Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 28 maja 2020 r.[1]

Sprawa C-49/19

Komisja Europejska
przeciwko

Republice Portugalskiej

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Dyrektywa 2002/22/WE – Łączność elektroniczna – Finansowanie obowiązku świadczenia usługi powszechnej – Mechanizm podziału – Zasady przejrzystości, najmniejszego zakłócania rynku, niedyskryminacji i proporcjonalności

I. Wprowadzenie

1. Dyrektywa 2002/22/WE[2] ma na celu „utworzeni[e] zharmonizowanych ram regulacyjnych gwarantujących świadczenie usługi powszechnej, a więc minimalnego zestawu określonych usług dla wszystkich użytkowników końcowych po przystępnej cenie”[3], i jest wyrazem znaczenia, jakie ma dostęp do pewnych niezbędnych usług w dziedzinie telekomunikacji dla wszystkich. Obowiązek świadczenia usługi powszechnej nałożony w tej dyrektywie ma więc zapobiec pewnym negatywnym skutkom, jakie liberalizacja rynku telekomunikacyjnego mogłaby pociągnąć za sobą w niektórych strefach geograficznych lub dla niektórych osób w Unii Europejskiej, które w przeciwnym razie zostałyby pozbawione dostępu do niezbędnych usług[4].

2. W celu zapewnienia świadczenia tych niezbędnych usług państwa członkowskie mogą nałożyć na jedno lub kilka przedsiębiorstw obowiązek świadczenia usługi powszechnej. Jednocześnie ten obowiązek świadczenia usługi powszechnej może w pewnych okolicznościach zostać wypełniony jedynie ze stratą dla przedsiębiorstw, na których ciąży, lub po kosztach netto, co nie mieści się w normalnych standardach handlowych[5]. W takiej sytuacji państwa członkowskie ustanawiają mechanizm finansowania tych kosztów związanych z obowiązkiem świadczenia usługi powszechnej. Zgodnie z art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/22 mają one do dyspozycji dwa rozwiązania: wykorzystanie środków publicznych do zrekompensowania dostawcy zobowiązanemu do świadczenia usługi powszechnej ponoszonego przez niego kosztu lub wprowadzenie mechanizmu podziału kosztów netto związanych z usługą powszechną, w którym uczestniczą różni operatorzy telekomunikacyjni. Republika Portugalska wybrała to drugie rozwiązanie.

1 Język oryginału: francuski.

2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dz.U. 2002, L 108, s. 51).

3 Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., Komisja/Francja, C-220/07, niepublikowany, EU:C:2008:354, pkt 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, *Cahiers de droit européen*, 2016, vol. 52, nº 3, s. 886.

5 Motyw 18 dyrektywy 2002/22. Zobacz również E. Slautsky, op.cit.

3. Mechanizm podziału przewidziany przez Republikę Portugalską wykazuje jednak pewną szczególną cechę. Przewiduje on bowiem między innymi ustanowienie nadzwyczajnej opłaty w celu zrekompensowania kosztów usługi powszechnej poniesionych przed utworzeniem mechanizmu podziału. Komisja Europejska podważa właśnie zgodność tej cechy z art. 13 ust. 3 i częścią B załącznika IV do dyrektywy 2002/22, uważając, że rozpatrywana nadzwyczajna opłata nie spełnia wymogów, jakim powinien odpowiadać mechanizm podziału, przewidzianych w tych przepisach, a mianowicie zasady przejrzystości, proporcjonalności, najmniejszego zakłócania rynku i niedyskryminacji.

4. W niniejszej skardze o stwierdzenie uchybienia Komisja wnosi więc do Trybunału o orzeczenie, że poprzez ustanowienie nadzwyczajnej opłaty w celu podziału kosztów netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej od 2007 r. zgodnie z Lei n.º 35/2012 do Fundo de Compensação do Serviço Universal (ustawą nr 35/2012 w sprawie funduszu kompensacyjnego usługi powszechnej) z dnia 23 sierpnia 2012 r.[6], w wersji mającej zastosowanie do niniejszej sprawy, Republika Portugalska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 13 ust. 3 i części B załącznika IV do dyrektywy 2002/22.

5. Niniejsza sprawa daje więc Trybunałowi sposobność wyjaśnienia zakresu wymogów, jakie musi spełniać mechanizm podziału kosztów netto związanych z usługą powszechną.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

6. Motywy 18–21 i 23 dyrektywy 2002/22 mają następujące brzmienie:

„(18) Tam gdzie to jest konieczne, państwa członkowskie powinny ustanowić mechanizmy finansowania kosztów netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej w przypadku, kiedy dowiedzie się, że ten obowiązek może być spełniony jedynie ze stratą lub po kosztach netto, które nie mieszczą się w normalnych standardach handlowych. Ważne jest zapewnienie, aby koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej był właściwie obliczony oraz aby [ewentualne] finansowanie podejmowano z jak najmniejszym uszczerbkiem dla rynku i przedsiębiorstw, bądź aby było zgodne [z] postanowieniami art. [107 i 108 TFUE].

(19) Jakakolwiek kalkulacja kosztu netto usługi powszechnej powinna uwzględniać koszty i przychody, jak również niematerialne korzyści wynikające ze świadczenia usługi powszechnej, ale nie powinna powstrzymywać przed osiągnięciem ogólnego celu, jakim jest zapewnienie, aby struktury cenowe odzwierciedlały koszty. Jakiekolwiek koszty obowiązku świadczenia usługi powszechnej powinny być obliczane na podstawie przejrzystych procedur.

(20) Uwzględnianie korzyści niematerialnych oznacza, że w celu określenia całościowego obciążenia kosztami należy pomniejszyć bezpośredni koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej o wycenę w formie pieniężnej tych korzyści pośrednich, jakie przedsiębiorstwo osiąga z tytułu jego pozycji jako dostawcy usługi powszechnej.

(21) Gdy obowiązek świadczenia usługi powszechnej stanowi nieuzasadnione obciążenie dla przedsiębiorstwa, właściwe jest zezwolenie państwom członkowskim na ustanawianie mechanizmów dla sprawnego zwrotu kosztów netto. Zwrot poprzez fundusze publiczne stanowi jedną z metod zwracania kosztów netto wynikających z obowiązku świadczenia usługi powszechnej. Powinno się rozważyć, aby w sposób przejrzysty odzyskiwać koszty netto od

6 *Diário da República*, seria 1, nr 163 z dnia 23 sierpnia 2012 r.

wszystkich użytkowników w drodze opodatkowania przedsiębiorstw. Państwa członkowskie powinny być w stanie finansować koszty netto różnych składników usługi powszechnej za pomocą różnych mechanizmów lub finansować koszty netto niektórych lub wszystkich składników, używając jednego z dwóch lub kombinacji obu mechanizmów. W przypadku zwrotu kosztów za pomocą opodatkowania przedsiębiorstw państwa członkowskie powinny zapewnić, aby metoda alokacji wśród nich była oparta na obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriach oraz aby była zgodna z zasadą proporcjonalności. Ta zasada nie powstrzymuje państw członkowskich przed zwolnieniami dla firm nowo wchodzących, które jeszcze nie osiągnęły znaczącej pozycji na rynku. Każdy z mechanizmów finansowania powinien zapewniać, że uczestnicy rynku mają wkład w finansowanie jedynie obowiązku świadczenia usługi powszechnej, a nie innych działań, które nie łączą się bezpośrednio z wypełnianiem obowiązku świadczenia usługi powszechnej. Mechanizmy zwrotu powinny we wszystkich przypadkach szanować zasady prawne Wspólnoty, a w szczególności, w przypadku mechanizmów rozdzielczych, zasady niedyskryminacji i proporcjonalności. Każdy mechanizm finansowania powinien zapewniać, żeby użytkownicy w jednym państwie członkowskim nie uczestniczyli w kosztach usługi powszechnej w innym państwie członkowskim, na przykład dzwoniąc z jednego państwa członkowskiego do drugiego.

