Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MACIEJ SZPUNAR
esitatud 28. mail 2020[1]

Kohtuasi C-49/19

Euroopa Komisjon
versus

Portugali Vabariik

Liikmesriigi kohustuste rikkumine – Direktiiv 2002/22/EÜ – Elektrooniline side – Universaalteenuse osutamise kohustuste rahastamine – Jagamismehhanism – Läbipaistvuse, turu minimaalse moonutamise, diskrimineerimiskeelu ja proportsionaalsuse põhimõtted

I. Sissejuhatus

1. Direktiiviga 2002/22/EÜ[2] sooviti „luua ühtlustatud õiguslikku raamistikku, mis tagaks universaalteenuse osutamise, st teatavate minimaalsete teenuste osutamise kõikidele lõpptarbijatele mõistliku hinnaga“,[3] ning see direktiiv väljendab seda, kui oluline on, et kõik inimesed saaksid kasutada teatavaid põhiteenuseid telekommunikatsiooni valdkonnas. Selle direktiiviga ette nähtud universaalteenuse osutamise kohustuste eesmärk on seega leevendada teatavaid negatiivseid tagajärgi, mille telekommunikatsiooniturru liberaliseerimine võib kaasa tuua teatavates geograafilistes piirkondades või teatavatele isikutele Euroopa Liidus, kes muidu ei saaks hädavajalikke teenuseid kasutada.[4]

2. Nende põhiteenuste osutamise tagamiseks võivad liikmesriigid teha universaalteenuse osutamise ülesandeks ühele või mitmele ettevõtjale. Teatavatel juhtudel suudavad ettevõtjad, kellele see on ülesandeks tehtud, neid universaalteenuse osutamise kohustusi siiski täita ainult kahjumiga või netomaksumusega, mis ei mahu tavaliste kaubandusstandardite raamidesse.[5] Niisuguses olukorras töötavad liikmesriigid välja nende universaalteenuse osutamise kohustustega seotud kulude rahastamise mehhanismi. Direktiivi 2002/22 artikli 13 lõike 1 kohaselt on neil selleks kaks võimalust: riigi vahendite kasutamine, et hüvitada universaalteenuse osutajale koorem, mida ta kannab, või niisuguse mehhanismi loomine, millega jagatakse universaalteenuse osutamise netokulud ja millesse panustavad erinevad telekommunikatsiooniettevõtjad. Portugali Vabariik on valinud selle teise võimaluse.

1 Algkeel: prantsuse.

2 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiv universaalteenuse ning kasutajate õiguste kohta elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste puhul (EÜT 2002, L 108, lk 51; ELT eriväljaanne 13/29, lk 367).

3 19. juuni 2008. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Prantsusmaa (C-220/07, ei avaldata, EU:C:2008:354, punkt 28).

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

5 Direktiivi 2002/22 põhjendus 18. Vt ka E. Slautsky, *op. cit.*

3. Portugali Vabariigi loodud jagamismehhanismil on siiski üks iseärasus. See mehhanism näeb nimelt ette erakorralise makse, mille eesmärk on hüvitada universaalteenuse osutamisega seotud kulud, mis kanti enne jagamismehhanismi loomist. Euroopa Komisjon on seisukohal, et nimetatud iseärasus ei ole kooskõlas direktiivi 2002/22 artikli 13 lõikega 3 ning IV lisa B osaga, ning ta leiab, et kõnesolev erakorraline makse ei vasta nende õigusnormidega kehtestatud nõuetele, millele jagamismehhanism peab vastama, st läbipaistvuse, proportsionaalsuse, konkurentsi minimaalse moonutamise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtetele.

4. Komisjon palub käesoleva liikmesriigi kohustuste rikkumise hagiga seega Euroopa Kohtul otsustada, et nähes ette erakorralise makse universaalteenuse osutamise kohustustega seotud netokulu jagamiseks alates 2007. aastast vastavalt 23. augusti 2012. aasta seadusele nr 35/2012 universaalteenuse hüvitamise rahastu kohta (Lei nº 35/2012 do Fundo de Compensação do Serviço Universal[6], käesolevale asjale kohaldatavas redaktsioonis, on Portugali Vabariik rikkunud direktiivi 2002/22 artikli 13 lõikest 3 ja IV lisa B osast tulenevaid kohustusi.

5. Käesolev kohtuasi annab seega Euroopa Kohtule võimaluse täpsustada nende nõuete ulatust, millele peab universaalteenuse osutamise netokulude jagamismehhanism vastama.

II. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

6. Direktiivi 2002/22 põhjendustes 18–21 ja 23 on märgitud:

„(18) Vajaduse korral peaksid liikmesriigid looma mehhanismid universaalteenuse osutamise kohustuste netokulude rahastamiseks juhul, kui on tõendatud, et teenust on võimalik osutada ainult kahjumiga või netomaksumusega, mis ei mahu tavaliste kaubandusstandardite raamidesse. Oluline on tagada, et universaalteenuse osutamise kohustuste netokulud on arvestatud nõuetekohaselt ning et võimalik rahastamine mõjutab turgu ja ettevõtjaid võimalikult vähe ning on kooskõlas [ELTL artiklitega 107 ja 108].

(19) Universaalteenuse netokulude arvestamisel tuleks nõuetekohaselt arvesse võtta kulusid ja tulusid ning universaalteenuse osutamisega kaasnevaid immateriaalseid hüvesid, kuid selline arvestamine ei tohiks takistada kulude kajastamist hinnakujunduses. Kõigi universaalteenuse osutamise kohustuste netokulude arvestamiseks tuleks kasutada läbipaistvaid menetlusi.

(20) Immateriaalse kasu arvessevõtmine tähendab seda, et üldkulude kindlaksmääramiseks lahutatakse universaalteenuse osutamise kohustuste otsestest netokuludest see kaudne kasu, mis tuleneb ettevõtja universaalteenuse osutaja seisundist.

(21) Kui universaalteenuse osutamise kohustusega kaasneb ettevõtjale ebaõiglane koormus, on otstarbekas lubada liikmesriikidel luua mehhanisme netokulude tulemuslikuks katmiseks. Üks võimalus universaalteenuse osutamise kohustuste netokulude katmiseks on selleks riiklike vahendite kasutamine. Lisaks sellele võib osutuda otstarbekaks kindlakstehtud netokulude katmiseks nõuda kõigilt kasutajatelt läbipaistval viisil sisse ettevõtjatele kehtestatavad lõivud. Liikmesriigid peaksid suutma rahastada universaalteenuse eri elementide netokulud eri mehhanismide abil ja/või rahastada mõnede või kõigi elementide netokulud kahest mehhanismist ühe või nende mõlema abil. Kui kulud kaetakse ettevõtjatele kehtestatavate lõivude abil, peaksid liikmesriigid tagama, et lõivude jaotamine nende vahel toetub objektiivsetele ja mittediskrimineerivatele kriteeriumidele ja on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega. See

6 *Diário da República*, 1. seeria, nr 163, 23.8.2012

põhimõte ei takista liikmesriikidel vabastada lõivust uusi turuletulijaid, kes ei ole saavutanud märkimisväärset turuasendit. Kõigi rahastamismehhanismide puhul tuleks tagada, et turul tegutsevad ettevõtjad osalevad ainult universaalteenuse osutamise kohustuste rahastamises ega toeta toiminguid, mis ei ole otseselt seotud universaalteenuse osutamise kohustustega. Kulude katmise mehhanismid peaksid alati olema kooskõlas ühenduse õigusega ja eriti jagamismehhanismide puhul ka mittediskrimineerimise ja proportsionaalsuse põhimõtetega. Kõik rahastamismehhanismid peaksid tagama, et ühe liikmesriigi kasutajad ei aita katta teise liikmesriigi universaalteenuse osutamise kulusid, näiteks juhul, kui helistatakse ühest liikmesriigist teise.

