Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MACIEJ SZPUNAR
vom 28. Mai 2020[1]

Rechtssache C-49/19

Europäische Kommission
gegen

Portugiesische Republik

„Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats – Richtlinie 2002/22/EG – Elektronische Kommunikation – Finanzierung der Universaldienstverpflichtungen – Aufteilungsverfahren – Grundsätze der Transparenz, der geringstmöglichen Marktverfälschung, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit“

I. Einleitung

1. Die Richtlinie 2002/22/EG[2] dient der „Schaffung eines harmonisierten Rechtsrahmens, der die Erbringung eines Universaldienstes gewährleistet, d. h. eines festgelegten Mindestangebots an Diensten für alle Endnutzer zu einem erschwinglichen Preis“[3], und spiegelt die Bedeutung des Zugangs für alle zu bestimmten wesentlichen Telekommunikationsdiensten wider. Die durch diese Richtlinie eingeführten Universaldienstverp ichtungen sollen so bestimmte negative Auswirkungen ausgleichen, die durch die Liberalisierung des Telekommunikationsmarkts in bestimmten geografischen Gebieten oder für bestimmte Personen in der Europäischen Union verursacht werden könnten, die sonst vom Zugang zu unverzichtbaren Diensten ausgeschlossen wären[4].

2. Um die Bereitstellung dieser unverzichtbaren Dienste zu gewährleisten, können die Mitgliedstaaten ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung des Universaldienstes betrauen. Diese Universaldienstverp ichtungen können jedoch von den hiermit betrauten Unternehmen unter bestimmten Umständen nur mit Verlust oder zu Nettokosten, die außerhalb der üblichen geschäftlichen Standards liegen, erfüllt werden[5]. In einem solchen Fall richten die Mitgliedstaaten Mechanismen zur Finanzierung dieser Kosten der Universaldienstverp ichtungen ein. Nach Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/22 haben sie zwei Möglichkeiten: die Verwendung öffentlicher Mittel zur Entschädigung des Universaldienstanbieters für die ihm entstehenden Kosten oder die Einführung eines Verfahrens zur Aufteilung der Nettokosten des Universaldienstes, zu dem die verschiedenen Telekommunikationsbetreiber beitragen. Die Portugiesische Republik hat sich für die zweite Lösung entschieden.

1 Originalsprache: Französisch.

2 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) (ABl. 2002, L 108, S. 51).

3 Urteil vom 19. Juni 2008, Kommission/Frankreich (C-220/07, nicht veröffentlicht, EU:C:2008:354 Rn. 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, Bd. 52, Nr. 3, S. 886.

5 18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/22. Vgl. auch Slautsky, E., a. a. O.

3. Der von der Portugiesischen Republik vorgesehene Aufteilungsmechanismus weist jedoch eine Besonderheit auf. Er sieht nämlich insbesondere die Einführung eines außerordentlichen Beitrags vor, um die vor der Einführung des Aufteilungsmechanismus entstandenen Kosten des Universaldienstes auszugleichen. Die Europäische Kommission stellt die Vereinbarkeit dieser Besonderheit mit Art. 13 Abs. 3 und Anhang IV Teil B der Richtlinie 2002/22 in Frage, da sie der Auffassung ist, dass der fragliche außerordentliche Beitrag nicht den in diesen Bestimmungen vorgesehenen Anforderungen an einen Aufteilungsmechanismus entspricht, nämlich den Grundsätzen der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit, der geringstmöglichen Marktverfälschung und der Nichtdiskriminierung.

4. Mit der vorliegenden Vertragsverletzungsklage ersucht die Kommission den Gerichtshof daher um Feststellung, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 13 Abs. 3 und aus Anhang IV Teil B der Richtlinie 2002/22 verstoßen hat, dass sie für die Zwecke der Aufteilung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen ab 2007 gemäß der Lei n.° 35/2012 do Fundo de Compensação do Serviço Universal (Gesetz Nr. 35/2012 über den Entschädigungsfonds für den Universaldienst) vom 23. August 2012[6] in der auf die vorliegende Rechtssache anwendbaren Fassung einen außerordentlichen Beitrag festgelegt hat.

5. Die vorliegende Rechtssache bietet dem Gerichtshof daher die Gelegenheit, den Umfang der Anforderungen zu klären, die durch einen Mechanismus zur Aufteilung der Nettokosten des Universaldienstes erfüllt werden müssen.

II. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

6. Die Erwägungsgründe 18 bis 21 und 23 der Richtlinie 2002/22 lauten:

„(18) Die Mitgliedstaaten sollten bei Bedarf Verfahren für die Finanzierung der Nettokosten von Universaldienstverpflichtungen in den Fällen einrichten, in denen nachgewiesen wird, dass die Verpflichtungen nur mit Verlust oder zu Nettokosten, die außerhalb der üblichen geschäftlichen Standards liegen, erfüllt werden können. Es ist wichtig sicherzustellen, dass die Nettokosten von Universaldienstverpflichtungen ordnungsgemäß berechnet werden und jede Finanzierung möglichst geringe verfälschende Auswirkungen auf den Markt und die Unternehmen hat und mit Artikel [107 und 108 AEUV] vereinbar ist.

(19) Bei jeder Berechnung der Nettokosten des Universaldienstes sollte den Kosten und Erträgen ebenso wie den immateriellen Vorteilen, die sich aus der Erbringung des Universaldienstes ergeben, angemessen Rechnung getragen werden, doch sollte das allgemeine Ziel kostenorientierter Preisstrukturen nicht beeinträchtigt werden. Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen sollten anhand transparenter Verfahren berechnet werden.

(20) Die Berücksichtigung des immateriellen Nutzens bedeutet, dass der finanzielle indirekte Nutzen geschätzt wird, den ein Unternehmen aus seiner Position als Erbringer eines Universaldienstes zieht, und bei der Ermittlung der Gesamtkostenbelastung von den direkten Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen abgezogen wird.

(21) Stellt eine Universaldienstverpflichtung eine unzumutbare Belastung für ein Unternehmen dar, so sollten die Mitgliedstaaten Mechanismen zur effektiven Anlastung der Nettokosten festlegen können. Deckung durch öffentliche Mittel ist ein mögliches Verfahren zur Anlastung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen. Vertretbar ist auch, dass festgestellte

6 *Diário da República*, Serie I, Nr. 163 vom 23. August 2012.

Nettokosten von allen Nutzern in transparenter Weise durch Abgaben auf die Unternehmen getragen werden. Die Mitgliedstaaten sollten in der Lage sein, die Nettokosten unterschiedlicher Bestandteile des Universaldienstes durch unterschiedliche Mechanismen zu finanzieren und/oder die Nettokosten einiger oder aller Bestandteile über jeden Mechanismus oder eine Kombination der Mechanismen zu finanzieren. Bei Kostenanlastung durch Abgaben auf die Unternehmen sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass das Aufteilungsverfahren auf objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien beruht und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Dieser Grundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, neue Anbieter, die noch keine nennenswerte Marktpräsenz erlangt haben, von dieser Regelung zu befreien. Bei dem Finanzierungsmechanismus sollte gewährleistet sein, dass die Marktteilnehmer nur zur Finanzierung der Universaldienstverpflichtungen beitragen, nicht aber zu anderen Tätigkeiten, die nicht unmittelbar mit der Erfüllung von Universaldienstverpflichtungen zusammenhängen. Bei den Anlastungsmechanismen sollten in allen Fällen die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, bei Aufteilungsmechanismen insbesondere die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Bei den Finanzierungsmechanismen sollte sichergestellt sein, dass Nutzer in einem Mitgliedstaat keinen Beitrag zu den Universaldienstkosten in einem anderen Mitgliedstaat leisten, z. B. bei Anrufen von einem Mitgliedstaat in einen anderen.

…

(23) Die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen können auf alle oder auf bestimmte Unternehmensgruppen aufgeteilt werden. Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass die Grundsätze der Transparenz, der geringstmöglichen Marktverfälschung, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit durch diesen Aufteilungsmechanismus nicht verletzt werden. Geringstmögliche Marktverfälschung bedeutet, dass die Beiträge so angelastet werden, dass die finanzielle Belastung der Endnutzer möglichst gering gehalten wird, beispielsweise durch eine möglichst breite Streuung der Beiträge.“

7. Art. 12 („Berechnung der Kosten der Universaldienstverpflichtungen“) der Richtlinie 2002/22 sieht vor:

„(1) Wenn nach Auffassung der nationalen Regulierungsbehörden die Bereitstellung des Universaldienstes gemäß den Artikeln 3 bis 10 möglicherweise eine unzumutbare Belastung für die Unternehmen darstellt, die zur Erbringung des Universaldienstes benannt sind, berechnen sie die Nettokosten für die Bereitstellung des Universaldienstes.