[…]

(23) Koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej może być ponoszony wspólnie przez wszystkie lub niektóre szczególne kategorie przedsiębiorstw. Państwa członkowskie powinny zapewnić, aby mechanizmy wspólnego ponoszenia kosztów szanowały zasady przejrzystości, najmniejszego uszczerbku dla rynku, niedyskryminacji i proporcjonalności. Zasada najmniejszego uszczerbku dla rynku oznacza, że wkłady należy odzyskiwać w taki sposób, aby, tak dalece jak jest to możliwe, minimalizować obciążenie finansowe spadające na użytkowników końcowych, na przykład w drodze rozłożenia wkładów tak szeroko, jak to jest możliwe”.

7. W art. 12 dyrektywy 2002/22, zatytułowanym „Określanie kosztów obowiązku świadczenia usługi powszechnej”, przewidziano:

„1. W przypadku gdy krajowe organy regulacyjne uznają, że świadczenie usługi powszechnej określonej w art. 3–10 może stanowić niesprawiedliwe obciążenie przedsiębiorstw wyznaczonych do świadczenia usługi powszechnej, obliczają one koszty netto świadczenia tej usługi.

W tym celu krajowe organy regulacyjne:

a) obliczają koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej, biorąc pod uwagę każdą korzyść rynkową przypadającą na przedsiębiorstwo wyznaczone do świadczenia usługi powszechnej, zgodnie z załącznikiem IV część A; lub

b) wykorzystują koszty netto świadczenia usługi powszechnej określone przez mechanizm wyznaczania zgodnie z art. 8 ust. 2.

2. Rachunki lub inne informacje służące za podstawę obliczania kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej na mocy ust. 1 lit. a) są przedmiotem audytów lub weryfikacji przeprowadzanych przez krajowy organ regulacyjny lub organ niezależny od zainteresowanych stron i są zatwierdzane przez ten krajowy organ regulacyjny. Wyniki kalkulacji kosztu oraz wnioski z audytu są publicznie dostępne”.

8. Artykuł 13 dyrektywy 2002/22, zatytułowany „Finansowanie obowiązku świadczenia usługi powszechnej", stanowi:

„1. W przypadku gdy, na podstawie kalkulacji kosztu netto określonego w art. 12, krajowe organy regulacyjne stwierdzą, iż na danym przedsiębiorstwie spoczywają niesprawiedliwe obciążenia, państwa członkowskie, w odpowiedzi na wniosek wyznaczonego przedsiębiorstwa, decydują:

a) wprowadzić mechanizm kompensowania temu przedsiębiorstwu określonego kosztu netto, na przejrzystych warunkach, z funduszy publicznych; lub

b) podzielić koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej pomiędzy dostawców sieci i usług łączności elektronicznej.

2. W przypadku gdy koszt netto jest ponoszony wspólnie na mocy ust. 1 lit. b), państwa członkowskie ustanawiają mechanizm dzielenia kosztów, zarządzany przez krajowy organ regulacyjny lub organ niezależny od beneficjantów pod nadzorem krajowego organu regulacyjnego. Dopuszcza się finansowanie jedynie kosztu netto, ustalonego zgodnie z art. 12, obowiązku ustanowionego w art. 3–10.

3. Mechanizm dzielenia kosztów respektuje zasady przejrzystości, jak najmniejszego naruszenia rynku, niedyskryminacji i proporcjonalności, zgodnie z zasadami w załączniku IV część B. Państwa członkowskie mogą zdecydować nie wymagać wkładów od przedsiębiorstw, których krajowy obrót jest niższy od wyznaczonego limitu.

4. Żadne opłaty związane z dzieleniem kosztu obowiązku świadczenia usługi powszechnej nie będą łączone i będą określane oddzielnie dla każdego przedsiębiorstwa. Takich opłat nie nakłada się na i nie pobiera się od przedsiębiorstw, które nie świadczą usług na terytorium państwa członkowskiego, które ustanowiło mechanizm dzielenia kosztów".

9. Artykuł 14 dyrektywy 2002/22, zatytułowany „Przejrzystość", stanowi:

„1. W przypadku ustanowienia mechanizmu dzielenia kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej określonego w art. 13 krajowe organy regulacyjne zapewniają publiczny dostęp do zasad dzielenia kosztów i szczegółów zastosowanego mechanizmu.

2. Zgodnie ze wspólnotowymi i krajowymi zasadami dotyczącymi poufności w interesach, krajowe organy regulacyjne zapewniają publikację rocznego sprawozdania podającego wyliczony koszt obowiązku świadczenia usługi powszechnej, określającego wkład wszystkich zaangażowanych przedsiębiorstw oraz określający wszelkie korzyści rynkowe, jakie mogły przypaść przedsiębiorstwu/przedsiębiorstwom wyznaczonym do świadczenia usługi powszechnej, w przypadku istnienia i działania funduszu".

10. Zgodnie z częścią B załącznika IV do dyrektywy 2002/22:

„Odzyskiwanie lub finansowanie kosztów netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej wymaga, aby wyznaczone przedsiębiorstwa obarczone obowiązkiem świadczenia usługi powszechnej otrzymywały rekompensatę za świadczone usługi na warunkach niekomercyjnych. Ponieważ taka rekompensata łączy się z transferami finansowymi, państwa członkowskie mają zapewnić, aby były one dokonywane w sposób obiektywny, przejrzysty, niedyskryminacyjny i proporcjonalny. To oznacza, iż te transfery skutkują jak najmniejszymi naruszeniami konkurencji i zapotrzebowania użytkowników.

Zgodnie z art. 13 ust. 3 mechanizm dzielenia kosztów oparty na funduszu powinien wykorzystywać przejrzysty i neutralny sposób pobierania wkładów, który unika niebezpieczeństwa, że podwójne narzucenie wkładów obarcza zarówno wydatki, jak i wpływy przedsiębiorstw.

Niezależny organ zarządzający funduszem ma być odpowiedzialny za pobieranie wkładów od przedsiębiorstw ocenianych jako [zdolne] do wniesienia wkładu do kosztu netto świadczenia usługi powszechnej w państwie członkowskim oraz ma nadzorować transfer należnych sum lub płatności administracyjnych do przedsiębiorstw upoważnionych do otrzymywania płatności z funduszu".

B. Prawo portugalskie

11. Lei n.º 5/2004 das Comunicações Eletrónicas (ustawa nr 5/2004 w sprawie łączności elektronicznej) z dnia 10 lutego 2004 r.[7], ostatnio zmieniona przez Decreto-Lei n.º 92/2017 (dekret ustawodawczy nr 92/2017) z dnia 31 czerwca 2017 r.[8], (zwana dalej „ustawą nr 5/2004"), uchyliła Decreto-Lei n.º 458/99 (dekret ustawodawczy nr 458/99) z dnia 5 listopada 1999 r.[9] i dokonała transpozycji dyrektywy 2002/22 do portugalskiego porządku prawnego.

12. W art. 97 ustawy nr 5/2004 przewidziano:

„1. Po ustaleniu istnienia kosztów netto związanych ze świadczeniem usługi powszechnej, które krajowy organ regulacyjny uważa za nadmierne, rząd na wniosek odpowiednich dostawców ustanawia stosowną rekompensatę poprzez jeden lub oba spośród dwóch poniższych mechanizmów:

a) wypłata ze środków publicznych;

b) podział kosztów między inne przedsiębiorstwa, które na krajowym terytorium dostarczają publicznie dostępne sieci i usługi łączności elektronicznej.