[…]

(23) Universaalteenuse osutamise kohustuste kulud võib jagada kõigi ettevõtjate või kindlaksmääratud klassi kuuluvate ettevõtjate vahel. Liikmesriigid peaksid tagama, et jagamismehhanismi puhul järgitakse läbipaistvuse, minimaalse turumoonutuse, mittediskrimineerimise ja proportsionaalsuse põhimõtteid. Minimaalne turumoonutus tähendab seda, et maksud tuleb sisse nõuda nii, et lõppkasutajate kanda jääv rahaline koormus on võimalikult väike, kasutades selleks näiteks maksude võimalikult ulatuslikku jaotamist.“

7. Direktiivi 2002/22 artiklis 12 „Universaalteenuse osutamise kohustuste kulude arvestamine“ on ette nähtud:

„1. Kui riigi reguleerivad asutused leiavad, et universaalteenuse osutamine artiklite 3–10 kohaselt võib universaalteenust osutama määratud ettevõtjale olla ebaõiglane koorem, arvutavad nad välja universaalteenuse osutamise netokulud.

Selleks teevad riigi reguleerivad asutused järgmist:

a) arvutavad universaalteenuse osutamise kohustuse netokulu, võttes arvesse kõiki turueeliseid, mis saavad osaks universaalteenust osutama määratud ettevõtjale, IV lisa A osa kohaselt või

b) kasutavad universaalteenuse osutamise netokulusid, mis on tehtud kindlaks määramismehhanismiga artikli 8 lõike 2 kohaselt.

2. Universaalteenuse osutamise kohustuste netokulu arvestamisel vastavalt lõike 1 punktile a aluseks võetud raamatupidamisdokumente ja/või muud teavet kontrollib ja need kinnitab riigi reguleeriv asutus või asjaomastest pooltest sõltumatu asutus, kelle riigi reguleeriv asutus on heaks kiitnud. Kulude arvestamise tulemused ja kontrollimise järeldused on avalikkusele kättesaadavad.“

8. Direktiivi 2002/22 artiklis 13 „Universaalteenuse osutamise kohustuste rahastamine“ on sätestatud:

„1. Kui riigi reguleeriv asutus leiab artiklis 12 nimetatud netokulude arvestamise põhjal, et ettevõtja kanda on ebaõiglane koorem, otsustab liikmesriik määratud ettevõtja taotluse korral järgmist:

a) võtta kasutusele mehhanism kindlaksmääratud netokulude kompenseerimiseks kõnealusele ettevõtjale läbipaistvatel tingimustel ja riigi vahenditest ja/või

b) jagada universaalteenuse osutamise kohustuste netokulu elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste pakkujate vahel.

2. Kui netokulu jagatakse lõike 1 punkti b alusel, kehtestab liikmesriik jagamismehhanismi, mida haldab riigi reguleeriv asutus või makse saajatest sõltumatu asutus riigi reguleeriva asutuse järelevalve all. Rahastada võib ainult artiklites 3–10 sätestatud kohustuste netokulu, mis on kindlaks määratud kooskõlas artikliga 12.

3. Jagamismehhanism järgib läbipaistvuse, minimaalse turumoonutuse, mittediskrimineerimise ja proportsionaalsuse põhimõtteid kooskõlas IV lisa B osaga. Liikmesriigid võivad otsustada mitte nõuda selliste ettevõtjate rahalist panust, kelle siseriiklik käive on sätestatud piirist väiksem.

4. Kõik universaalteenuse osutamise kohustuste kulu jagamisega seotud maksud on eristatavad ja need määratakse kindlaks iga ettevõtja puhul eraldi. Kui ettevõtja ei osuta oma teenuseid selle liikmesriigi territooriumil, kes on jagamismehhanismi kasutusele võtnud, ei kehtestata temale selliste maksude tasumise kohustust ega nõuta temalt sisse selliseid makse."

9. Direktiivi 2002/22 artiklis 14 „Läbipaistvus" on ette nähtud:

„1. Kui luuakse artiklis 13 nimetatud universaalteenuse osutamise kohustuste netokulu jagamise mehhanism, tagavad riigi reguleerivad asutused, et kulude jagamise põhimõtted ja kasutatava mehhanismi üksikasjad on üldsusele kättesaadavad.

2. Võttes arvesse ühenduse ja siseriiklikke konfidentsiaalsusnõudeid, tagab riigi reguleeriv asutus, et avaldab aastaaruande, milles esitatakse universaalteenuse osutamise kohustuste arvestatud kulu ning määratakse kindlaks kõigi asjaomaste ettevõtjate panused ja turueelised, mis on saanud osaks universaalteenust osutama määratud ettevõtja(te)le, pärast seda, kui rahastu on loodud ja toimib."

10. Direktiivi 2002/22 IV lisa B osas on sätestatud:

„Universaalteenuse osutamise kohustuste netokulude katmine või rahastamine eeldab, et universaalteenuse osutamise kohustustega määratud ettevõtjad saavad kompensatsiooni nende teenuste eest, mida nad osutavad mittekaubanduslikel tingimustel. Sellise kompenseerimisega kaasnevad finantsülekanded ja seepärast peavad liikmesriigid tagama, et need tehakse objektiivselt, läbipaistvalt, mittediskrimineerivalt ja proportsionaalselt. See tähendab, et ülekanded põhjustavad võimalikult väikest konkurentsi moonutamist ja kasutajate nõudluse moonutamist.

Artikli 13 lõike 3 kohaselt peaks rahastul põhinev jagamismehhanism kasutama osamaksete kogumiseks läbipaistvaid ja neutraalseid vahendeid, mille puhul oleks välistatud osamaksete topeltkehtestamine nii ettevõtjate väljundi kui ka sisendi puhul.

Rahastut haldav sõltumatu asutus vastutab osamaksete kogumise eest ettevõtjatelt, keda peetakse võimeliseks aitama kaasa liikmesriigis universaalteenuse osutamise kohustuste kulude katmisele, ja teostab järelevalvet ülekantavate summade ja/või haldusmaksete üle, mida makstakse ettevõtjatele, kellel on õigus rahastust raha saada."

B. Portugali õigus

11. 10. veebruari 2004. aasta seadusega nr 5/2004 elektroonilise side kohta (Lei nº 5/2004 das Comunicações Eletrónicas[7], viimati muudetud 31. juuli 2017. aasta dekreetseadusega (Decreto-Lei nº 92/2017))[8] (edaspidi „seadus nr 5/2004") tunnistati kehtetuks 5. novembri 1999. aasta dekreetseadus nr 458/99 (Decreto-Lei nº 458/99)[9] ja võeti Portugali õiguskorda üle direktiiv 2002/22.

7 *Diário da República*, 1. seeria, nr 34, 10.2.2004.

8 *Diário da República*, 1. seeria, nr 146, 31.7.2017.

9 *Diário da República*, 1. seeria, nr 258, 5.11.1999.

12. Seaduse nr 5/2004 artiklis 97 on ette nähtud:

„1. Kui on tehtud kindlaks, et universaalteenusega on seotud netokulud, mida riigi reguleeriv asutus peab liiga suureks, peab valitsus vastavate teenuseosutajate nõudel tagama nende sobiva hüvitamise kahest järgmisest mehhanismist ühe või mitme abil:

a) makse riigi vahenditest;

b) kulu jagamine teiste ettevõtjate vahel, kes pakuvad riigi territooriumil elektroonilise side võrke ja -teenuseid, millele üldsusele on ligipääs.

