fastsat i lov nr. 35/2012 var forenelig med artikel 13 i og bilag IV, del B, til direktiv 2002/22, særligt hvad angår kompensationen for de nettoomkostninger, som forsyningspligtleverandøren PTC havde afholdt tidligere og i en periode forud for, at selskabet på ny ved offentligt udbud blev udpeget som forsyningspligtleverandør.

32. Den 21. februar 2013 besvarede de portugisiske myndigheder denne anmodning. De afgav yderligere oplysninger under et møde med Kommissionens tjenestegrene den 23. oktober 2014 og efterfølgende ved en skrivelse af 5. december 2014.

33. Den 27. februar 2015 tilstillede Kommissionen Den Portugisiske Republik en åbningsskrivelse. De portugisiske myndigheder gjorde i deres svar af 29. april 2015 gældende, at den portugisiske lovgivning og gennemførelsen heraf skulle betragtes som forenelige med kravene i direktiv 2002/22, herunder særligt med princippet om gennemsigtighed, princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning, princippet om forbud mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet.

34. Efter at have behandlet dette svar tilstillede Kommissionen Den Portugisiske Republik en begrundet udtalelse ved en skrivelse af 29. april 2016, idet den opfordrede denne medlemsstat til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den begrundede udtalelse inden for en frist på to måneder fra modtagelsen heraf.

35. De portugisiske myndigheder besvarede den begrundede udtalelse ved en skrivelse af 1. juli 2016 og supplerede dette svar ved en anden skrivelse af 14. oktober 2016, som lå i forlængelse af et møde med Kommissionens tjenestegrene den 7. september 2016. De portugisiske myndigheder afgav nye oplysninger til Kommissionen om revisionsprocedurerne for operatørerne og om tvisterne på det pågældende område, om kendte data vedrørende procentandelen for bidraget i forhold til operatørernes omsætning og den relevante sektor, om hvilke operatører, der var til stede på markedet i 2007 i forhold til den nuværende situation, og om status på betalingen af det ekstraordinære bidrag.

36. Der blev afholdt to yderligere møder mellem Kommissionen og de portugisiske myndigheder i januar og i juli 2017. Under dette sidste møde blev der undersøgt flere løsninger med henblik på at afgøre uoverensstemmelsen mellem parterne. Kommissionen anmodede efterfølgende om at modtage et løsningsforslag forsynet med en frist for gennemførelse heraf. I to skrivelser af 14. marts 2017 og af 12. september 2018 foreslog de portugisiske myndigheder dels, at der blev afholdt endnu et møde, dels bemærkede de, at de fandt det hensigtsmæssigt at afvente udfaldet af de sager, som enkelte operatører havde anlagt for de nationale retter, og hvis genstand var fortolkningen af den omhandlede lov nr. 35/2012.

C. Retsforhandlingerne for Domstolen

37. Kommissionen har ved stævning af 25. januar 2019 anlagt nærværende søgsmål, da den ikke deler Den Portugisiske Republiks opfattelse.

10 – Resolução do Conselho de Ministros n.° 66-A/2013 (ministerrådets afgørelse nr. 66-A/2013) af 18.7.2013, *Diário da República*, tillæg 1, serie 1, nr. 202, af 18.10.2013.

38. Den Portugisiske Republik og Kommissionen har fremsat deres mundtlige bemærkninger i retsmødet, som blev afholdt den 11. marts 2020.

IV. Bedømmelse

39. Kommissionen har med sit søgsmål bestridt, at det ekstraordinære bidrag for deleordningen for finansieringen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, der er fastsat i artikel 18 i lov nr. 35/2012, er foreneligt med artikel 13 i og bilag IV, del B, til direktiv 2002/22. Nærmere bestemt har Kommissionen gjort gældende, at dette bidrag ikke overholder princippet om gennemsigtighed, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning og proportionalitetsprincippet, hvilke fremgår af ovennævnte bestemmelser.

A. Om princippet om gennemsigtighed

1. Parternes argumentation

40. Kommissionen har anført, at princippet om gennemsigtighed ikke er begrænset til kravet om, at oplysningerne om fordelingen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten skal udgives og gøres offentligt tilgængelige, og at dette princip rækker videre end de enkelte krav, der er fastsat i artikel 14 i direktiv 2002/22.