2. Jeśli stosuje się mechanizm przewidziany w lit. b) poprzedniego ustępu, należy ustanowić fundusz kompensacyjny, w którym uczestniczą przedsiębiorstwa dostarczające publicznie dostępne sieci i usługi łączności elektronicznej, zarządzany przez krajowy organ regulacyjny lub przez niezależną instytucję wyznaczoną przez rząd i nadzorowaną przez krajowy organ regulacyjny.

3. Rząd określa kryteria podziału kosztów netto usługi powszechnej pomiędzy przedsiębiorstwa zobowiązane do wnoszenia opłat z poszanowaniem zasady przejrzystości, najmniejszego zakłócania rynku, niedyskryminacji i proporcjonalności.

[…]".

13. W ustawie nr 35/2012 ustanowiono fundusz kompensacyjny usługi powszechnej łączności elektronicznej w celu finansowania kosztów netto wynikających z wypełniania obowiązku świadczenia usługi powszechnej i w celu zagwarantowania podziału tych kosztów między przedsiębiorstwa zobowiązane do udziału w tym funduszu.

14. W art. 1 tej ustawy, określającym jej przedmiot, przewidziano utworzenie funduszu kompensacyjnego usługi powszechnej łączności elektronicznej, o którym mowa w art. 97 ust. 2 ustawy nr 5/2004, oraz określono kryteria podziału kosztów netto związanych z tą usługą pomiędzy przedsiębiorstwa zobowiązane do wnoszenia opłat.

15. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy nr 35/2012 „fundusz kompensacyjny działa z poszanowaniem zasady przejrzystości, niedyskryminacji, proporcjonalności i najmniejszego zakłócania rynku".

7 *Diário da República*, seria 1, nr 34 z dnia 10 lutego 2004 r.

8 *Diário da República*, seria 1, nr 146 z dnia 31 lipca 2017 r.

9 *Diário da República*, seria 1, nr 258 z dnia 5 listopada 1999 r.

16. W art. 6 tej ustawy przewidziano:

„Fundusz kompensacyjny służy do finansowania kosztów netto usługi powszechnej określonych w ramach procedur przetargowych, o których mowa w art. 99 ust. 3 ustawy nr 5/2004 […], zmienionej i ujednoliconej ustawą nr 51/2011 z dnia 13 września 2011 r., i uważanych za nadmierne przez Autoridade Nacional de Comunicações [krajowy organ ds. łączności (Anacom)] zgodnie z przepisami art. 95 ust. 1 lit. b) i art. 97 tej ustawy, a także do finansowania kosztów netto usługi powszechnej, o których mowa w rozdziale V".

17. Artykuł 17 omawianej ustawy, zatytułowany „Finansowanie kosztów netto za okres przed wyznaczeniem w drodze przetargu", stanowi:

„1. Fundusz kompensacyjny ustanowiony w niniejszej ustawie umożliwia również rekompensatę kosztów netto usługi powszechnej poniesionych do chwili rozpoczęcia świadczenia usługi powszechnej przez dostawcę lub dostawców usług wyznaczonych zgodnie z art. 99 ust. 3 ustawy nr 5/2004 […], zmienionej i ujednoliconej ustawą nr 51/2011 z dnia 13 września 2011 r., pod następującymi kumulatywnymi warunkami:

a) [Anacom] w wyniku weryfikacji ustalił istnienie kosztów netto i uznał te koszty za nadmierne zgodnie z przepisami art. 95 ust. 1 lit. a), art. 95 ust. 2 oraz art. 96 i 97 ustawy nr 5/2004 […], zmienionej i ujednoliconej ustawą nr 51/2011 z dnia 13 września 2011 r.;

b) dostawca usługi powszechnej wnosi do rządu o rekompensatę kosztów, o których mowa w poprzednim ustępie.

2. Kwota kosztów netto podlegających rekompensacie za okres sprzed wyznaczenia w wyniku przetargu odpowiada kwocie zatwierdzonej przez [Anacom] na warunkach przewidzianych w ustępie poprzednim, lit. a)".

18. W art. 18 ust. 1 tej ustawy przewidziano, że „[p]rzedsiębiorstwa eksploatujące publiczne sieci łączności lub publicznie dostępne usługi łączności elektronicznej na krajowym terytorium zobowiązane są do wnoszenia nadzwyczajnych opłat do funduszu kompensacyjnego za lata 2013, 2014 i 2015. Ta nadzwyczajna opłata przeznaczona jest wyłącznie na finansowanie kosztów netto, o których mowa w poprzednim artykule, zatwierdzonych przez [Anacom] w tych latach".

19. Zgodnie z art. 18 ust. 5 ustawy nr 35/2012 „nadzwyczajna opłata, o której mowa w ust. 1, stanowi 3% kwalifikowalnego rocznego obrotu każdego podmiotu z poszanowaniem górnych progów określonych w poniższych punktach".

20. Zgodnie z art. 18 ust. 6 tej ustawy „kwota nadzwyczajnej opłaty, jaką musi wnieść każde przedsiębiorstwo, nie może przekroczyć wartości wynikającej z podziału kosztów netto, o których mowa w art. 17 ust. 2, pomiędzy przedsiębiorstwa zobowiązane do wnoszenia opłat proporcjonalnie do ich kwalifikowalnego obrotu".

21. Zgodnie z art. 20 omawianej ustawy kwotę opłaty nadzwyczajnej za każdy rok można wpłacać w okresie pięciu lat.

III. Okoliczności powstania sporu

A. Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu

22. Na mocy Decreto-Lei n.° 31/2003 (dekretu ustawodawczego nr 31/2003) z dnia 17 lutego 2003 r., który zmienił podstawy koncesji publicznej usługi telekomunikacyjnej w Portugalii, spółka PT Comunicações (zwana dalej „PTC") została wyznaczona jako dostawca usługi powszechnej do 2025 r.

23. Jako dostawca usługi powszechnej PTC przedstawiło wielokrotnie szacunkowe koszty netto usługi powszechnej, a także wnioski o odszkodowanie dotyczące ujemnych marży w latach 1996–1999, 2000, a następnie 2001, 2002, i 2003. Anacom oddalił jednak te różne roszczenia odszkodowawcze.

24. W wyniku przyjęcia ustawy nr 5/2004 oraz złożenia wniosku przez PTC w lipcu 2007 r., Anacom przyjął w dniu 9 czerwca 2011 r., po przeprowadzeniu procedury publicznych konsultacji i uprzednim wysłuchaniu zainteresowanych, dwie rezolucje wyjaśniające z jednej strony pojęcie „nadmiernych kosztów" w rozumieniu art. 97 ustawy nr 5/2004 i z drugiej strony metodologię, jaką należy stosować dla obliczania kosztów netto usługi powszechnej.

25. Na tej podstawie Anacom uznał, że świadczenie usługi powszechnej przez PTC do 2006 r. nie stanowiło nadmiernego obciążenia. Anacom postanowił ponadto, że w okresie po dniu 1 stycznia 2007 r. i do czasu rozpoczęcia świadczenia usługi powszechnej przez jej dostawcę lub dostawców wyznaczonych w drodze przetargu zastosuje zatwierdzoną metodologię obliczania kosztów netto usługi powszechnej.

26. Następnie przyjęto ustawę nr 35/2012, umożliwiającą utworzenie funduszu kompensacyjnego usługi powszechnej łączności elektronicznej i wymagającą ustanowienia nadzwyczajnej opłaty pozwalającej na rekompensatę kosztów netto poniesionych przez PTC przed wyznaczeniem tej spółki w drodze przetargu.