2. Kui kohaldatakse eelmise lõike punktis b ette nähtud mehhanismi, tuleb luua hüvitamisrahastu, millesse teevad makseid ettevõtjad, kes pakuvad elektroonilise side võrke ja -teenuseid, millele üldsusel on ligipääs, – rahastu, mida haldab riigi reguleeriv asutus või sõltumatu asutus, mille nimetab valitsus ja mille üle teostab järelevalvet riigi reguleeriv asutus.

3. Kriteeriumid, mille põhjal universaalteenuse netokulu jagatakse makseid tegema kohustatud ettevõtjate vahel, määrab kindlaks valitsus, järgides läbipaistvuse, turu minimaalse moonutamise, diskrimineerimiskeelu ja proportsionaalsuse põhimõtteid.

[…]“.

13. Seadusega nr 35/2012 loodi elektroonilise side universaalteenuse hüvitamise rahastu, et rahastada universaalteenuse osutamise kohustuste järgimisest tulenevaid netokulusid ja tagada nende kulude jagunemine ettevõtjate vahel, kes on kohustatud rahastusse makseid tegema.

14. Selle seaduse artiklis 1, milles on kindlaks määratud seaduse ese, on ette nähtud seaduse nr 5/2004 artikli 97 lõikes 2 nimetatud elektroonilise side universaalteenuse hüvitamise rahastu loomine ja selle kriteeriumi kindlaksmääramine, mille põhjal jagatakse nimetatud teenusega seotud netokulud makseid tegema kohustatud ettevõtjate vahel.

15. Seaduse nr 35/2012 artikli 2 lõike 1 kohaselt „järgib hüvitamisrahastu oma tegevuses läbipaistvuse, diskrimineerimiskeelu, proportsionaalsuse ja turu minimaalse moonutamise põhimõtteid“.

16. Selle seaduse artiklis 6 on ette nähtud:

„Hüvitamisrahastu eesmärk on rahastada universaalteenuse netokulusid, mis määratakse kindlaks 13. septembri 2011. aasta seadusega nr 51/2011 muudetud ja konsolideeritud seaduse nr 5/2004 […] artikli 99 lõikes 3 nimetatud hankemenetlustes ning mida Autoridade Nacional de Comunicações (riiklik sideamet, edaspidi „Anacom“) peab liiga suureks vastavalt sama seaduse artikli 95 lõike 1 punktile b ja artiklile 97, ja samuti on hüvitamisrahastu eesmärk rahastada V peatükis nimetatud universaalteenuse netokulusid.“

17. Selle seaduse artiklis 17 „Netokulude rahastamine enne teenuseosutaja valimist hankemenetluses“ on sätestatud:

„1. Käesoleva seadusega asutatud hüvitamisrahastu peab võimaldama hüvitada ka universaalteenuse netokulud, mis kanti kuni hetkeni, mil vastavalt 13. septembri 2011. aasta seadusega nr 51/2011 muudetud ja konsolideeritud seaduse nr 5/2004 artikli 99 lõikele 3 valitud teenuseosutaja(d) universaalteenust osutama hakkas(id) […], järgmistel kumulatiivsetel tingimustel:

a) netokulude olemasolu on tõendatud kontrollimise tulemusena ja [Anacom] peab neid kulusid 13. septembri 2011. aasta seadusega nr 51/2011 muudetud ja konsolideeritud seaduse nr 5/2004 […] artikli 95 lõike 1 punkti a, artikli 95 lõike 2 ning artiklite 96 ja 97 alusel liiga suureks;

b) universaalteenuse osutaja palub valitsusel eelmises lõikes nimetatud kulud hüvitada.

2. Nende netokulude summa, mis tuleb hankemenetluses teenuseosutaja nimetamisele eelneva ajavahemiku osas hüvitada, vastab summale, mille on heaks kiitnud [Anacom] auditi tulemusena ja mida [Anacom] peab liiga suureks“.

18. Sama seaduse artikli 18 lõikes 1 on ette nähtud, et „[e]ttevõtjad, kes pakuvad avalikke sidevõrke ja/või elektroonilise side teenuseid, mis on kättesaadavad üldsusele riigi territooriumil, peavad tasuma erakorralist makset hüvitamisrahastusse nii 2013., 2014. kui ka 2015. majandusaastal. See erakorraline makse on mõeldud eranditult nende eelmises artiklis nimetatud netokulude rahastamiseks, mille [Anacom] on nendel aastatel heaks kiitnud“.

19. Vastavalt seaduse nr 35/2012 artikli 18 lõikele 5 „moodustab lõikes 1 nimetatud erakorraline makse 3% iga aasta arvesse võetavast aastakäibest, kusjuures järgitakse eelmistes punktides kindlaks määratud ülempiire“.

20. Selle seaduse artikli 18 lõike 6 kohaselt „ei tohi selle erakorralise makse summa, mida iga ettevõtja peab tasuma, kunagi ületada summat, mis saadakse, kui netokulud jagatakse – nagu artikli 17 lõige 2 ette näeb – ettevõtjate vahel, kellel on kohustus makseid teha, vastavalt nende arvesse võetavale käibele“.

21. Selle seaduse artikli 20 kohaselt võib iga majandusaasta erakorralise makse summat tasuda kogu viieaastase perioodi jooksul.

III. Vaidluse taust

A. Vaidluse aluseks olevad asjaolud

22. 17. veebruari 2003. aasta dekreetseadusega nr 31/2003 (Decreto-Lei nº 31/2003), millega muudeti avaliku telekommunikatsiooniteenuse osutamise kontsessiooni andmise tingimusi Portugalis, nimetati äriühing PT Comunicações (edaspidi „PTC“) kuni 2025. aastani universaalteenuse osutajaks.

23. PTC esitas universaalteenuse osutajana mitu korda universaalteenuse netokulude kalulatsioonid ning kahjumite hüvitamise taotlused aastate 1996–1999, 2000 ning seejärel 2001, 2002 ja 2003 kohta. Anacom jättis need erinevad hüvitamistaotlused siiski rahuldamata.

24. Seaduse nr 5/2004 vastuvõtmise ja PTC juulis 2007 esitatud taotluse järel võttis Anacom pärast üldsusega konsulteerimise ja asjast huvitatud isikute eelneva ärakuulamise menetlust 9. juunil 2011 vastu kaks resolutsiooni, milles on täpsustatud esiteks mõistet „liiga suur koormus“ seaduse nr 5/2004 artikli 97 tähenduses ja teiseks meetodit, mida tuleb universaalteenuse osutamise netokulude arvutamisel kasutada.

25. Selle põhjal leidis Anacom, et universaalteenuse osutamine PTC poolt kuni 2006. aastani ei kujutanud endast liiga suurt koormust. Anacom otsustas lisaks kohaldada ajavahemiku osas pärast 1. jaanuari 2007 ja kuni hetkeni, mil hankemenetluses välja valitud universaalteenuse osutaja(d) hakkas(id) seda teenust osutama, heakskiidetud universaalteenuse netokulude arvutamise meetodit.

26. Seejärel võeti vastu seadus nr 35/2012, mis võimaldab luua elektroonilise side universaalteenuse hüvitamise rahastu ja mis eeldab, et nähakse ette erakorraline makse, et oleks võimalik hüvitada netokulud, mida PTC kandis enne seda, kui ta hankemenetluse tulemusena teenuseosutajaks nimetati.