41. Ifølge Kommissionen fremgår det af Domstolens praksis, at princippet om gennemsigtighed også omfatter andre aspekter. På den ene side har Domstolen fastslået, at en deleordning for finansieringen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten er i overensstemmelse med princippet om gennemsigtighed, når de elementer, der gør det muligt at beregne bidragene, »fastsættes i overensstemmelse med objektive kriterier under hensyntagen til sammenlignelige og dermed gennemsigtige elementer, således at disse operatører gives mulighed for at beregne deres omkostninger og deres sandsynlige indtægter«[11]. Henset til disse omstændigheder finder Kommissionen, at kravene om klarhed og præcision er en integrerende del af princippet om gennemsigtighed.

42. På den anden side har Kommissionen anført, at princippet om gennemsigtighed er knyttet til retssikkerhedsprincippet, som det tjener til at beskytte, således at førstnævnte princip forudsætter, at reglerne for finansieringen af forsyningspligten, hvilke kan påvirke virksomhederne økonomisk, er klare og præcise samt forudsigelige i deres virkninger. Nærmere bestemt foreskriver princippet om gennemsigtighed, for så vidt det skal fortolkes i lyset af retssikkerhedsprincippet, at de berørte parter skal kende det nøjagtige omfang af de forpligtelser, som de pålægges.

43. Den Portugisiske Republik har bestridt Kommissionens fortolkning af princippet om gennemsigtighed, idet den har betegnet denne fortolkning som maksimalistisk og formalistisk. Den Portugisiske Republik er af den opfattelse, at princippet om gennemsigtighed er en garanti for, at medlemsstaterne overholder de forpligtelser, der følger af EU-retten, og har således henvist til, at kriterierne skal være objektive, og at de elementer, der indgår i beregningen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, skal være sammenlignelige, idet disse elementer er forudsætningen for, at omkostningerne er forudsigelige.

11 – Dom af 6.12.2001, Kommissionen mod Frankrig (C-146/00, EU:C:2001:668, præmis 48 og 49).

44. Ifølge Den Portugisiske Republik må retssikkerhedsprincippet i øvrigt ikke forveksles med princippet om gennemsigtighed. De argumenter, som Kommissionen har fremført, vedrører imidlertid først og fremmest retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Kommissionens argumentation svarer i virkeligheden til at forudsætte, at det ekstraordinære bidrag angiveligt har en tilbagevirkende kraft, som er uforenelig med retssikkerhedsprincippet.

45. Den Portugisiske Republik har fremført, at dette resulterer i, at en forsyningspligtleverandør ikke kan få godtgjort allerede afholdte nettoomkostninger, der er kontrolleret og godkendt af Anacom, selv når fordelingen af disse omkostninger er fastsat i den nationale lovgivning. Desuden har Den Portugisiske Republik fremhævet, at der skal sondres mellem en bestemmelses tilsyneladende tilbagevirkende kraft og dens reelle tilbagevirkende kraft. I den foreliggende sag har lov nr. 35/2012 kun en tilsyneladende tilbagevirkende kraft, for så vidt som dens retsvirkninger følger det år, hvor nettoomkostningerne ved forsyningspligten opgøres, dvs. en periode, der ligger efter lovens ikrafttrædelsesdato. Domstolens praksis er imidlertid yderst restriktiv for så vidt angår beskyttelsen af privatpersoners forventninger i sager om tilsyneladende tilbagevirkende kraft[12], hvilket betyder, at operatørerne ikke kunne have nogen berettiget forventning angående finansieringsmetoden for nettoomkostningerne ved forsyningspligten.

2. Bedømmelse

46. Kommissionen har gjort gældende, at princippet om gennemsigtighed skal fortolkes i lyset af retssikkerhedsprincippet, og at dette indebærer, at førstnævnte princip, ud over et krav om, at oplysningerne om beregning og fordeling af nettoomkostningerne ved forsyningspligten skal udgives og gøres offentligt tilgængelige, omfatter visse krav om klarhed, præcision og forudsigelighed. Således affattet er princippet om gennemsigtighed ikke overholdt, fra det øjeblik de operatører, der skal bidrage til finansieringen af omkostningerne i forbindelse med forsyningspligten, ikke har været i stand til at forudsige omfanget af deres forpligtelse inden den faktiske indførelse af det ekstraordinære bidrag ved lov nr. 35/2012.

47. Dette betyder ifølge Kommissionen, at den ordning, som Den Portugisiske Republik indførte, strider mod princippet om gennemsigtighed, for så vidt som operatørerne ikke forud for indførelsen af denne ordning var i stand til at forudsige omfanget af de forpligtelser, som ordningen ville medføre for dem.