27. Na podstawie rezolucji Anacom i ustawy nr 35/2012, oraz w wyniku przedstawienia przez PTC odpowiednich szacunkowych obliczeń, Anacom skontrolował koszty netto usługi powszechnej za lata 2007–2009 i zatwierdził ostateczną kwotę w dniu 19 września 2013 r. Koszty netto za lata 2010 i 2011 zatwierdzono w dniu 20 listopada 2014 r., zaś w 2015 r. Anacom przyjął ostateczną decyzję dotyczącą wyników weryfikacji kosztów netto za lata 2012 i 2013.

28. Anacom wskazał następnie w trzech innych decyzjach podmioty zobowiązane do wnoszenia opłat do funduszu kompensacyjnego usługi powszechnej łączności elektronicznej i określił kwotę nadzwyczajnej opłaty dotyczącej kosztów netto usługi powszechnej, które należy wyrównać za lata 2007–2009, 2010–2011 i 2012–2013.

29. Tak więc nadzwyczajne opłaty w latach 2013, 2014 i 2015 miały na celu rekompensatę ostatecznej kwoty kosztów netto, odpowiednio w latach 2007, 2008 i 2009, w latach 2010 i 2011 oraz w latach 2012 i 2013.

30. W tym samym czasie Republika Portugalska rozpisała trzy przetargi w celu wyboru operatora lub operatorów, którzy zostaną wyznaczeni jako dostawcy usługi powszechnej, i nowi operatorzy zostali wybrani jako dostawcy usługi powszechnej w odniesieniu do podłączenia do publicznej stacjonarnej sieci łączności i świadczenia publicznie dostępnych usług telefonicznych. PTC została natomiast wyznaczona w celu świadczenia usługi powszechnej udostępniania płatnych automatów telefonicznych

na terytorium kraju [10]. Umowy z tymi operatorami weszły w życie najpóźniej w dniu 1 czerwca 2014 r., w którym to dniu poprzednia umowa koncesji na usługę powszechną zawarta z PTC przestała wywierać skutki.

B. Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

31. W dniu 13 grudnia 2012 r. Komisja przesłała do Republiki Portugalskiej za pośrednictwem systemu EU Pilot pismo, w którym zwróciła się o wyjaśnienia co do zgodności funduszu kompensacyjnego usługi powszechnej przewidzianego w ustawie nr 35/2012 z art. 13 i części B załącznika IV do dyrektywy 2002/22, w szczególności w odniesieniu do rekompensaty kosztów netto poniesionych przez dostawcę usługi powszechnej, PTC, w przeszłości i w okresie poprzedzającym jej ponowne wyznaczenie w postępowaniu przetargowym jako dostawcy usługi powszechnej.

32. W dniu 21 lutego 2013 r. władze portugalskie udzieliły odpowiedzi na to zapytanie. Dostarczyły one dodatkowych informacji na spotkaniu ze służbami Komisji, które odbyło się w dniu 23 października 2014 r., a następnie w piśmie z dnia 5 grudnia 2014 r.

33. W dniu 27 lutego 2015 r. Komisja skierowała do Republiki Portugalskiej wezwanie do usunięcia uchybienia. W swojej odpowiedzi z dnia 29 kwietnia 2015 r. władze portugalskie utrzymywały, że ustawodawstwo portugalskie i jego stosowanie należy uważać za zgodne z wymogami dyrektywy 2002/22, a dokładniej z zasadami przejrzystości, najmniejszego zakłócania rynku, niedyskryminacji i proporcjonalności.

34. Po przeanalizowaniu tej odpowiedzi Komisja skierowała do Republiki Portugalskiej uzasadnioną opinię pismem z dnia 29 kwietnia 2016 r., zwracając się do tego państwa członkowskiego o przyjęcie środków niezbędnych do doprowadzenia do zgodności z uzasadnioną opinią w terminie dwóch miesięcy od dnia jej otrzymania.

35. Władze portugalskie udzieliły odpowiedzi na uzasadnioną opinię pismem z dnia 1 lipca 2016 r. i uzupełniły tę odpowiedź w drugim piśmie z dnia 14 października 2016 r. przesłanym po spotkaniu ze służbami Komisji w dniu 7 września 2016 r. Władze portugalskie dostarczyły Komisji nowych informacji dotyczących procedur wysłuchania operatorów i sporów w rozpatrywanej dziedzinie, danych na temat udziału procentowego kwoty opłaty w obrocie operatorów i sektora, operatorów obecnych na rynku w 2007 r. w porównaniu z obecną sytuacją oraz stanu wpłat nadzwyczajnej opłaty.

36. Dwa pozostałe spotkania Komisji z władzami portugalskimi odbyły się w styczniu i lipcu 2017 r. W trakcie tego ostatniego spotkania rozważano wiele rozwiązań umożliwiających pogodzenie rozbieżności między stronami. Następnie Komisja zwróciła się o przedstawienie jej propozycji rozwiązania wraz ze wskazaniem terminu wykonania. W dwóch pismach z dnia 14 marca 2017 r. i z dnia 12 września 2018 r., władze portugalskie zaproponowały z jednej strony organizację nowego spotkania, a z drugiej strony zauważyły, że uznają za właściwe zaczekać na wyniki postępowań wszczętych przez niektórych operatorów przed sądami krajowymi, których przedmiotem jest wykładnia rozpatrywanej ustawy nr 35/2012.

C. Postępowanie przed Trybunałem

37. Komisja, która nie podziela opinii Republiki Portugalskiej, wniosła niniejszą skargę pismem z dnia 25 stycznia 2019 r.

10 Resolução do Conselho de Ministros n.° 66-A/2013 (rezolucja rady ministrów nr 66-A/2013) z dnia 18 lipca 2013 r., *Diário da República*, suplement 1, seria 1, nr 202 z dnia 18 października 2013 r.

38. Rząd portugalski i Komisja przedstawiły uwagi ustne podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 11 marca 2020 r.

IV. Analiza

39. W swojej skardze Komisja podważa zgodność nadzwyczajnej opłaty zmierzającej do podziału kosztu netto związanego z obowiązkiem świadczenia usługi powszechnej przewidzianej w art. 18 ustawy nr 35/2012 z art. 13 i częścią B załącznika IV do dyrektywy 2002/22. Dokładniej rzecz ujmując, Komisja utrzymuje, że opłata ta nie respektuje zasad przejrzystości, niedyskryminacji, najmniejszego zakłócania rynku i proporcjonalności, o których mowa w ww. przepisach.

A. W przedmiocie zasady przejrzystości

1. Argumentacja stron

40. Komisja utrzymuje, że zasada przejrzystości nie ogranicza się do obowiązku publikacji i udostępnienia informacji dotyczących podziału kosztów netto związanych z usługą powszechną i wykracza poza same wymogi przewidziane w art. 14 dyrektywy 2002/22.

41. Zdaniem Komisji, z orzecznictwa Trybunału wynika, że zasada przejrzystości obejmuje również inne aspekty. Z jednej strony Trybunał orzekł, że aby mechanizm podziału kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej był zgodny z zasadą przejrzystości, informacje umożliwiające obliczenie opłat należy „określić zgodnie z obiektywnymi kryteriami, biorąc pod uwagę informacje porównywalne, a więc przejrzyste, w celu umożliwienia tym operatorom obliczenia ich prawdopodobnych kosztów i zysków” [11]. W tych okolicznościach Komisja uważa, że wymogi jasności i precyzyjności stanowią integralną część zasady przejrzystości.

42. Z drugiej strony Komisja utrzymuje, że zasada przejrzystości jest związana z zasadą pewności prawa, którą ma gwarantować, w taki sposób, że ta pierwsza zasada wymaga, aby zasady finansowania usługi powszechnej, które mogą mieć finansowy wpływ na przedsiębiorstwa, były jasne, precyzyjne i przewidywalne co do ich skutków. Dokładniej rzecz ujmując, zasada przejrzystości, skoro należy ją rozumieć w świetle zasady pewności prawa, wymaga, aby zainteresowani znali z pewnością zakres nakładanych na nich obowiązków.