27. Anacomi resolutsioonide ja seaduse nr 35/2012 alusel kontrolliti pärast seda, kui PTC oli esitanud vastavad kalkulatsioonid, universaalteenuse osutamise netokulusid ajavahemikul 2007–2009 ning Anacom kiitis lõppsumma heaks 19. septembril 2013. 2010. ja 2011. aasta netokulud kiideti heaks 20. novembril 2014, samas kui 2015. aasta jooksul tegi Anacom lõppotsuse 2012. ja 2013. aasta netokulusid puudutavate kontrollimiste tulemuste kohta.

28. Seejärel määras Anacom kolmes teises otsuses kindlaks üksused, kes on kohustatud tegema makseid elektroonilise side universaalteenuse hüvitamise rahastusse, ning kehtestas hüvitamisele kuuluvate universaalteenuse netokuludega seotud erakorraliste maksete summa ajavahemikeks 2007–2009, 2010–2011 ja 2012–2013.

29. Nii olid 2013., 2014. ja 2015. aasta erakorralised maksed mõeldud selleks, et hüvitada vastavalt 2007., 2008. ja 2009. majandusaasta, 2010. ja 2011. majandusaasta ning 2012. ja 2013. majandusaasta netokulude lõplik summa.

30. Samal ajal korraldas Portugali Vabariik kolm hankemenetlust, et valida välja ettevõtja või ettevõtjad, kes nimetatakse universaalteenuse osutaja(te)ks, ning avaliku sidevõrguga määratud asukohas ühenduse pakkumise ja üldsusele kättesaadavate telefoniteenuste pakkumise universaalteenuseid valiti osutama uued ettevõtjad. PTC valiti aga välja osutama tasuliste taksofonidega varustamise universaalteenust riigi territooriumil.[10] Lepingud nende ettevõtjatega jõustusid hiljemalt 1. juunil 2014, mil lõppes eelmine PTCga sõlmitud universaalteenuse osutamise leping.

B. Kohtueelne menetlus

31. Komisjon saatis 13. detsembril 2012 süsteemi EU Pilot kaudu Portugali Vabariigile kirja, milles ta küsis selgitusi selle kohta, kas seaduses nr 35/2012 ette nähtud universaalteenuse hüvitamise rahastu on kooskõlas direktiivi 2002/22 artikli 13 ja IV lisa B osaga, eelkõige mis puudutab nende netokulude hüvitamist, mis universaalteenuse osutaja PTC kandis minevikus ja ajavahemikul enne tema uuesti valimist hankemenetluses universaalteenuse osutajaks.

32. Portugali ametiasutused vastasid sellele päringule 21. veebruaril 2013. Nad andsid täiendavat teavet 23. oktoobril 2014 komisjoni talitustega toimunud koosolekul ja seejärel 5. detsembri 2014. aasta kirjaga.

33. Komisjon saatis 27. veebruaril 2015 Portugali Vabariigile ametliku kirja. Portugali ametiasutused väitsid oma 29. aprilli 2015. aasta vastuses, et Portugali õigusakte ja nende rakendamist tuleb lugeda direktiivis 2002/22 sätestatud nõuetega ning eelkõige läbipaistvuse, turu minimaalse moonutamise, diskrimineerimiskeelu ja proportsionaalsuse põhimõtetega kooskõlas olevaks.

34. Komisjon saatis pärast selle vastusega tutvumist Portugali Vabariigile 29. aprilli 2016. aasta kirjaga põhjendatud arvamuse, paludes sellele liikmesriigil võtta meetmed põhjendatud arvamuse järgimiseks kahe kuu jooksul alates selle kättesaamisest.

10 Ministrite nõukogu 18. juuli 2013. aasta resolutsioon nr 66-A/2013 (Resolução do Conselho de Ministros n.° 66-A/2013), *Diário da República*, 1. lisa, 1. seeria, nr 202, 18.10.2013.

35. Portugali ametiasutused vastasid põhjendatud arvamusele 1. juuli 2016. aasta kirjaga ja täiendasid seda vastust teise, 14. oktoobri 2016. aasta kuupäeva kandva kirjaga, mis saadeti jätkuks komisjoni talitustega 7. septembril 2016 toimunud koosolekule. Portugali ametiasutused edastasid komisjonile uut infot ettevõtjate ärakuulamise menetluste ja kohtuvaidluste kohta selles valdkonnas ning andmeid selle kohta, missuguse protsendi moodustab makse summa ettevõtjate ja sektori käibest, uut teavet 2007. aastal turul tegutsenud ettevõtjate kohta võrreldes hetkeolukorraga ning erakorralise makse tasumise seisu kohta.

36. Jaanuaris ja juulis 2017 leidis aset veel kaks koosolekut komisjoni ja Portugali ametiasutuste vahel. Viimasel koosolekul arutati mitut lahendust pooltevahelise erimeelsuse lahendamiseks. Seejärel palus komisjon, et talle esitataks lahenduse ettepanek koos täitmise tähtaegadega. Portugali ametiasutused tegid kahes kirjas, mis kandsid 14. märtsi 2017. aasta ja 12. septembri 2018. aasta kuupäeva, esiteks ettepaneku korraldada uus koosolek ning teiseks märkisid, et nad peavad vajalikuks oodata nende menetluste tulemusi, mida mõned ettevõtjad on liikmesriigi kohtutes alustanud ja milles käsitletakse seaduse nr 35/2012 tõlgendamist.

C. Menetlus Euroopa Kohtus

37. Kuna komisjon ei nõustunud Portugali Vabariigi arvamusega, esitas ta 25. jaanuari 2019. aasta hagiavaldusega käesoleva hagi.

38. Portugali Vabariik ja komisjon esitasid suulised seisukohad kohtuistungil, mis toimus 11. märtsil 2020.

IV. Õiguslik analüüs

39. Komisjon väidab oma hagis, et seaduse nr 35/2012 artiklis 18 ette nähtud universaalteenuse osutamise kohustustega seotud netokulu jagamiseks tehtav erakorraline makse ei ole kooskõlas direktiivi 2002/22 artikliga 13 ja IV lisa B osaga. Täpsemalt väidab komisjon, et selle makse puhul ei järgita eespool viidatud normides sätestatud läbipaistvuse, diskrimineerimiskeelu, turu minimaalse moonutamise ja proportsionaalsuse põhimõtteid.

A. Läbipaistvuse põhimõte

1. Poolte argumendid

40. Komisjon väidab, et läbipaistvuse põhimõte ei ole piiratud kohustusega avaldada ja teha kättesaadavaks teave universaalteenuse netokulude jagamise kohta ning et see läheb kaugemale direktiivi 2002/22 artiklis 14 ette nähtud nõuetest.

41. Komisjoni sõnul ilmneb Euroopa Kohtu praktikast, et läbipaistvuse põhimõte hõlmab ka muid aspekte. Esiteks on Euroopa Kohus tema sõnul otsustanud, et selleks, et universaalteenuse osutamise kohutuste netokulu jagamise mehhanism oleks kooskõlas läbipaistvuse põhimõttega, tuleb tegurid, mis võimaldavad arvutada makseid, „kindlaks määrata objektiivsete kriteeriumide põhjal, võttes arvesse võrreldavat ja seega läbipaistvat teavet, et need ettevõtjad saaksid arvutada oma tõenäolised kulud ja tulud“.[11] Komisjon leiab seda arvestades, et selguse ja täpsuse nõuded on läbipaistvuse põhimõtte lahutamatu osa.

11 6. detsembri 2001. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Prantsusmaa (C-146/00, EU:C:2001:668, punktid 48 ja 49).