48. En sådan løsning ville indebære, at princippet om gennemsigtighed kun ville være overholdt, hvis operatørerne, inden deleordningen for finansieringen af omkostningerne ved forsyningspligten blev vedtaget, kunne få kendskab til omfanget af de forpligtelser, der følger af nævnte ordning, der netop endnu ikke er vedtaget. Det må imidlertid konstateres, at dette aldrig vil kunne forekomme.

49. I virkeligheden skal princippet om gennemsigtighed i henhold til artikel 13, stk. 3, i direktiv 2002/22 først finde anvendelse fra det tidspunkt, hvor deleordningen for finansieringen af de omkostninger, der er forbundet med forsyningspligten, foreligger. Det er således ikke muligt at fastslå, at en ordning, der endnu ikke er vedtaget, savner gennemsigtighed.

50. Det er i denne henseende ligegyldigt, at de omkostninger, som en ordning har til formål at udligne, er blevet afholdt, inden denne ordning vedtages, for så vidt som det indførte ekstraordinære bidrag, når først det er vedtaget, behørigt overholder princippet om gennemsigtighed. Det er min opfattelse, at dette er tilfældet i den foreliggende sag.

12 – Dom af 29.6.1999, Butterfly Music (C-60/98, EU:C:1999:333, præmis 25).

51. Princippet om gennemsigtighed, hvortil der henvises i artikel 13, stk. 3, i direktiv 2002/22, selv om det ikke defineres klart, præciseres nemlig i samme direktivs artikel 14. Princippet om gennemsigtighed forudsætter således, at reglerne for fordelingen af de omkostninger, der er forbundet med forsyningspligten, og en nærmere beskrivelse af deleordningen for finansieringen af forsyningspligten gøres offentligt tilgængelige. Det fastsættes desuden, at såfremt en deleordning for finansieringen af disse omkostninger rent faktisk er oprettet og taget i anvendelse, skal der udgives en årlig rapport med angivelse af omkostningerne ved forsyningspligten, de berørte operatørers bidrag og eventuelle markedsmæssige fordele, der måtte tilflyde forsyningspligtleverandøren. Henset til disse omstændigheder omfatter princippet om gennemsigtighed i alt væsentligt et krav om, at oplysningerne om indførelse af en deleordning for finansieringen af omkostningerne ved forsyningspligten og om anvendelsen af denne ordning skal udgives og gøres offentligt tilgængelige.

52. Domstolen har i øvrigt præciseret, at kravet om, at oplysningerne om de nærmere vilkår for indførelsen af en deleordning for finansieringen af omkostningerne ved forsyningspligten skal offentliggøres og stilles til rådighed for offentligheden, tilsigter, at »[de bidragspligtige] operatører gives mulighed for at beregne deres omkostninger og deres sandsynlige indtægter« [13].

53. Jeg skal i denne henseende gøre klart, at et sådant krav imidlertid ikke indebærer, at de bidragspligtige operatører sikkert og præcist kan forudsige størrelsen af deres bidrag. For så vidt som de præcise nettoomkostninger ved forsyningspligten først er kendt, når tilsynsmyndigheden har beregnet dem, er det ligeledes ikke muligt at kende størrelsen af de præcise bidrag på forhånd. For at princippet om gennemsigtighed er overholdt, er det således tilstrækkeligt, at operatørerne er bekendt med de nærmere vilkår for anvendelsen af deleordningen for finansieringen af nettoomkostningerne. Alene kendskabet til disse vilkår gør det nemlig muligt for operatørerne på rimelig og sandsynlig, men ikke sikker, vis at bestemme omfanget af det bidrag, de vil skulle betale.

54. Jeg vil dog nævne, at lov nr. 35/2012 ikke alene fastsætter, at der indføres et ekstraordinært bidrag, men også redegør for de nærmere vilkår for anvendelsen heraf. Denne lov præciserer således, under hvilke betingelser bidraget udløses [14], i hvilke regnskabsår bidraget skal betales [15], hvilke omkostninger bidraget har til hensigt at udligne, såvel som de øvre grænser for bidragets størrelse [16]. Derudover præciserer nævnte lov, hvilken præcis rolle Anacom spiller ved udvælgelsen af bidragsyderne og fastlæggelsen af det ekstraordinære bidrag, såvel som hvilke betalingsvilkår operatørerne skal overholde [17].

55. Det er således min opfattelse, at det ekstraordinære bidrag, som Den Portugisiske Republik indførte ved lov nr. 35/2012, er i overensstemmelse med princippet om gennemsigtighed, fra det øjeblik denne medlemsstat bringer principperne for fordelingen af omkostningerne ved forsyningspligten såvel som en nærmere beskrivelse hvad angår anvendelsen af deleordningen til offentlighedens kendskab. Endvidere har disse oplysninger unægteligt gjort det muligt for de operatører, der er forpligtet til at bidrage, allerede fra oprettelsen af deleordningen i 2012 at bestemme omfanget af deres forpligtelser som følge af det ekstraordinære bidrag, som de har skullet betale for regnskabsårene 2013, 2014 og 2015.