43. Republika Portugalska kwestionuje dokonaną przez Komisję wykładnię zasady przejrzystości, którą uważa za maksymalistyczną i formalistyczną. Jej zdaniem zasada przejrzystości stanowi gwarancję poszanowania przez państwa członkowskie obowiązków wynikających z prawa Unii i odnosi się zatem do obiektywności kryteriów i porównywalności informacji wykorzystanych do obliczenia kosztu netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej, ponieważ przewidywalność kosztów jest konsekwencją tych informacji.

44. Co więcej, zdaniem Republiki Portugalskiej zasady pewności prawa nie należy mylić z zasadą przejrzystości. Tymczasem argumenty podniesione przez Komisję dotyczyły przede wszystkim zasad pewności prawa i uzasadnionych oczekiwań. Argumentacja Komisji sprowadzała się bowiem do zarzucenia wstecznego jakoby skutku nadzwyczajnej opłaty, który jest niezgodny z zasadą pewności prawa.

11 Wyrok z dnia 6 grudnia 2001 r., Komisja/Francja, C-146/00, EU:C:2001:668, pkt 48, 49.

45. Republika Portugalska zauważa z jednej stronny, że oznaczałoby to, iż dostawca usługi powszechnej nie mógłby uzyskać odszkodowania za poniesione już koszty netto, zweryfikowane i zatwierdzone przez Anacom, chociaż odzyskanie tych kosztów zostało przewidziane w uregulowaniach krajowych. Z drugiej strony Republika Portugalska podkreśla, że należy dokonać rozróżnienia między pozornym wstecznym skutkiem a rzeczywistym wstecznym skutkiem przepisu. W tym przypadku ustawa nr 35/2012 wywiera wsteczny skutek jedynie pozornie, ponieważ wywiera ona skutki uzależnione od roku weryfikacji kosztów netto usługi powszechnej, a więc od okresu następującego po dniu jej wejścia w życie. Tymczasem orzecznictwo Trybunału jest niezwykle rygorystyczne w odniesieniu do ochrony oczekiwań jednostek w przypadku pozornego wstecznego skutku [12], w związku z czym operatorzy nie mogą mieć jakichkolwiek uzasadnionych oczekiwań co do sposobu finansowania kosztów netto usługi powszechnej.

2. Ocena

46. Komisja podnosi, że zasadę przejrzystości należy odczytywać w świetle zasady pewności prawa oraz że oznacza to, iż ta pierwsza zasada obejmuje, poza obowiązkiem publikacji i udostępnienia informacji dotyczących obliczania i podziału kosztów netto związanych z usługą powszechną, wymogi jasności, precyzyjności i przewidywalności. Rozumiana w ten sposób zasada przejrzystości nie została spełniona, ponieważ operatorzy zobowiązani do uczestnictwa w finansowaniu kosztów związanych z usługą powszechną nie mogli przewidzieć, przed rzeczywistym wprowadzeniem w życie nadzwyczajnej opłaty ustawą nr 35/2012, zakresu swoich obowiązków.

47. Innymi słowy, zdaniem Komisji mechanizm ustanowiony przez Republikę Portugalską jest sprzeczny z zasadą przejrzystości, ponieważ przed jego wprowadzeniem operatorzy nie mogli przewidzieć zakresu swoich obowiązków, które miały wyniknąć z tego mechanizmu.

48. Takie rozwiązanie oznaczałoby, że zasada przejrzystości zostałaby spełniona tylko wówczas, gdyby operatorzy mogli nawet przed przyjęciem mechanizmu podziału kosztów związanych z obowiązkiem świadczenia usługi powszechnej znać zakres obowiązków wynikających z omawianego mechanizmu, choć nie został on jeszcze przyjęty. Tymczasem należy stwierdzić, że tak nie może być w żadnym przypadku.

49. Zasada przejrzystości, zgodnie z art. 13 ust. 3 dyrektywy 2002/22, może w rzeczywistości być stosowana dopiero od chwili, w której istnieje mechanizm podziału kosztów związanych z usługą powszechną. Nie można zatem stwierdzić braku przejrzystości mechanizmu, który nie został jeszcze przyjęty.

50. Nie ma w tym względzie znaczenia okoliczność, że koszty, które ów mechanizm ma zrekompensować, zostały poniesione przed przyjęciem tego mechanizmu, o ile ustanowiona opłata nadzwyczajna dochowuje po jej przyjęciu zasady przejrzystości. Uważam, że mamy tu do czynienia z takim przypadkiem.

51. Jakkolwiek bowiem zasada przejrzystości, do której odnosi się art. 13 ust. 3 dyrektywy 2002/22, nie została jasno zdefiniowana, to jednak została wyjaśniona w art. 14 tej dyrektywy. Tak więc zasada przejrzystości wymaga, aby zasady podziału kosztów związanych z usługą powszechną i wyjaśnienia dotyczące mechanizmu podziału tych kosztów zostały podane do publicznej wiadomości. Ponadto, w przypadku gdy mechanizm podziału kosztów został ustanowiony i skutecznie działa, przewidziano także, że należy opublikować roczne sprawozdanie podające koszt obowiązku świadczenia usługi powszechnej, opłaty wniesione przez wszystkie zaangażowane przedsiębiorstwa oraz określające

12 Wyrok z dnia 29 czerwca 1999 r., Butterfly Music, C-60/98, EU:C:1999:333, pkt 25.

korzyści rynkowe, jakie przypadają dostawcy usługi powszechnej. W tych okolicznościach zasada przejrzystości obejmuje w istocie obowiązek publikacji i podania do publicznej wiadomości informacji związanych z ustanowieniem i funkcjonowaniem mechanizmu podziału kosztów związanych z usługą powszechną.

52. Trybunał wyjaśnił co więcej, że wymóg publikacji i podania do publicznej wiadomości informacji związanych z zasadami wdrożenia mechanizmu podziału kosztów usługi powszechnej ma na celu „umożliwienie operatorom [którzy w nim uczestniczą] obliczenia ich prawdopodobnych kosztów i zysków” [13].

53. W tym względzie należy wyjaśnić, że taki wymóg nie może jednak oznaczać, iż operatorzy zobowiązani do wnoszenia opłat mogą przewidzieć z pewnością i dokładnie kwotę ciążącej na nich opłaty. Skoro bowiem nie można poznać dokładnych kwot kosztów netto związanych z usługą powszechną przed ich obliczeniem przez organ regulacyjny, to tym bardziej nie można z wyprzedzeniem przewidzieć dokładnych kwot opłat. Aby uczynić zadość zasadzie przejrzystości wystarczy zatem, by operatorzy znali zasady działania mechanizmu podziału kosztów netto związanych z usługą powszechną. Sama bowiem znajomość tych zasad umożliwia im ustalenie w sposób rozsądny i prawdopodobny, jednak nie z pewnością, zakresu opłaty, do której wniesienia będą zobowiązani.

54. Tymczasem należy wskazać, że ustawa nr 35/2012 nie tylko przewiduje stworzenie nadzwyczajnej opłaty, ale wymienia również sposoby wprowadzania jej w życie. W ustawie tej wyjaśniono zatem warunki jej wprowadzenia [14], lata, w których ma ona być wpłacana [15], koszty, które ma zrekompensować, a także górne limity jej kwoty [16]. Ponadto omawiana ustawa wskazuje dokładną rolę Anacomu w określaniu uczestników i ustalaniu kwoty nadzwyczajnej opłaty, a także zasad płatności, do których operatorzy mają się stosować [17].