42. Teiseks väidab komisjon, et läbipaistvuse põhimõte on seotud õiguskindluse põhimõttega, mille see peab tagama, ning seega eeldab esimene põhimõte, et universaalteenuse rahastamise reeglid, mis võivad avaldada ettevõtjatele rahalist mõju, oleksid selged, täpsed ja oma tagajärgede poolest ennustatavad. Täpsemalt nõuab läbipaistvuse põhimõte seetõttu, et seda tuleb tõlgendada koostoimes õiguskindluse põhimõttega, et asjaomased isikud teaksid täpselt, missugune on neile kehtestatud kohustuste ulatus.

43. Portugali Vabariik vaidleb vastu sellele, kuidas komisjon läbipaistvuse põhimõtet tõlgendab, ning nimetab seda tõlgendust maksimalistlikuks ja formalistlikuks. Tema arvates kujutab läbipaistvuse põhimõte endast garantiid, et liikmesriigid järgivad liidu õigusest tulenevaid kohustusi, ning see on niisiis seotud universaalteenuse osutamise kohustuste netokulu arvutamisel kasutatavate kriteeriumide objektiivsuse ja teabe võrreldavusega, kusjuures kulude ennustatavus on selle teabe tulemus.

44. Lisaks ei tohi õiguskindluse põhimõtet Portugali Vabariigi arvates läbipaistvuse põhimõttega segi ajada. Komisjoni argumendid puudutavad aga ennekõike õiguskindluse ja õiguspärase ootuse põhimõtteid. Komisjoni argument tähendab, et tahetakse väita, et erakorraline makse on tagasiulatuv – see oleks aga on vastuolus õiguskindluse põhimõttega.

45. Portugali Vabariik väidab esiteks, et see tähendaks, et universaalteenuse osutajale ei saa hüvitada tema netokulusid, mis on juba kantud ning mida Anacom on kontrollinud ja mille ta on heaks kiitnud, samas kui riigisiseste õigusnormidega on nende kulude tagasisaamine ette nähtud. Teiseks rõhutab Portugali Vabariik, et tuleb eristada õigusnormi näilist ja tegelikku tagasiulatuvat jõudu. Käsitletaval juhul on seaduse nr 35/2012 tagasiulatuv jõud ainult näiline, sest see avaldab toimet ainult olenevalt universaalteenuse netokulu kontrollimise aastast, st asjavahemikust pärast selle jõustumist. Euroopa Kohtu praktika on aga äärmiselt kitsendav, mis puudutab eraõiguslike isikute ootuste kaitset näilise tagasiulatuva jõu korral,[12] mistõttu ei saanud ettevõtjatel universaalteenuse netokulude rahastamise viisi osas olla mingit õiguspärast ootust.

2. Hinnang

46. Komisjon väidab, et läbipaistvuse põhimõtet tuleb tõlgendada õiguskindluse põhimõttest lähtudes ning et see eeldab, et esimesena nimetatud põhimõte hõlmab peale universaalteenuse netokulude arvutamist ja jagamist puudutava teabe avaldamise ja kättesaadavaks tegemise kohustuse ka selguse, täpsuse ja ennustatavuse nõudeid. Nii käsitatuna ei ole läbipaistvuse põhimõtet järgitud, sest ettevõtjad, kes pidid tegema makseid universaalteenusega seotud kulude rahastamiseks, ei saanud enne erakorralise makse tegelikku kehtestamist seadusega nr 35/2012 nende kohustuste ulatust ette näha.

47. Teiste sõnadega on Portugali Vabariigi loodud mehhanism komisjoni sõnul läbipaistvuse põhimõttega vastuolus, sest ettevõtjad ei saanud enne selle kehtestamist oma sellest mehhanismist tulenevate kohustuste ulatust ette näha.

48. Niisugune lahendus tähendab, et läbipaistvuse põhimõtet oleks järgitud ainult siis, kui ettevõtjad saaksid juba enne universaalteenuse osutamise kohustustega seotud kulude jagamise mehhanismi vastuvõtmist teada sellest mehhanismist tulenevate kohustuste ulatuse, ehkki seda mehhanismi ei ole veel vastugi võetud. Tuleb aga tõdeda, et nii ei saa see kunagi olla.

49. Läbipaistvuse põhimõtet kohaldatakse direktiivi 2002/22 artikli 13 lõike 3 kohaselt tegelikult alles alates hetkest, mil universaalteenusega seotud kulude jagamise mehhanism eksisteerib. Ei saa seega tuvastada, et mehhanism, mida ei ole veel vastugi võetud, ei ole läbipaistev.

12 29. juuni 1999. aasta kohtuotsus Butterfly Music (C-60/98, EU:C:1999:333, punkt 25).

50. Sellega seoses on vähe tähtsust asjaolul, et kulud, mille hüvitamine on mehhanismi eesmärk, tekkisid enne selle mehhanismi vastuvõtmist, tingimusel et ette nähtud erakorralise maksega järgitakse – kui see on kord kehtestatud – tõesti läbipaistvuse põhimõtet. Arvan, et käsitletaval juhul on see nii.

51. Kuigi läbipaistvuse põhimõtet, millele on direktiivi 2002/22 artikli 13 lõikes 3 viidatud, ei ole selgelt määratletud, on seda selle direktiivi artiklis 14 täpsustatud. Läbipaistvuse põhimõte tähendab, et universaalteenusega seotud kulude jagamise reeglid ja nende kulude jagamise mehhanismi puudutavad täpsustused tehakse üldsusele kättesaadavaks. Lisaks on juhuks, kui kulude jagamise mehhanism on loodud ja töötab tõhusalt, ette nähtud, et tuleb avaldada aastaaruanne, milles on näidatud universaalteenuse osutamise kohustuste kulu ja asjaomaste ettevõtjate tehtavad maksed ning juhitud tähelepanu majanduslikele eelistele, mille universaalteenuse osutaja saab. Seda arvestades hõlmab läbipaistvuse põhimõte peamiselt kohustust avaldada ja anda üldsuse käsutusse teave, mis puudutab universaalteenuse osutamisega seotud kulude jagamise mehhanismi loomist ja toimimist.

52. Euroopa Kohus on lisaks täpsustanud, et selle universaalteenuse kulude jagamise mehhanismi loomise korda puudutava teabe avaldamise ja üldsuse käsutusse andmise nõude eesmärk on „võimaldada [makseid tegevatel] ettevõtjatel arvutada oma tõenäolised kulud ja tulud“.[13]

53. Selles küsimuses pean täpsustama, et niisugune nõue ei saa siiski tähendada, et makseid tegema kohustatud ettevõtjad suudavad oma makse summat kindlalt ja täpselt ette näha. Kuna universaalteenuse netokulude täpseid summasid ei ole võimalik teada enne, kui reguleeriv asutus need välja arvutab, ei ole võimalik täpselt ette teada ka makse konkreetseid summasid. Seepärast piisab, kui ettevõtjatele on teada universaalteenuse netokulude jagamise mehhanismi toimimise kord, et läbipaistvuse põhimõtet oleks järgitud. Ainuüksi selle korra tundmine võimaldab teha mõistlikkuse ja tõenäosuse piires – ehkki mitte täie kindlusega – kindlaks nende maksete summa, mida nad tasuma peavad.