13 – Dom af 6.12.2001, Kommissionen mod Frankrig (C-146/00, EU:C:2001:668, præmis 48 og 49). Denne præcisering blev ganske vist fremført under henvisning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/33/EF af 30.6.1997 om samtrafik på teleområdet med henblik på at sikre forsyningspligtydelser og interoperabilitet ved anvendelse af ONP-principperne (EFT 1997, L 199, s. 32), som blev ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 33), men det er min opfattelse, at præciseringen bevarer sin relevans i forhold til forsyningspligten som reguleret ved direktiv 2002/22.

14 – Artikel 17 i lov nr. 35/2012.

15 – Artikel 18, stk. 1, i lov nr. 35/2012.

16 – Artikel 18, stk. 5 og 6, i lov nr. 35/2012.

17 – Artikel 20 og artikel 21, stk. 1, i lov nr. 35/2012.

56. Den Portugisiske Republiks indførelse af det ekstraordinære bidrag som fastsat ved lov nr. 35/2012 udgør dermed ikke en tilsidesættelse af princippet om gennemsigtighed.

B. Om princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning og om proportionalitetsprincippet

1. Parternes argumentation

57. Kommissionen er af den opfattelse, at den udligningsordning, der er fastsat ved lov nr. 35/2012, ikke kan anses for at være forenelig med princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning. For det første er det umuligt for operatørerne at forudsige de pågældende omkostninger eller at tage hensyn til dem i forbindelse med selskabernes aktivitet vedrørende de regnskabsår, for hvilke disse omkostninger opkræves. For det andet er de beløb, der skal finansieres, betydelige, idet det ekstraordinære bidrag udgør 3% af den bidragspligtige omsætning for hver operatør og for hvert af de omhandlede regnskabsår og kommer oven i det almindelige bidrag til finansieringen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, som de operatører, der udpeges ved offentligt udbud, er skyldige. For det tredje pålægger det ekstraordinære bidrag operatørerne en langt mere betydelig byrde end det, der under normale forhold ville kunne imødeses, hvis man i det årlige bidrag tog højde for nettoomkostningerne i forbindelse med varetagelse af forsyningspligten i samme periode, idet indvirkningen på omsætningen ville minimeres mærkbart og gøre det muligt for operatørerne at fordele den økonomiske byrde over en væsentligt længere periode.

58. Hvad angår proportionalitetsprincippet er Kommissionen af den opfattelse, at dette princip ikke er overholdt, idet operatørerne forpligtes til at bidrage til udligningen af nettoomkostningerne for de virksomheder, der udpeges som følge af den offentlige udbudsprocedure, og samtidig yde det ekstraordinære bidrag. Denne forpligtelse medfører et »dobbelt bidrag« eller i det mindste en forøgelse af den økonomiske byrde, som operatørerne skal bære. Kommissionen har desuden i retsmødet fremhævet, at det ekstraordinære bidrag er påfaldende højt, bl.a. sammenlignet med bidraget for samme periode i Spanien.

59. Hvad angår princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning har Den Portugisiske Republik gjort gældende, at dette princip, som der redegøres nærmere for i 23. betragtning til direktiv 2002/22, først og fremmest omhandler fremgangsmåden ved fordelingen af den byrde, der pålægges forsyningspligtleverandørerne med henblik på at minimere virkningerne af den økonomiske byrde, der ender hos slutbrugerne. Kommissionen har imidlertid ikke fremlagt noget bevis, der gør det muligt at konkludere, at virkningerne af den økonomiske byrde, der ender hos brugerne, ikke er blevet minimeret. Desuden henhører den angiveligt manglende omkostningsforudsigelighed for operatørerne, hvilken Kommissionen har påberåbt sig, ikke under området for princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning.

60. Den Portugisiske Republik har i øvrigt bestridt, at det beløb, der skal finansieres gennem det ekstraordinære bidrag, er påfaldende højt. Tærskelværdien på 3% af omsætningen udgør den øvre grænse for det samlede bidragsbeløb, således at forstå, at dette beløb ligeledes er underlagt andre grænser. Særligt gælder det, at de nettoomkostninger, der skal kompenseres, under alle omstændigheder svarer til det beløb, der kan godkendes af Anacom. Dertil kommer, at det ekstraordinære bidrag, der har til formål at godtgøre de nettoomkostninger, som forsyningspligtleverandøren afholder, er fordelt over fire år, og at den tilsvarende værdi for hvert regnskabsår kan betales inden for en periode på fem år.