Zu diesem Zweck

a) berechnet die nationale Regulierungsbehörde die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung gemäß Anhang IV Teil A, wobei der den zur Bereitstellung des Universaldienstes benannten Unternehmen entstehende Marktvorteil berücksichtigt wird, oder

b) wendet die nationale Regulierungsbehörde die nach dem Benennungsverfahren gemäß Artikel 8 Absatz 2 ermittelten Nettokosten für die Bereitstellung des Universaldienstes an.

(2) Die zur Berechnung der Nettokosten von Universaldienstverpflichtungen nach Absatz 1 Buchstabe a) dienenden Konten und/oder weiteren Informationen sind von der nationalen Regulierungsbehörde oder einer von den jeweiligen Parteien unabhängigen und von der nationalen Regulierungsbehörde zugelassenen Behörde zu prüfen oder zu kontrollieren. Die Ergebnisse der Kostenberechnung und die Ergebnisse der Prüfung müssen der Öffentlichkeit zugänglich sein.“

8. Art. 13 („Finanzierung der Universaldienstverpflichtungen“) der Richtlinie 2002/22 bestimmt:

„(1) Wenn die nationalen Regulierungsbehörden auf der Grundlage der Berechnung der Nettokosten nach Artikel 12 feststellen, dass ein Unternehmen unzumutbar belastet wird, beschließen die Mitgliedstaaten auf Antrag eines benannten Unternehmens,

a) ein Verfahren einzuführen, mit dem das Unternehmen für die ermittelten Nettokosten unter transparenten Bedingungen aus öffentlichen Mitteln entschädigt wird, und/oder

b) die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen unter den Betreibern von elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten aufzuteilen.

(2) Wenn die Nettokosten gemäß Absatz 1 Buchstabe b) aufgeteilt werden, haben die Mitgliedstaaten ein Aufteilungsverfahren einzuführen, das von der nationalen Regulierungsbehörde oder einer Stelle verwaltet wird, die von den Begünstigten unabhängig ist und von der nationalen Regulierungsbehörde überwacht wird. Es dürfen nur die gemäß Artikel 12 ermittelten Nettokosten der in den Artikeln 3 bis 10 vorgesehenen Verpflichtungen finanziert werden.

(3) Bei einem Aufteilungsverfahren sind die Grundsätze der Transparenz, der geringstmöglichen Marktverfälschung, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit entsprechend den Grundsätzen des Anhangs IV Teil B einzuhalten. Es steht den Mitgliedstaaten frei, von Unternehmen, deren Inlandsumsatz unterhalb einer bestimmten Grenze liegt, keine Beiträge zu erheben.

(4) Die eventuell im Zusammenhang mit der Aufteilung der Kosten von Universaldienstverpflichtungen erhobenen Entgelte müssen ungebündelt sein und für jedes Unternehmen gesondert erfasst werden. Solche Entgelte dürfen Unternehmen, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats mit Kostenteilung keine Dienste erbringen, nicht auferlegt oder von ihnen erhoben werden.“

9. Art. 14 („Transparenz“) der Richtlinie 2002/22 lautet:

„(1) Wird ein Verfahren zur Aufteilung der Nettokosten von Universaldienstverpflichtungen gemäß Artikel 13 eingerichtet, stellen die nationalen Regulierungsbehörden sicher, dass die Grundsätze für die Kostenteilung und die Einzelheiten des angewendeten Verfahrens öffentlich zugänglich sind.

(2) Die nationalen Regulierungsbehörden sorgen vorbehaltlich der gemeinschaftlichen und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über das Geschäftsgeheimnis dafür, dass ein jährlicher Bericht veröffentlicht wird, in dem die berechneten Kosten der Universaldienstverpflichtungen angegeben sind und die Beiträge aller Unternehmen aufgeführt sowie alle etwaigen dem als Universaldienstbetreiber benannten Unternehmen entstehenden Marktvorteile dargelegt werden, soweit ein Fonds eingerichtet wurde und tätig ist.“

10. In Anhang IV Teil B der Richtlinie 2002/22 heißt es:

„Bei der Anlastung oder Finanzierung etwaiger Nettokosten von Universaldienstverpflichtungen ist ein Ausgleich für Dienste von benannten Unternehmen mit Universaldienstverpflichtungen zu leisten, die diese unter nichtkommerziellen Bedingungen erbringen. Da ein solcher Ausgleich Mittelübertragungen umfasst, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass diese auf objektive, transparente und nichtdiskriminierende Weise und unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit erfolgen. Dies bedeutet, dass die Übertragungen zur geringstmöglichen Verfälschung des Wettbewerbs und der Nutzernachfrage führen.