54. Märgin, et seaduses nr 35/2012 ei ole ette nähtud mitte üksnes erakorralise makse loomine, vaid on üksikasjalikult kirjeldatud ka selle rakendamise korda. Selles seaduses on näiteks täpsustatud, missuguses olukorras seda tasuda tuleb,[14] majandusaastad, mille jooksul seda tasuda tuleb,[15] kulud, mida selle abil hüvitatakse, ning selle summa maksimaalsed piirid.[16] Lisaks on selles seaduses täpsustatud Anacomi täpset rolli makse tegijate ja erakorralise makse summa kindlaksmääramisel ning tasumise korda, mida ettevõtjad peavad järgima.[17]

55. Olen seega arvamusel, et erakorraline makse, mille Portugali Vabariik on seadusega nr 35/2012 kehtestanud, on läbipaistvuse põhimõttega kooskõlas, sest see liikmesriik tegi üldsusele teatavaks universaalteenuse osutamisega seotud kulude jagamise põhimõtted ja vajalikud täpsustused jagamismehhanismi toimimise kohta. Lisaks võimaldasid need asjaolud makseid tegema kohustatud ettevõtjatel kohe jagamismehhanismi loomisel 2012. aasta jooksul kahtlemata kindlaks teha, missuguse ulatusega on nende kohustused, mis tulenevad erakorralisest maksest, mille nad peavad 2013., 2014. ja 2015. aastal tasuma.

56. Seega ei saa asjaolu, et Portugali Vabariik kehtestas seadusega nr 35/2012 ette nähtud erakorralise makse, kujutada endast läbipaistvuse põhimõtte rikkumist.

13 6. detsembri 2001. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Prantsusmaa (C-146/00, EU:C:2001:668, punktid 48 ja 49). See täpsustus puudutas küll Euroopa Parlamendi ja nõukogu 30. juuni 1997. aasta direktiivi 97/33/EÜ vastastikuse sidumise kohta telekommunikatsioonisektoris, et tagada universaalteenus ja vastastikune toimimine avatud võrgu pakkumise põhimõtete kohaldamisega (EÜT 1997, L 199, lk 32), mis tunnistati kehtetuks Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiviga 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (raamdirektiiv) (EÜT 2002, L 108, lk 33; ELT eriväljaanne 13/29, lk 349), kuid mulle näib, et selle asjakohasus on säilinud universaalteenuse osas niisugusena, nagu seda reguleerib direktiiv 2002/22.

14 Seaduse nr 35/2012 artikkel 17.

15 Seaduse nr 35/2012 artikli 18 lõige 1.

16 Seaduse nr 35/2012 artikli 18 lõiked 5 ja 6.

17 Seaduse nr 35/2012 artikkel 20 ja artikli 21 lõige 1.

B. Turu minimaalse moonutamise ja proportsionaalsuse põhimõtted

1. Poolte argumendid

57. Komisjon leiab, et ei saa asuda seisukohale, et seadusega nr 35/2012 ette nähtud hüvitamismehhanism on kooskõlas turu minimaalse moonutamise põhimõttega. Esiteks on ettevõtjatel neid kulusid võimatu ette näha või arvesse võtta nende aastate tegevuses, mille puhul nende kulude hüvitamist nõutakse. Teiseks on rahastatavad summad märkimisväärsed, sest erakorraline makse moodustab 3% iga ettevõtja arvesse võetavast käibest ja iga kõnesoleva aasta puhul ning lisandub maksele, mida tuleb tasuda tavaliselt, et rahastada universaalteenuse osutamise netokulusid, mida hankemenetluses teenuseosutajateks valitud ettevõtjad kandsid. Kolmandaks asetab erakorraline makse neile suurema koorma kui see, mida võib oodata tavaliselt, kui aastamakse puhul võetaks arvesse universaalteenuse osutamise netokulu samal ajavahemikul, sest mõju käibele oleks olnud tunduvalt väiksem ja oleks võimaldanud ettevõtjatel jaotada rahalise koormuse pikemale perioodile.

58. Proportsionaalsuse põhimõtte osas on komisjon arvamusel, et seda ei ole järgitud, sest ettevõtjad on kohustatud aitama hüvitada hankemenetluse tulemusena teenuseosutajateks nimetatud ettevõtjate netokulusid ning samal ajal tasuma erakorralist makset. See kohustus toob kaasa „kahekordse makse“ või vähemalt nende rahaliste kulude suurenemise, mida ettevõtjad peavad kandma. Lisaks rõhutas komisjon kohtuistungil, et erakorralise makse summad olid märkimisväärsed võrreldes eelkõige selle makse summaga, mida tuli tasuda samal ajavahemikul Hispaanias.

59. Turu minimaalse moonutamise põhimõtte kohta väidab Portugali Vabariik, et see direktiivi 2002/22 põhjenduses 23 selgitatud põhimõte tähistab eelkõige viisi, kuidas universaalteenuse osutajate koormus jagatakse, et minimeerida rahalist mõju lõpptarbijatele. Komisjon ei esita aga ühtegi tõendit, mis võimaldaks järeldada, et rahalist mõju lõpptarbijatele ei minimeerita. Lisaks ei kuulu ettevõtjate kulude väidetav ennustamatus, millele komisjon viitab, turu minimaalse moonutamise põhimõtte valdkonda.

60. Portugali Vabariik vaidleb vastu ka sellele, et summad, mida erakorralisest maksest rahastatakse, on märkimisväärsed. Määr 3% käibest kujutab endast maksete kogusumma ülempiiri, kusjuures seda summat piiratakse omakorda. Täpsemalt vastab hüvitamisele kuuluvate netokulude summa igal juhul summale, mille Anacom on heaks kiitnud. Lisaks jaotatakse erakorraline makse, mille eesmärk on universaalteenuse osutaja netokulude hüvitamine, ära neljale aastale ja igale aastale vastava summa võib tasuda kogu viieaastase ajavahemiku jooksul.

61. Proportsionaalsuse põhimõtte kohta väidab Portugali Vabariik, et kuna esiteks on selle erakorralise makse eesmärk minimeerida nii palju kui võimalik sekkumist selles sektoris hüvitamise võimalikult ulatusliku jagamisega ning teiseks kujutab see endast seega kulude ja kasumite tasakaalustatud kaalumist taotletavast eesmärgist lähtudes, on seda põhimõtet täielikult järgitud, sest nimetatud makse on sobiv vahend, et saavutada universaalteenuse osutamise netokulude vajaliku hüvitamise eesmärk. Komisjoni kohtuistungil esitatud argumendi kohta, et selle makse summad on märkimisväärsed, lisab Portugali Vabariik, et komisjon ei saa neid summasid kahtluse alla seada, kui ta ei vaidle samas vastu netokulude arvutamise meetodile, mida Anacom kasutab.

2. Hinnang

62. Kõigepealt pean märkima, et komisjoni argument, et ettevõtjad ei saanud ette näha netokulusid, mis tuleb hüvitada, ei tundu mulle asjakohane osas, mis puudutab selle väljaselgitamist, kas Portugali Vabariigi loodud mehhanism on kooskõlas turu minimaalse moonutamise põhimõttega.

63. Seda põhimõtet on nimelt selgitatud direktiivi 2002/22 põhjenduses 23, mille kohaselt „[tähendab m]inimaalne turumoonutus […] seda, et maksud tuleb sisse nõuda nii, et lõppkasutajate kanda jääv rahaline koormus on võimalikult väike, kasutades selleks näiteks maksude võimalikult ulatuslikku jaotamist“. Sellel, kas ettevõtjad said võtta erakorralist makset oma tegevuses arvesse, ei ole seega tähtsust, kui on vaja teha kindlaks sellest maksest tingitud rahalise koormuse mõju, mis lõpptarbijatel lasub.