61. Hvad angår proportionalitetsprincippet har Den Portugisiske Republik gjort gældende, at for så vidt som dette ekstraordinære bidrag dels har til formål i videst muligt omfang at minimere indgriben i sektoren ved at sprede udligningen mest muligt, dels består i en afbalanceret afvejning af omkostninger og fordele i henseende til det formål, der forfølges, er dette princip fuldt ud overholdt,

idet nævnte bidrag udgør et passende middel til at nå målet om den påkrævede udligning af nettoomkostningerne ved forsyningspligten. Hvad angår det argument, som Kommissionen har fremført i retsmødet, hvorefter samme bidrag er påfaldende højt, har Den Portugisiske Republik videre anført, at Kommissionen ikke kan bestride størrelsen af dette bidrag, uden samtidig at bestride beregningsmetoden for nettoomkostningerne ved forsyningspligten, således som den anvendes af Anacom.

2. Bedømmelse

62. Indledningsvis må jeg påpege, at det argument, som Kommissionen har fremført, hvorefter operatørerne ikke var i stand til at forudsige de nettoomkostninger, der skulle kompenseres, efter min opfattelse ikke er relevant med hensyn til at afgøre, om den ordning, som Den Portugisiske Republik indførte, er i overensstemmelse med princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning.

63. Der redegøres nemlig for dette princip i 23. betragtning til direktiv 2002/22, ifølge hvis ordlyd »[m]indst mulig konkurrenceforvridning betyder, at bidrag bør opkræves på en måde, der i videst muligt omfang minimerer virkningerne af den økonomiske byrde, der ender hos slutbrugerne, f.eks. ved at sprede indhentning af bidrag mest muligt«. Spørgsmålet om, hvorvidt operatørerne var i stand til at tage hensyn til det ekstraordinære bidrag i forbindelse med deres aktivitet, er således irrelevant, når det drejer sig om at fastslå, i hvilket omfang virkningerne af den økonomiske byrde, der følger af dette bidrag, pålægges slutbrugerne.

64. Kommissionen har endvidere fremført andre argumenter, der vedrører dels størrelsen af de omhandlede beløb, dels forekomsten af et »dobbelt bidrag«, idet operatørerne var forpligtet til fra og med regnskabsåret 2013 både at bidrage til finansieringen af omkostningerne ved forsyningspligten for perioden efter det offentlige udbud og yde det ekstraordinære bidrag for de omkostninger, som PTC havde afholdt forud for det offentlige udbud. Disse forhold påviser ifølge Kommissionen, at der foreligger tilsidesættelse dels af princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning, dels af proportionalitetsprincippet.

65. Selv om disse argumenter efter min opfattelse bestemt er mere relevante end argumentet om omkostningsforudsigeligheden, finder jeg imidlertid ikke, at de er tilstrækkelige til at påvise, at princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning og proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat.

66. Hvad angår størrelsen af det ekstraordinære bidrag bestemmes det ganske vist i artikel 18, stk. 5, i lov nr. 35/2012, at bidragene udgør 3% af den årlige bidragspligtige omsætning for hver bidragspligtig enhed. Ikke desto mindre fremgår det ligeledes af denne lovs artikel 18, stk. 6, at størrelsen af dette bidrag, som hver virksomhed skal yde, aldrig kan overstige det beløb, der måtte fremkomme af fordelingen af de nettoomkostninger, som forsyningspligtleverandøren afholder, og som anses for urimelige af Anacom.

67. Selv om det ekstraordinære bidrag kan andrage op til 3% af de bidragspligtige selskabers årlige bidragspligtige omsætning, skal bidragets størrelse imidlertid altid svare til de nettoomkostninger, som forsyningspligtleverandøren afholder, og som er godkendt af Anacom.

68. Det må dog konstateres, at Kommissionen ikke har bestridt beregningsmetoden for nettoomkostningerne ved forsyningspligten, således som den anvendes af Anacom, og heller ikke det resultat, som denne myndighed nåede frem til i sine afgørelser vedrørende regnskabsårene 2012, 2013 og 2014. Kommissionen har således ikke bestridt størrelsen af de nettoomkostninger, der skal kompenseres gennem det ekstraordinære bidrag, og som sidstnævnte skal stemme nøjagtigt overens med.