Im Einklang mit Artikel 13 Absatz 3 sollte eine Kostenteilungsregelung auf Fondsbasis ein transparentes und neutrales Verfahren für die Erhebung von Beiträgen verwenden, das die Gefahr einer doppelten Erhebung von Beiträgen sowohl auf Inputs als auch auf Outputs von Unternehmen vermeidet.

Die unabhängige Stelle, die den Fonds verwaltet, ist für den Einzug der Beiträge von Unternehmen verantwortlich, die zur Deckung der Nettokosten von Universaldienstverpflichtungen in dem betreffenden Mitgliedstaat als beitragspflichtig eingestuft wurden, und überwacht die Übertragung der fälligen Beträge und/oder administrativen Zahlungen an die Unternehmen, die einen Anspruch auf Zahlungen des Fonds haben."

B. Portugiesisches Recht

11. Die Lei n.° 5/2004 das Comunicações Eletrónicas (Gesetz Nr. 5/2004 über die elektronische Kommunikation) vom 10. Februar 2004[7], zuletzt geändert durch das Decreto-Lei n.° 92/2017 (gesetzesvertretende Verordnung Nr. 92/2017) vom 31. Juli 2017[8] (im Folgenden: Gesetz Nr. 5/2004), hob das Decreto-Lei n.° 458/99 (gesetzesvertretende Verordnung Nr. 458/99) vom 5. November 1999[9] auf und setzte die Richtlinie 2002/22 in die portugiesische Rechtsordnung um.

12. Art. 97 des Gesetzes Nr. 5/2004 bestimmt:

„(1) Werden Nettokosten für den Universaldienst festgestellt, die von der nationalen Regulierungsbehörde als unzumutbar angesehen werden, obliegt es der Regierung, auf Antrag der jeweiligen Erbringer einen angemessenen Ausgleich durch einen oder beide der folgenden zwei Mechanismen zu schaffen:

a) Entschädigung aus öffentlichen Mitteln;

b) Aufteilung der Kosten unter den anderen Unternehmen, die innerhalb des Hoheitsgebiets öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten.

(2) Kommt der in Abs. 1 Buchst. b vorgesehene Mechanismus zur Anwendung, so wird ein Entschädigungsfonds eingerichtet, an den Unternehmen, die öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten, Beiträge entrichten und der von der nationalen Regulierungsbehörde oder einer anderen von der Regierung benannten unabhängigen Stelle verwaltet wird, in diesem Fall unter der Aufsicht der nationalen Regulierungsbehörde steht.

(3) Die Kriterien für die Aufteilung der Nettokosten des Universaldienstes unter den beitragspflichtigen Unternehmen werden von der Regierung in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Transparenz, der geringstmöglichen Marktverfälschung, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit festgelegt.

…"

13. Das Gesetz Nr. 35/2012 richtete einen Entschädigungsfonds für den Universaldienst auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation ein, um die Kosten für die Erbringung des Universaldienstes zu finanzieren und deren Aufteilung unter den beitragspflichtigen Unternehmen zu gewährleisten.

7 *Diário da República*, Serie I, Nr. 34 vom 10. Februar 2004.

8 *Diário da República*, Serie I, Nr. 146 vom 31. Juli 2017.

9 *Diário da República*, Serie I, Nr. 258 vom 5. November 1999.

14. Art. 1 dieses Gesetzes definiert dessen Zweck und sieht die Schaffung des Entschädigungsfonds für den Universaldienst auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation im Sinne von Art. 97 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 5/2004 sowie die Festsetzung des Kriteriums für die Aufteilung der mit diesem Dienst verbundenen Nettokosten unter den beitragspflichtigen Unternehmen vor.

15. In Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 35/2012 heißt es: „Der Entschädigungsfonds beachtet bei seiner Tätigkeit die Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung, der geringstmöglichen Marktverfälschung und der Verhältnismäßigkeit."