64. Komisjon esitab lisaks muidki argumente, mis käsitlevad esiteks kõnesolevate summade suurust ja teiseks „kahekordse makse“ olemasolu, sest ettevõtjad pidid alates 2013. aastast ühtaegu aitama rahastada universaalteenuse kulusid ajavahemikul pärast hankemenetlust ja tasuma erakorralist makset kulude tõttu, mida PTC kandis enne hankemenetlust. See näitab tema sõnul esiteks, et rikuti turu minimaalse moonutamise põhimõtet, ja teiseks, et rikuti proportsionaalsuse põhimõtet.

65. Ehkki need argumendid tunduvad mulle kahtlemata asjakohasemad kui kulude ennustatavust puudutav argument, ei usu ma siiski, et nendest piisaks selle tõendamiseks, et rikutud on nii turu minimaalse moonutamise kui ka proportsionaalsuse põhimõtteid.

66. Mis puudutab erakorralise makse summade suurust, siis seaduse nr 35/2012 artikli 18 lõikes 5 on nähtud küll ette, et need moodustavad 3% iga makseid tegema kohustatud üksuse arvesse võetavast aastakäibest. Selle seaduse artikli 18 lõikes 6 on siiski ka sätestatud, et nimetatud makse summa, mille iga ettevõtja peab tasuma, ei tohi kunagi ületada summat, mis tuleneb nende netokulude jagamisest, mis universaalteenuse osutaja kandis ja mida Anacom peab liiga suureks.

67. Kuigi erakorralise makse summa võib olla kuni 3% makseid tegevate äriühingute arvesse võetavast aastakäibest, peab see siiski alati vastama universaalteenuse osutaja netokulude summale niisugusena, nagu Anacom on selle heaks kiitnud.

68. Tuleb aga tõdeda, et komisjon ei vaidle vastu netokulude arvutamise meetodile, mida Anacom kasutus, ega tulemusele, millele ta 2012., 2013. ja 2014. aastat puudutavates otsustes jõudis. Komisjon ei sea niisiis kahtluse alla nende netokulude summasid, mille hüvitamiseks on erakorraline makse mõeldud ja millele see peab täpselt vastama.

69. Ainuüksi asjaolu, et selle makse summad on märkimisväärsed, ei võimalda seega tõendada, et see makse ise on ebaproportsionaalne või et sellega ei ole järgitud turu minimaalse moonutamise põhimõtet. Kuna see makse vastab täpselt universaalteenuse osutaja netokulude summale – mille arvutamist ei ole komisjon kahtluse alla seadnud – tundub mulle, et see on nii piiratud sellega, mis on vajalik universaalteenusega seotud kulude hüvitamise eesmärgi saavutamiseks, kui ka sobiv rahalise koormuse mõju minimeerimiseks.

70. Mis puudutab küsimust, kas eksisteerib kahekordne makse, mis lasub ettevõtjatel, kes on kohustatud tegema makseid ühtaegu nii hankemenetlusest hilisemate kulude rahastamiseks kui ka nende kulude rahastamiseks, mis PTC kandis, kui oli ainus universaalteenuse osutaja, siis selle olemasoluks on vaja – nagu komisjon märgib –, et ettevõtjatel lasuvad rahalised koormused oleksid tõusnud. Niisugune tõus tuleneb ka sellest, et ettevõtjad on kohustatud hüvitama mitme aasta netokulud üheainsa aastaga.[18]

18 Vt käesoleva ettepaneku punkt 29.

71. Ma ei arva siiski, et selline asjaolu saaks üksi kujutada endast turu minimaalse moonutamise põhimõtte või proportsionaalsuse põhimõtte rikkumist. Kõigepealt tähendab makse, mille eesmärk on hüvitada universaalteenuse osutaja kulud, alati seda tegema kohustatud ettevõtjatele suuremat rahalist koormust kui niisuguse hüvitamise puudumise korral. Kuna makseid tegema kohustatud ettevõtjatel lasuva rahalise koormuse selline suurenemine on omane universaalteenuse osutamise kulude hüvitamise mehhanismile endale, näib mulle, et ainuüksi sellest asjaolust ei piisa, et tegemist oleks turu minimaalse moonutamise ja proportsionaalsuse põhimõtete rikkumisega.

72. Kuna erakorralise makse summa vastab täpselt universaalteenuse osutaja kulude summale, tuleb seejärel tõdeda, et see summa on piiratud sellega, mis on rangelt vajalik, et saavutada eesmärk hüvitada universaalteenuse netokulud. Selles olukorras ei usu ma, et saaks asuda seisukohale, et see makse toob seda tasuma kohustatud ettevõtjatele kaasa ebaproportsionaalse rahalise koormuse ning seda hoolimata sellest, et nimetatud makse on mitme majandusaasta makse või tähendab kahekordset maksekohustust.

73. Lisaks on erakorralist makset tasuma kohustatud ettevõtjatel selle tasumist hõlbustatud, nagu Portugali Vabariik märgib. Täpsemalt ilmneb seaduse nr 35/2012 artikli 20 lõikest 4, et selle makse tasumise võib iga aasta puhul jaotada viieaastasele ajavahemikule. Tänu niisugusele võimalusele saavad ettevõtjad oma rahalist koormust, mida nad peavad selle makse tasumisel kandma, moduleerida ning selle mõju nõnda nii palju kui võimalik vähendada. Mulle näib, et selline korraldus tagab esiteks rahalise koormuse minimaalse edasikandumise lõpptarbijatele ning teiseks üldisemalt selle makse proportsionaalsuse.

74. Lõpuks tuleb märkida – nagu väidab Portugali Vabariik –, et lõpptarbijate rahalise koormuse mõju vähendamine miinimumini ja erakorralise makse proportsionaalsus ilmneb ka sellest, et seda makset tasuma kohustatud ettevõtjad on kõik niisugused, kelle käive on üle 1% sektori aastakäibest, sh universaalteenuse osutaja. Näib seega, et nimetatud makse on ettevõtjate vahel jagatud nii ulatuslikult kui võimalik ja suudab minimeerida selle mõju lõpptarbijatele.

75. Igal juhul tähendab komisjoni seisukoht, et universaalteenuse kulude jagamise mehhanismi saab rakendada ainult määral, mil ettevõtjate maksed arvutatakse kulude põhjal, mida universaalteenuse osutaja kandis ainult ühe aasta jooksul.

76. Pean siiski märkima, et miski direktiivi 2002/22 tekstis ei kohusta liikmesriike valima hüvitamist aasta jooksul. Asjaolust, et liidu seadusandja ei ole midagi ette näinud, ei saa tuletada universaalteenuse osutamise kulude hüvitamise mehhanismide rakendamise konkreetset viisi. Kuna liidu seadusandja ei ole soovinud niisuguseid tingimusi kehtestada, ei arva ma, et universaalteenuse kulude hüvitamise mehhanismi võiks ainult sel põhjusel, et hüvitamine ei toimu aasta jooksul, pidada ebaproportsionaalseks või mehhanismiks, millega ei ole järgitud turu minimaalse moonutamise põhimõtet.

77. Selles olukorras olen arvamusel, et see, kuidas Portugali Vabariik seaduses nr 35/2012 ette nähtud erakorralist makset rakendab, ei kujuta endast turu minimaalse moonutamise ja proportsionaalsuse põhimõtete rikkumist.

C. Diskrimineerimiskeelu põhimõte

1. Poolte argumendid

78. Komisjoni sõnul nõuab diskrimineerimiskeelu põhimõte, et arvesse võetakse ainult nende ettevõtjate käivet, kes olid netokulude tekkimise hetkel turul. Seadust nr 35/2012 kohaldatakse siiski kõikide ettevõtjate suhtes, kes olid aastatel 2013–2015 turul, st ettevõtjate suhtes, kes ei olnud turul aastatel 2007–2012. Nende ettevõtjate suhtes kehtib lisaks kohustus teha makseid oma tuludest, mida saadi majandusaastatel, mis ei ole samad, mil netokulud tekkisid, ja seega neid diskrimineeritakse.