69. Alene den omstændighed, at bidragene er påfaldende høje, gør det således ikke muligt at påvise, at bidraget i sig selv er uforholdsmæssigt eller ikke overholder princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning. Da nævnte bidrag stemmer nøjagtigt overens med størrelsen af de nettoomkostninger, som forsyningspligtleverandøren har afholdt, og Kommissionen ikke har bestridt beregningen heraf, er det min opfattelse, at bidraget både er begrænset til det, der er nødvendigt for at nå målet om udligning af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, og egnet til at minimere virkningerne af den økonomiske byrde.

70. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om et dobbelt bidrag, der pålægges de operatører, der er forpligtet til at bidrage til finansieringen af omkostningerne efter det offentlige udbud og samtidig til finansieringen af de omkostninger, som PTC afholdt, da dette selskab var eneleverandør af forsyningspligtydelser, medfører forekomsten af et sådant dobbelt bidrag, således som Kommissionen har anført, en forøgelse af den økonomiske byrde, der pålægges operatørerne. En sådan forøgelse følger ligeledes af den omstændighed, at operatørerne forpligtes til at kompensere nettoomkostningerne for flere regnskabsår i løbet af et enkelt regnskabsår [18].

71. Jeg er imidlertid ikke af den opfattelse, at en sådan omstændighed i sig selv kan karakteriseres som en tilsidesættelse af princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning eller proportionalitetsprincippet. For det første medfører et bidrag, der skal udligne de nettoomkostninger, som forsyningspligtleverandøren afholder, altid en større økonomisk byrde for de operatører, der skal bidrage til ordningen, end det ville være tilfældet uden en sådan udligning. Fra det øjeblik en sådan forøgelse af den økonomiske byrde, der pålægges de bidragspligtige operatører, er uadskilleligt forbundet med selve udligningsordningen for finansieringen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, er alene denne omstændighed efter min opfattelse ikke tilstrækkelig til at blive karakteriseret som en tilsidesættelse af princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning eller proportionalitetsprincippet.

72. For så vidt som størrelsen af det ekstraordinære bidrag stemmer nøjagtigt overens med størrelsen af de nettoomkostninger, som forsyningspligtleverandøren har afholdt, må det endvidere konstateres, at det pågældende beløb er begrænset til det, der er strengt nødvendigt for at nå målet om udligning af nettoomkostningerne ved forsyningspligten. Henset til disse omstændigheder finder jeg ikke, at det kan lægges til grund, at dette bidrag medfører en uforholdsmæssig økonomisk byrde for de berørte operatører, heller ikke selv om nævnte bidrag må henføres til flere regnskabsår eller medfører et dobbelt bidrag.

73. Som Den Portugisiske Republik har anført, har de operatører, der forpligtes til at yde det ekstraordinære bidrag, desuden lempelige betalingsvilkår med hensyn til dette bidrag. Nærmere bestemt fremgår det af artikel 20, stk. 4, i lov nr. 35/2012, at betalingen af dette bidrag for hvert regnskabsår kan fordeles over en periode på fem år. Adgangen til sådanne betalingsvilkår gør det således muligt for operatørerne at tilpasse deres økonomiske byrde i forbindelse med betalingen af nævnte bidrag efter forholdene, således at virkningerne heraf minimeres mest muligt. Det er min opfattelse, at en sådan ordning sikrer dels, at den økonomiske byrde, der overvæltes på slutbrugerne, minimeres, dels mere generelt, at samme bidrag er forholdsmæssigt.

74. Endelig fremgår minimeringen af virkningerne af den økonomiske byrde, der ender hos slutbrugerne, og forholdsmæssigheden af det ekstraordinære bidrag, således som Den Portugisiske Republik har anført, ligeledes af den omstændighed, at de operatører, der forpligtes til at betale dette bidrag, er alle de selskaber, hvis omsætning overstiger 1% af den årlige omsætning i sektoren, inklusive forsyningspligtleverandøren. Det fremgår således, at fordelingen af nævnte bidrag mellem operatørerne er så bred som mulig og egnet til at minimere virkningerne heraf hos slutbrugerne.

18 – Jf. punkt 29 i nærværende forslag til afgørelse.

75. Under alle omstændigheder indebærer Kommissionens synspunkt, at en deleordning for finansieringen af omkostningerne ved forsyningspligten kun kan indføres, i det omfang operatørernes bidrag beregnes i forhold til de omkostninger, som forsyningspligtleverandøren har afholdt i et enkelt regnskabsår.