55. Tak więc jestem zdania, że nadzwyczajna opłata ustanowiona przez Republikę Portugalską w ustawie nr 35/2012 jest zgodna z zasadą przejrzystości, ponieważ to państwo członkowskie podaje do publicznej wiadomości zasady dotyczące podziału kosztów związanych z usługą powszechną i niezbędne wyjaśnienia odnoszące się do działania mechanizmu podziału. Co więcej, informacje te pozwalają z pewnością operatorom zobowiązanym do wpłat na ustalenie, od chwili utworzenia mechanizmu podziału w 2012 r., zakresu ich obowiązków wynikających z nadzwyczajnej opłaty, którą mają wnieść za lata 2013, 2014 i 2015.

56. Co za tym idzie, wprowadzenie przez Republikę Portugalską nadzwyczajnej opłaty przewidzianej w ustawie nr 35/2012 nie może stanowić naruszenia zasady przejrzystości.

13 Wyrok z dnia 6 grudnia 2001 r., Komisja/Francja, C-146/00, EU:C:2001:668, pkt 48, 49. Wyjaśnienie to zostało co prawda poczynione w odniesieniu do dyrektywy 97/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. w sprawie wzajemnych połączeń w telekomunikacji ze względu na zapewnienie usługi powszechnej oraz interoperacyjności poprzez zastosowanie zasady otwartej sieci (ONP) (Dz.U. 1997, L 199, s. 32), która została uchylona dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. 2002, L 108, s. 33), jednak wydaje mi się, że zachowuje ono swoje znaczenie wobec usługi powszechnej w kształcie uregulowanym w dyrektywie 2002/22.

14 Artykuł 17 ustawy nr 35/2012.

15 Artykuł 18 ust. 1 ustawy nr 35/2012.

16 Artykuł 18 ust. 5 i 6 ustawy nr 35/2012.

17 Artykuł 20 i art. 21 ust. 1 ustawy nr 35/2012.

B. W przedmiocie zasad najmniejszego zakłócania rynku i proporcjonalności

1. Argumentacja stron

57. Komisja uważa, że mechanizmu kompensacyjnego przewidzianego w ustawie nr 35/2012 nie można uznać za zgodny z zasadą najmniejszego zakłócania rynku. Po pierwsze, operatorzy nie mogą przewidzieć tych kosztów ani wziąć ich pod uwagę w swojej działalności w latach, za które żąda się zwrotu tych kosztów. Po drugie, kwoty do sfinansowania są znaczne, ponieważ nadzwyczajna opłata stanowi 3% kwalifikowalnego obrotu każdego operatora w każdym rozpatrywanym roku i jest ona dodatkowa w stosunku do opłaty zwykle pobieranej w celu sfinansowania kosztów netto usługi powszechnej poniesionych przez operatorów wyznaczonych w procedurze przetargowej. Po trzecie, nadzwyczajna opłata jest większym obciążeniem, niż należałoby się zwykle spodziewać, w przypadku gdyby roczna opłata uwzględniała koszt netto poniesiony w ramach świadczenia usługi powszechnej w tym samym okresie, ponieważ wpływ na obrót byłby znacznie zmniejszony i pozwoliłby operatorom na rozłożenie obciążenia finansowego w dłuższym okresie.

58. Co się tyczy zasady proporcjonalności, Komisja jest zdania, że nie została ona spełniona, ponieważ operatorzy są zobowiązani do udziału w rekompensowaniu kosztów netto przedsiębiorstw wyznaczonych w wyniku procedury przetargowej i jednocześnie do wniesienia nadzwyczajnej opłaty. Obowiązek ten pociąga za sobą „podwójną opłatę" lub przynajmniej wzrost obciążenia finansowego, które ma spoczywać na operatorach. Ponadto Komisja podkreśliła na rozprawie, że kwoty nadzwyczajnej opłaty są znaczne w porównaniu w szczególności z kwotą opłaty za ten sam okres w Hiszpanii.

59. Jeśli chodzi o zasadę najmniejszego zakłócania rynku, Republika Portugalska utrzymuje, że zasada ta, o której mowa w motywie 23 dyrektywy 2002/22, odnosi się przede wszystkim do sposobu, w jakim jest dokonywany podział obciążenia ponoszonego przez dostawców usługi powszechnej w celu zminimalizowania skutków finansowych dla użytkowników końcowych. Tymczasem Komisja nie przedstawia żadnych informacji pozwalających na wyciągnięcie wniosku, że skutki finansowe dla użytkowników nie zostały zminimalizowane. Co więcej, podnoszona nieprzewidywalność kosztów dla operatorów, na jaką wskazuje Komisja, nie wchodzi w zakres zasady najmniejszego zakłócania rynku.

60. Ponadto Republika Portugalska kwestionuje znaczący charakter kwot, które nadzwyczajna opłata ma sfinansować. Próg 3% obrotu stanowi górną granicę całkowitej kwoty opłat, biorąc pod uwagę, że kwota ta może podlegać również innym limitom. W szczególności kwota kosztów netto podlegających rekompensacie odpowiada w każdym razie kwocie, którą zatwierdził Anacom. Co więcej, nadzwyczajna opłata, która ma na celu zrekompensowanie kosztów netto poniesionych przez dostawcę usługi powszechnej, jest rozdzielona na cztery lata, a wartość odpowiadająca każdemu rokowi może zostać wpłacona w okresie pięciu lat.

61. Co się tyczy zasady proporcjonalności, Republika Portugalska podnosi, że skoro ta nadzwyczajna opłata ma z jednej strony na celu zminimalizowanie w miarę możliwości ingerencji w sektorze z możliwie najszerszym rozdzieleniem opłaty, a z drugiej strony polega zatem na wprowadzeniu właściwej równowagi kosztów i zysków z punktu widzenia zamierzonego celu, zasada ta jest całkowicie spełniona, ponieważ omawiana opłata stanowi odpowiedni środek do osiągnięcia celu niezbędnej rekompensaty kosztów netto związanych z usługą powszechną. Republika Portugalska dodaje, w odniesieniu do argumentu Komisji podniesionego na rozprawie, zgodnie z którym kwoty tej opłaty są znaczne, że Komisja nie może podważać tych kwot, nie kwestionując jednocześnie metody obliczania kosztów netto stosowanej przez Anacom.

2. Ocena

62. Na wstępie pragnę wskazać, że argument podniesiony przez Komisję, zgodnie z którym operatorzy nie są w stanie przewidzieć kosztów netto, które mają podlegać rekompensacie, nie wydaje mi się istotny dla ustalenia, czy mechanizm ustanowiony przez Republikę Portugalską jest zgodny z zasadą najmniejszego zakłócania rynku.

63. Zasada ta została bowiem wyjaśniona w motywie 23 dyrektywy 2002/22, zgodnie z którym „[z]asada najmniejszego uszczerbku dla rynku oznacza, że wkłady należy odzyskiwać w taki sposób, aby, tak dalece jak jest to możliwe, minimalizować obciążenie finansowe spadające na użytkowników końcowych, na przykład w drodze rozłożenia wkładów tak szeroko, jak to jest możliwe". Kwestia, czy operatorzy byli w stanie uwzględnić nadzwyczajną opłatę w swojej działalności, jest więc bez znaczenia dla ustalenia wpływu wynikającego z tej opłaty obciążenia finansowego, spoczywającego na użytkownikach końcowych.

64. Komisja podnosi ponadto inne argumenty dotyczące z jednej strony wysokości rozpatrywanych kwot, a z drugiej strony istnienia „podwójnej opłaty", ponieważ operatorzy byli zobowiązani od 2013 r. jednocześnie do udziału w finansowaniu kosztów związanych z usługą powszechną za okres po przetargu i do wniesienia nadzwyczajnej opłaty za koszty poniesione przez PTC przed przetargiem. Elementy te wskazują z jednej strony na naruszenie zasady najmniejszego zakłócania rynku, a z drugiej strony na naruszenie zasady proporcjonalności.