79. Portugali Vabariik väidab kõigepealt, et komisjoni argument, et ainult ettevõtjad, kes olid turul kulude tekkimise hetkel, peaksid tegema makseid hüvitamisrahastusse selle aasta käibe põhjal, mil kulud tekkisid, viib selleni, et soodustatakse ettevõtjaid, kellel universaalteenuse kulusid ei lasu, ning tähendab universaalteenuse osutaja diskrimineerimist.

80. Seejärel väidab Portugali Vabariik, et kuigi turustruktuur oli 2013. ja 2007. aastal erinev, ei tähenda see sellepärast veel, et 2013. aastal turul olnud ettevõtjad ei olnud seal varem. Portugali Vabariik väidab, et mõistet „ettevõtja“ tuleks tõlgendada funktsionaalselt, mistõttu see tõlgendus võimaldaks ületada muudatused ettevõtjate sisemises struktuuris, kui nende vahel eksisteerib majandusüksus või majanduslik kontroll.

81. Lõpuks väidab Portugali Vabariik, et komisjoni argumentide puhul ei ole võetud arvesse asjaolu, et netokulude arvutamise kord on pikk ja keerukas menetlus, mis käivitub alles universaalteenuse osutaja nõudel, ning seega ei saa ajavahet, mis eraldab netokulude tekkimise perioodi nende hüvitamise perioodist, pidada märgiks diskrimineerimisest.

2. Hinnang

82. Komisjoni sõnul tuleneb väidetav diskrimineerimiskeelu põhimõtte rikkumine seaduse nr 35/2012 kohaldamisest ja niisuguste ettevõtjate erakorralisest maksest, kes ei olnud turul hetkel, kui tekkisid universaalteenuse kulud, mis hüvitamisele kuuluvad.

83. Meenutan, et Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt võib diskrimineerimine tuleneda üksnes erinevate reeglite kohaldamisest võrreldavatele olukordadele või sama reegli kohaldamisest erinevatele olukordadele.[19] Erakorralise makse kohaldamine äriühingute suhtes, kes ei olnud turul hetkel, mis hüvitamisele kuuluvad kulud tekkisid, võib seega teoreetiliselt tähendada diskrimineerimist.

84. Ma ei leia siiski, et käsitletaval juhul oleks see nii. Vastupidi komisjoni väitele olen arvamusel, et muutused, mis leidsid aset telekommunikatsiooniettevõtjate turul aastatel 2007–2012, ei tähendanud seda, et turule oleksid ilmunud *uued* äriühingud, keda võib pidada ettevõtjateks, keda ei olnud siis, kui tekkisid universaalteenuse kulud, mille hüvitamiseks on erakorraline makse mõeldud, ning seda järgmisel põhjustel.

85. Esiteks ilmneb nii Portugali Vabariigi kostja vastusest kui ka komisjoni kohtuistungil esitatud seisukohtadest, et telekommunikatsiooniettevõtjate turul aset leidnud ümberkorraldused seisnesid kontsernisisestes ja kontsernidevahelistes ümberkorraldustes. *Uued* äriühingud, keda komisjon silmas peab, tekkisid tegelikult turul juba tegutsevate äriühingute ühinemisel.

19 13. novembri 1984. aasta kohtuotsus Racke (283/83, EU:C:1984:344, punkt 7), 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus Bouygues ja Bouygues Télécom *vs.* komisjon (C-431/07 P, EU:C:2009:223, punkt 114) ning 19. novembri 2015. aasta kohtuotsus Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, punkt 30).

86. Nende ühinemiste tulemusena tekkinud äriühingud tagavad ühinenud äriühingute õiguste ja kohustuste õigusliku järjepidevuse. Nende ühinemistehingute käigus toimus ühinenud äriühingute vara, st kogu aktiva ja passiva üleminek. Üldisemalt kõneldes ei saa niisugune tehing kivistada ühineva äriühingu õigusi ja kohustusi selle hetke seisuga, mil ühinemine toimub, sest need õigused ja kohustused arenevad olenevalt nii majanduslikest kui ka õiguslikest asjaoludest.

87. Selles olukorras kerkib küsimus, kas üle läinud kohustuste hulgas on selle seaduses nr 35/2012 ette nähtud erakorralise makse tegemise kohustus, mida ühinenud äriühingud oleksid pidanud tasuma, kui ümberkorraldusi ei oleks olnud.

88. Olen arvamusel, et see on nii. Ükski põhjus ei õigusta seda, et kohustuste hulgast jäetakse välja kohustus panustada universaalteenuse kulude hüvitamisse. Niisugune väljajätmine tooks kaasa selle, et igasugune ümberkorraldustehing võimaldaks äriühingul vältida oma kohustust teha makse universaalteenuse osutamisega seotud kulude hüvitamise rahastusse ja nurjata seeläbi direktiivi 2002/22 kohaldamine. Niisugusel juhul toimiks ümberkorraldamine nagu universaalteenuse rahastamisse panustamise kohustuste kustutamise põhjus ja võib isegi toimuda selle eesmärgiga.

89. Seda arvestades ei saa telekommunikatsiooniettevõtjate turul aset leidnud ümberkorraldusi pidada ümberkorraldusteks, mis tõid kaasa selle, et turule tulid *uued* äriühingud, kes ei oleks pidanud tasuma erakorralist makset, kui neid ümberkorraldusi ei oleks toimunud, ning keda diskrimineeriti universaalteenuse rahastamisse panustamise kohustusega.

90. Teiseks ei piisa – vastupidi komisjoni väitele kohtuistungil – sellest, et aktsionärid muutusid või uued investorid omandasid osalusi, mis võimaldasid neil saada osaluse telekommunikatsiooniettevõtjate kapitalis, et pidada neid äriühinguid *uuteks* äriühinguteks turul. Ka siin tähendab niisugune lahendus, et igasugune muutus äriühingu kapitalis oleks äriühingute kohustuste kustutamise põhjus ning võimaldaks seega direktiivi 2002/22 kohaldamise nurjata.

91. Seda järeldust ei sea kahtluse alla komisjoni kohtuistungil esitatud argument, et igasugune investeerimisotsus rajaneb olukorral, milles äriühing oli investeeringu toimumise hetkel. Komisjon leiab selles küsimuses enne seadust nr 35/2012 tehtud investeeringute kohta, et investoritel ei olnud võimalik näha ette kohutust panustada universaalteenuse osutamise kulude rahastamisse ajavahemiku 2007–2012 osas. Esiteks märgin, et universaalteenuse kulude rahastamisse panustamise mehhanismi kehtestamise võimalus eksisteeris alates seaduse nr 5/2004 vastuvõtmisest ning ettevõtjatele ei saanud see seega teadmata olla. Teiseks ja igal juhul ei kujutaks see argument ka juhul, kui see oleks põhjendatud – mida see ei ole –, endast mitte kõnesolevate äriühingute diskrimineerimise keelu põhimõtte rikkumist, vaid investorite õiguspärase ootuse kaitse põhimõtte rikkumist, millele komisjon ei ole pealegi viidanud.

92. Seda arvestades olen arvamusel, et see, et Portugali Vabariik rakendas seadusega nr 35/2012 ette nähtud erakorralist makset, ei kujuta endast diskrimineerimiskeelu põhimõtte rikkumist.

V. Ettepanek

93. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku jätta käesolev hagi rahuldamata. Vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 138 lõikele 1 tuleb kohtukulud välja mõista Euroopa Komisjonilt.