76. Jeg må imidlertid påpege, at ordlyden af direktiv 2002/22 på ingen måde forpligter medlemsstaterne til at vælge en udligning på årsbasis. Man kan dog ikke af EU-lovgivers tavshed udlede præcise nærmere vilkår for indførelsen af udligningsordninger for finansieringen af omkostningerne ved forsyningspligten. Da EU-lovgiver ikke har ønsket at påtvinge sådanne vilkår, er jeg af den opfattelse, at en udligningsordning for finansieringen af omkostningerne ved forsyningspligten ikke kan anses for at være uforholdsmæssig eller i strid med princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning, alene på det grundlag, at ordningen ikke fungerer på årsbasis.

77. Henset til disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at Den Portugisiske Republiks indførelse af det ekstraordinære bidrag som fastsat ved lov nr. 35/2012 ikke udgør en tilsidesættelse af princippet om mindst mulig konkurrenceforvridning eller proportionalitetsprincippet.

C. Om princippet om forbud mod forskelsbehandling

1. Parternes argumentation

78. Ifølge Kommissionen kræver princippet om forbud mod forskelsbehandling, at der alene tages hensyn til omsætningen fra de operatører, der var til stede på markedet på det tidspunkt, hvor nettoomkostningerne blev afholdt. Lov nr. 35/2012 finder imidlertid anvendelse på alle de operatører, der var til stede på markedet i perioden 2013-2015, dvs. på operatører, der ikke var til stede på markedet i perioden 2007-2012. Disse operatører er desuden omfattet af forpligtelsen til at bidrage på grundlag af indtægter, som de har bogført i regnskabsår, hvor nettoomkostningerne ikke blev afholdt, og udsættes således for forskelsbehandling.

79. Den Portugisiske Republik har først gjort gældende, at Kommissionens argumentation, hvorefter alene de operatører, der var til stede på markedet på det tidspunkt, hvor omkostningerne blev afholdt, skal bidrage til udligningsfonden, og på grundlag af omsætningen for det år, hvor omkostningerne blev afholdt, fører til en begunstigelse af de operatører, der ikke er berørt af omkostningerne ved forsyningspligten, og medfører en forskelsbehandling til skade for forsyningspligtleverandøren.

80. Den Portugisiske Republik har dernæst gjort gældende, at selv om markedsstrukturen ikke var den samme i 2013 og i 2007, betyder dette ikke af den grund, at de operatører, der var til stede på markedet i 2013, ikke allerede var til stede tidligere. I denne henseende har Den Portugisiske Republik argumenteret for, at begrebet »virksomhed« skal fortolkes formålsbestemt og derved gøre det muligt at hæve sig op over eventuelle ændringer i operatørernes interne struktur, når der foreligger en økonomisk enhed eller udøvelse af økonomisk kontrol mellem disse.

81. Endelig har Den Portugisiske Republik gjort gældende, at Kommissionens argumentation ikke tager hensyn til den omstændighed, at beregningsmetoden for nettoomkostningerne er en tidskrævende og kompleks proces, der først sættes i gang efter anmodning fra forsyningspligtleverandøren, således at en vis forskydning mellem den periode, hvor nettoomkostningerne blev afholdt, og den periode, hvor de skal udlignes, ikke er et tegn på forskelsbehandling.

2. Bedømmelse

82. Ifølge Kommissionen er den hævdede tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling et resultat af anvendelsen af lov nr. 35/2012 og af det ekstraordinære bidrag for de virksomheder, der ikke var til stede på markedet på det tidspunkt, hvor de udligningsberørte omkostninger ved forsyningspligten blev afholdt.

83. Jeg erindrer om, at det følger af Domstolens faste praksis, at forskelsbehandling kun kan bestå i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer[19]. Anvendelsen af det ekstraordinære bidrag på selskaber, der ikke var til stede på markedet på det tidspunkt, hvor de omkostninger, der er berørt af udligningen, blev afholdt, kan således i teorien indebære en forskelsbehandling.

84. Det er imidlertid ikke min opfattelse, at dette er tilfældet i den foreliggende sag. I modsætning til, hvad Kommissionen har anført, er jeg af den opfattelse, at de ændringer, der har fundet sted på markedet for telekommunikationsoperatører mellem 2007 og 2012, ikke har medført, at der er indtrådt *nye* selskaber på markedet, som vil kunne anses for ikke at have været til stede, da de omkostninger ved forsyningspligten, som har været omfattet af det ekstraordinære bidrag, blev afholdt, og dette af følgende grunde.