65. Jakkolwiek te argumenty wydają mi się z pewnością bardziej trafne niż argumenty dotyczące przewidywalności kosztów, to jednak nie sądzę, aby w wystarczającym stopniu wykazywały naruszenie zarówno zasady najmniejszego zakłócania rynku, jak i zasady proporcjonalności.

66. Co się tyczy wysokości kwot nadzwyczajnej opłaty, w art. 18 ust. 5 ustawy nr 35/2012 przewidziano co prawda, że stanowią one 3% kwalifikowalnego rocznego obrotu każdego podmiotu zobowiązanego do ich wniesienia. Niemniej jednak, w art. 18 ust. 6 tej ustawy przewidziano również, że kwota tej opłaty, którą każde przedsiębiorstwo ma wnieść, nie może nigdy przekroczyć wartości wynikającej z rozdziału kosztów netto poniesionych przez dostawcę usługi powszechnej i uznanych przez Anacom za nadmierne.

67. Kwota nadzwyczajnej opłaty, chociaż może osiągnąć 3% kwalifikowalnego rocznego obrotu uczestniczących spółek, musi jednak zawsze odpowiadać kwocie kosztów netto poniesionych przez dostawcę usługi powszechnej, zatwierdzonej przez Anacom.

68. Tymczasem, należy stwierdzić, że Komisja nie kwestionuje metody obliczania kosztów netto stosowanej przez Anacom, ani wyniku, do którego doszedł on w decyzjach dotyczących lat 2012, 2013 i 2014. Komisja nie podważa zatem kwot kosztów netto, jakie nadzwyczajna opłata ma zrekompensować, a którym ta opłata ma dokładnie odpowiadać.

69. Tak więc, sam fakt, że kwoty tej opłaty są znaczące, nie pozwala na wykazanie, że ona sama jest nieproporcjonalna lub nie spełnia zasady najmniejszego zakłócania rynku. Skoro omawiana opłata odpowiada dokładnie kwocie kosztów netto poniesionych przez dostawcę usługi powszechnej, których obliczenia Komisja nie podważa, wydaje mi się ona zarówno ograniczona do tego co niezbędne do osiągnięcia celu zrekompensowania kosztów związanych z usługą powszechną, jak i właściwa do ograniczenia do minimum wpływu obciążenia finansowego.

70. Co się tyczy istnienia podwójnej opłaty, która obciąża operatorów zobowiązanych jednocześnie do uczestniczenia w finansowaniu kosztów poniesionych po przetargu, jak i w finansowaniu kosztów poniesionych przez PTC, kiedy była ona jedynym dostawcą usługi powszechnej, jej istnienie oznacza, jak wskazuje Komisja, zwiększenie obciążenia finansowego spoczywającego na operatorach. Takie zwiększenie wynikałoby również z okoliczności, że operatorzy są zobowiązani do zrekompensowania

kosztów netto za kilka lat w jednym roku [18].

71. Niemniej nie sądzę, aby taki element mógł sam w sobie powodować naruszenie zasady najmniejszego zakłócania rynku lub zasady proporcjonalności. Na wstępie, opłata mająca na celu zrekompensowanie kosztów poniesionych przez dostawcę usługi powszechnej oznacza zawsze dla zobowiązanych do niej operatorów większe obciążenie finansowe niż w braku takiej opłaty. Skoro takie zwiększenie obciążenia finansowego, które spoczywa na operatorach zobowiązanych do wniesienia opłaty, jest integralną częścią samego mechanizmu kompensacyjnego kosztów związanych ze świadczeniem usługi powszechnej, to nie wydaje mi się, że sam ten element jest wystarczający do wystąpienia naruszenia zasady najmniejszego zakłócania rynku i proporcjonalności.

72. Następnie, o ile kwota nadzwyczajnej opłaty odpowiada dokładnie kwocie kosztów poniesionych przez dostawcę usługi powszechnej, o tyle należy stwierdzić, że omawiana kwota jest ograniczona do tego co ściśle niezbędne do osiągnięcia celu zrekompensowania kosztów netto związanych z usługą powszechną. W tych okolicznościach nie sądzę, że można uznać, iż opłata ta pociąga za sobą dla operatorów, którzy jej podlegają, nieproporcjonalne obciążenie finansowe, i to nawet wówczas, gdyby omawiana opłata odnosiła się do kilku lat lub prowadziła do podwójnej opłaty.

73. Ponadto, jak wskazuje Republika Portugalska, operatorzy zobowiązani do wniesienia nadzwyczajnej opłaty dysponują ułatwieniami w zakresie jej zapłaty. Dokładniej rzecz ujmując, z art. 20 ust. 4 ustawy nr 35/2012 wynika, że wniesienie tej opłaty za każdy rok może zostać rozłożone na okres pięciu lat. Taka możliwość pozwala więc operatorom na rozłożenie obciążenia finansowego, jakie muszą ponieść, aby zapłacić omawianą opłatę, tak aby jej skutki były w miarę możliwości ograniczone. Wydaje mi się, że takie rozwiązanie zapewnia z jednej strony minimalny wpływ ponoszonego obciążenia finansowego na użytkowników końcowych, a z drugiej strony i bardziej ogólnie, proporcjonalność tej opłaty.

74. Wreszcie, jak utrzymuje Republika Portugalska, ograniczenie do minimum wpływu obciążenia finansowego ponoszonego przez użytkowników końcowych i proporcjonalność nadzwyczajnej opłaty wynika również z okoliczności, że zobowiązani do tej opłaty są wszyscy operatorzy, których obrót jest wyższy niż 1% rocznego obrotu sektora, włącznie z operatorem usługi powszechnej. Rozdział omawianej opłaty między operatorów wydaje się więc tak szeroki jak to możliwe i odpowiedni do zminimalizowania wpływu tej opłaty na użytkowników końcowych.

75. W każdym razie stanowisko Komisji oznaczałoby, że mechanizm rozdziału kosztów związanych z usługą powszechną może zostać ustanowiony jedynie o tyle, o ile opłaty operatorów są obliczane w zależności od kosztów poniesionych przez dostawcę usługi powszechnej w jednym roku.

76. Tymczasem należy wskazać, że nic w tekście dyrektywy 2002/22 nie zobowiązuje państw członkowskich do wyboru rekompensaty w trybie rocznym. Z milczenia ustawodawcy Unii nie można wnioskować o dokładnych zasadach ustanowienia mechanizmów kompensacyjnych kosztów usługi powszechnej. Skoro ustawodawca Unii nie zamierzał określić takich warunków, nie uważam, że mechanizm kompensacyjny kosztów związanych z usługą powszechną można uważać za nieproporcjonalny lub niespełniający zasady najmniejszego zakłócania rynku z tego tylko powodu, że nie działa on w trybie rocznym.

77. W tych okolicznościach jestem zdania, że ustanowienie przez Republikę Portugalską nadzwyczajnej opłaty przewidzianej w ustawie nr 35/2012 nie stanowi naruszenia zasad najmniejszego zakłócania rynku i proporcjonalności.

18 Zobacz pkt 29 niniejszej opinii.

C. W przedmiocie zasady niedyskryminacji

1. Argumentacja stron

78. Zdaniem Komisji, zasada niedyskryminacji wymaga, aby pod uwagę były brane jedynie obroty operatorów, którzy byli obecni na rynku w chwili, w której koszty netto zostały poniesione. Ustawa nr 35/2012 stosuje się jednak do wszystkich operatorów obecnych na rynku w latach 2013–2015, a więc do operatorów, którzy nie byli obecni na rynku w latach 2007–2012. Ci operatorzy zobowiązani są ponadto do wnoszenia opłat z zysków osiągniętych w innych latach niż te, w których koszty netto zostały poniesione, i podlegają przez to dyskryminacji.

79. Republika Portugalska podnosi na wstępie, że argumentacja Komisji, zgodnie z którą tylko operatorzy obecni na rynku w chwili poniesienia kosztów powinni uczestniczyć w funduszu kompensacyjnym na podstawie obrotu dotyczącego roku, w którym koszty zostały poniesione, prowadzi do faworyzowania operatorów, na których nie ciążą koszty usługi powszechnej, i oznacza dyskryminowanie dostawcy usługi powszechnej.

80. Następnie Republika Portugalska utrzymuje, że chociaż struktura rynku była inna w latach 2013 i 2007, to nie oznacza to jednak, że operatorzy obecni na rynku w 2013 r. nie byli już obecni wcześniej. W tym względzie Republika Portugalska broni tezy, zgodnie z którą pojęcie „przedsiębiorstwa" należy interpretować w sposób funkcjonalny, aby umożliwić wykroczenie poza zmiany wprowadzone do wewnętrznej struktury operatorów, jeśli istnieje między nimi jedność gospodarcza lub kontrola gospodarcza.

81. Wreszcie Republika Portugalska podnosi, że argumentacja Komisji nie uwzględnia okoliczności, iż zasady obliczania kosztów netto stanowią długą i złożoną procedurę, którą wszczyna się dopiero na wniosek dostawcy usługi powszechnej, a więc przesunięcie w czasie między okresem, w którym koszty netto zostały poniesione, a okresem, w którym należy je zrekompensować, nie może być przejawem dyskryminacji.

2. Ocena

82. Zdaniem Komisji, zarzucane naruszenie zasady niedyskryminacji wynika ze stosowania ustawy nr 35/2012 i nadzwyczajnej opłaty do przedsiębiorstw, które nie były obecne na rynku w chwili, w której poniesiono podlegające rekompensacie koszty związane z usługą powszechną.

83. Pragnę przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału dyskryminacja może polegać jedynie na stosowaniu różnych zasad do porównywalnych sytuacji albo na stosowaniu tej samej zasady do różnych sytuacji [19]. Stosowanie nadzwyczajnej opłaty do spółek, które nie były obecne na rynku w chwili poniesienia kosztów, które mają zostać zrekompensowane, może zatem teoretycznie stanowić dyskryminację.

84. Niemniej jednak nie uważam, że jest tak w niniejszej sprawie. Przeciwnie do twierdzeń Komisji jestem zdania, że zmiany zachodzące na rynku operatorów telekomunikacyjnych w latach 2007–2012 nie spowodowały pojawienia się na rynku *nowych* spółek, które można by uważać za nieobecne w okresie, kiedy poniesiono koszty związane z usługą powszechną, będące przedmiotem nadzwyczajnej opłaty, a to z następujących powodów.

19 Wyroki: z dnia 13 listopada 1984 r., Racke, 283/83, EU:C:1984:344, pkt 7; z dnia 2 kwietnia 2009 r., Bouygues i Bouygues Télécom/Komisja, C-431/07 P, EU:C:2009:223, pkt 114; z dnia 19 listopada 2015 r., Hirvonen, C-632/13, EU:C:2015:765, pkt 30.

85. W pierwszej kolejności, zarówno z odpowiedzi na skargę Republiki Portugalskiej, jak i z uwag poczynionych przez Komisję na rozprawie wynika, że restrukturyzacja zachodząca na rynku operatorów telekomunikacyjnych polegała na restrukturyzacji wewnątrz i między grupami. Okazuje się, że *nowe* spółki, o których mówi Komisja, w rzeczywistości powstały z połączeń między spółkami działającymi już na rynku.

86. Tymczasem spółki powstałe z tych połączeń zapewniają ciągłość prawną w odniesieniu do praw i obowiązków spółek podlegających omawianym połączeniom. Poprzez te operacje połączenia następuje bowiem przeniesienie majątku tych ostatnich spółek, mianowicie wszystkich aktywów i pasywów. Bardziej ogólnie rzecz ujmując, taka operacja nie może zamrażać praw i obowiązków spółki będącej przedmiotem połączenia w chwili dokonania tego połączenia, ponieważ te prawa i obowiązki ulegają zmianie w zależności od okoliczności zarówno ekonomicznych, jak i prawnych.

87. W tym kontekście powstaje jedynie kwestia, czy pośród przenoszonych pasywów znajduje się zobowiązanie do nadzwyczajnej opłaty przewidzianej w ustawie nr 35/2012, do której zobowiązane byłyby spółki będące przedmiotem omawianych połączeń w braku restrukturyzacji.

88. Jestem zdania, że tak właśnie jest. Nic bowiem nie uzasadnia wyłączenia z pasywów zobowiązania do uczestnictwa w rekompensacie kosztów związanych z usługą powszechną. Takie wyłączenie powodowałoby, że każda operacja restrukturyzacji pozwalałaby spółce na uniknięcie jej obowiązku uczestniczenia w funduszu kompensacyjnym kosztów związanych z usługą powszechną, a tym samym na udaremnienie stosowania dyrektywy 2002/22. W tej sytuacji restrukturyzacja stanowiłaby przyczynę wygaśnięcia obowiązku uczestniczenia w finansowaniu usługi powszechnej i mogłaby nawet nastąpić wyłącznie w tym celu.

89. W tych okolicznościach restrukturyzacji zachodzącej na rynku operatorów telekomunikacyjnych nie można uznać za powodującą pojawienie się na rynku *nowych* spółek, które nie byłyby zobowiązane do wniesienia nadzwyczajnej opłaty w braku tej restrukturyzacji, i które podlegałyby dyskryminacji z powodu obowiązku uczestniczenia w finansowaniu usługi powszechnej.

90. W drugiej kolejności, przeciwnie do twierdzeń Komisji na rozprawie, zmiany akcjonariatu lub objęcie udziałów przez nowych inwestorów pozwalające im na przystąpienie do kapitału operatorów telekomunikacyjnych nie mogą być wystarczające do uznania tych spółek za *nowe* na rynku. W tym przypadku również takie rozwiązanie oznaczałoby, że każda zmiana w kapitale spółki powodowałaby wygaśnięcie zobowiązań tych spółek i pozwalałaby zatem na udaremnienie stosowania dyrektywy 2002/22.

91. Wniosku tego nie może podważyć argument, sformułowany przez Komisję na rozprawie, zgodnie z którym każda decyzja inwestycyjna opiera się na sytuacji spółki w chwili, w której inwestycja ma miejsce. W tym względzie Komisja uważa, co się tyczy inwestycji sprzed ustawy nr 35/2012, że inwestorzy nie mogli przewidzieć obowiązku uczestniczenia w finansowaniu kosztów usługi powszechnej w okresie 2007–2012. Z jednej strony pragnę wskazać, że możliwość ustanowienia mechanizmu uczestniczenia w finansowaniu kosztów usługi powszechnej istniała od przyjęcia ustawy nr 5/2004 i operatorzy nie mogli zatem o niej nie wiedzieć. Z drugiej strony, i w każdym razie, argument ten, gdyby był zasadny, choć nie jest, stanowiłby nie o naruszeniu zasady niedyskryminacji w stosunku do rozpatrywanych spółek, ale o naruszeniu zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań inwestorów, na którą zresztą Komisja się nie powołała.

92. W tych okolicznościach jestem zdania, że ustanowienie przez Republikę Portugalską nadzwyczajnej opłaty przewidzianej w ustawie nr 35/2012 nie stanowi naruszenia zasady niedyskryminacji.

V. Wnioski

93. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, proponuję, aby Trybunał oddalił niniejszą skargę. Zgodnie z art. 138 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem kosztami należy obciążyć Komisję Europejską.