85. For det første fremgår det såvel af Den Portugisiske Republiks svarskrift som af de bemærkninger, som Kommissionen har fremsat i retsmødet, at de omstruktureringer, der har fundet sted på markedet for telekommunikationsoperatører, har bestået i omstruktureringer inden for og imellem koncerner. De *nye* selskaber, som Kommissionen har henvist til, viser sig i virkeligheden at have deres udspring i fusioner mellem selskaber, der i forvejen var aktive på markedet.

86. De selskaber, der er udgået fra disse fusioner, indestår imidlertid for den retlige kontinuitet af nævnte fusionerede selskabers rettigheder og pligter. Ved disse fusioneringer sker der nemlig en overførsel af sidstnævnte selskabers formue, dvs. af alle aktiver og passiver. Mere generelt kan en sådan fusionering ikke fastlåse det fusionerende selskabs rettigheder og pligter til det tidspunkt, hvor fusionen foretages, idet disse rettigheder og pligter nødvendigvis udvikler sig i forhold til de såvel økonomiske som retlige omstændigheder.

87. I denne sammenhæng står kun det spørgsmål tilbage, hvorvidt forpligtelsen vedrørende det ekstraordinære bidrag, som de fusionerende selskaber uden omstruktureringerne ville have været forpligtet til at yde i henhold til lov nr. 35/2012, indgår i de overførte passiver.

88. Dette er efter min opfattelse tilfældet. Der er nemlig ingen grund til at udelukke forpligtelsen vedrørende bidraget til udligningen af omkostningerne ved forsyningspligten fra passiverne. En sådan udelukkelse ville føre til, at enhver omstrukturering ville gøre det muligt for et selskab at unddrage sig sin forpligtelse til at bidrage til udligningsfonden for finansieringen af omkostningerne ved forsyningspligten og – netop derved – at sætte anvendelsen af direktiv 2002/22 ud af spil. I en sådan situation ville en omstrukturering kunne fungere som en begrundelse for bortfald af forpligtelserne til at bidrage til finansieringen af forsyningspligten og endda kunne anvendes udelukkende med henblik herpå.

89. Under disse omstændigheder kan de omstruktureringer, der har fundet sted på markedet for telekommunikationsoperatører, ikke anses for at have ført til, at der er indtrådt *nye* selskaber på markedet, som uden disse omstruktureringer ikke ville have været omfattet af betalingen af det ekstraordinære bidrag, og som dermed er udsat for forskelsbehandling på grund af forpligtelsen til at bidrage til finansieringen af forsyningspligten.

19 – Dom af 13.11.1984, Racke (sag 283/83, EU:C:1984:344, præmis 7), af 2.4.2009, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen (C-431/07 P, EU:C:2009:223, præmis 114), og af 19.11.2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, præmis 30).

90. For det andet, og i modsætning til, hvad Kommissionen har anført i retsmødet, er ændringer i aktionærkredsen eller nye investorers erhvervelse af kapitalandele, hvorved disse køber sig ind i telekommunikationsselskaberne, ikke tilstrækkeligt til at anse disse selskaber for at være *nye* på markedet. En sådan løsning ville også her indebære, at enhver ændring i et selskabs aktiekapital ville være en begrundelse for bortfald af selskabernes forpligtelser og således tillade, at anvendelsen af direktiv 2002/22 blev sat ud af spil.

91. Denne konklusion kan ikke drages i tvivl af det argument, som Kommissionen har fremført i retsmødet, hvorefter enhver investeringsbeslutning er baseret på det pågældende selskabs situation på det tidspunkt, hvor investeringen finder sted. Kommissionen har i den henseende vurderet, at det hvad angår investeringer forud for lov nr. 35/2012 ikke var muligt for investorerne at forudsige forpligtelsen til at bidrage til finansieringen af omkostningerne ved forsyningspligten for perioden fra 2007 til 2012. Jeg vil dels påpege, at der har været adgang til en bidragsordning for finansieringen af omkostningerne ved forsyningspligten siden vedtagelsen af lov nr. 5/2004, hvorfor operatørerne ikke har kunnet være uvidende herom. Dels og under alle omstændigheder ville dette argument, hvis det kunne tiltrædes, hvilket ikke er tilfældet, ikke udgøre en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling i forhold til de omhandlede selskaber, men en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af investorernes berettigede forventning, hvilken Kommissionen i øvrigt ikke har påberåbt sig.

92. Henset til disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at Den Portugisiske Republiks indførelse af det ekstraordinære bidrag som fastsat ved lov nr. 35/2012 ikke udgør en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling.

V. Forslag til afgørelse

93. Henset til samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at Den Portugisiske Republik frifindes. I henhold til artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement bør Europa-Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.