16. Art. 6 dieses Gesetzes lautet:

„Der Entschädigungsfonds dient zur Finanzierung der im Rahmen der Ausschreibungen nach Art. 99 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 5/2004 …, geändert und neu veröffentlicht durch das Gesetz Nr. 51/2011 vom 13. September 2011, benannten und von der Autoridade Nacional de Comunicações [nationale Kommunikationsbehörde, im Folgenden: Anacom] nach Art. 95 Abs. 1 Buchst. b und Art. 97 dieses Gesetzes als unzumutbar angesehenen Nettokosten des Universaldienstes, sowie zur Finanzierung der Nettokosten des Universaldienstes im Sinne von Kapitel V."

17. Art. 17 („Finanzierung der Nettokosten im Zeitraum vor der Benennung durch Ausschreibung") dieses Gesetzes bestimmt:

„(1) Der durch dieses Gesetz eingerichtete Entschädigungsfonds tritt auch ein, um die bis zum Beginn der Bereitstellung des Universaldienstes durch den/die gemäß Art. 99 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 5/2004 …, geändert und neu veröffentlicht durch das Gesetz Nr. 51/2011 vom 13. September [2011], benannten Erbringer entstandenen Nettokosten des Universaldienstes auszugleichen, sofern

a) nach einer Prüfung Nettokosten festgestellt werden, die von [Anacom] gemäß Art. 95 Abs. 1 Buchst. a, Art. 95 Abs. 2 sowie den Art. 96 und 97 des Gesetzes Nr. 5/2004 …, geändert und neu veröffentlicht durch das Gesetz Nr. 51/2011 …, als überhöht angesehen werden, und

b) er Erbringer des Universaldienstes von der Regierung eine Entschädigung für die im vorstehenden Unterabsatz genannten Kosten verlangt.

(2) Der Betrag der im Zeitraum vor der Benennung durch Ausschreibung auszugleichenden Nettokosten entspricht dem von [Anacom] gemäß Buchst. a des vorstehenden Absatzes genehmigten Betrag."

18. Art. 18 Abs. 1 dieses Gesetzes lautet: „Unternehmen, die innerhalb des Hoheitsgebiets öffentlich zugängliche Kommunikationsnetze und/oder elektronische Kommunikationsdienste anbieten, sind verpflichtet, für jedes der Jahre 2013, 2014 und 2015 einen außerordentlichen Beitrag zum Entschädigungsfonds zu leisten, und zwar ausschließlich zur Finanzierung der im vorigen Artikel genannten Nettokosten, die in diesen Jahren jeweils von Anacom genehmigt wurden."

19. In Art. 18 Abs. 5 des Gesetzes Nr. 35/2012 heißt es: „Der in Abs. 1 genannte außerordentliche Beitrag entspricht 3 % des jährlichen berücksichtigungsfähigen Umsatzes jeder Einheit, vorbehaltlich der sich aus den folgenden Absätzen ergebenden Grenzen."

20. Art. 18 Abs. 6 dieses Gesetzes bestimmt: „Der von jeder Einheit zu entrichtende außerordentliche Beitrag darf niemals den Betrag übersteigen, der sich aus der in Art. 17 Abs. 2 vorgesehenen Aufteilung der Nettokosten unter den beitragspflichtigen Einheiten im Verhältnis zu ihrem berücksichtigungsfähigen Umsatz ergeben würde."

21. Nach Art. 20 dieses Gesetzes kann die Zahlung des außerordentlichen Beitrags für das jeweilige Jahr innerhalb eines maximalen Zeitraums von fünf Jahren erfolgen.

III. Vorgeschichte des Rechtsstreits

A. Sachverhalt

22. Mit dem Decreto-Lei n.° 31/2003 (gesetzesvertretende Verordnung Nr. 31/2003) vom 17. Februar 2003, durch das die Grundregeln für die Konzession für den öffentlichen Telekommunikationsdienst in Portugal geändert wurden, wurde PT Comunicações (im Folgenden: PTC) als Erbringer des Universaldienstes bis 2025 benannt.

23. Als Erbringer des Universaldienstes legte PTC wiederholt Schätzungen der Nettokosten des Universaldienstes vor und stellte Anträge auf Entschädigung für negative Erträge für die Jahre 1996 bis 1999, 2000, 2001, 2002 und 2003. Anacom wies diese verschiedenen Entschädigungsanträge jedoch zurück.

24. Nach der Verabschiedung des Gesetzes Nr. 5/2004 und einem von PTC im Juli 2007 gestellten Antrag erließ Anacom am 9. Juni 2011 nach einem Verfahren öffentlicher Konsultationen und vorheriger Anhörungen von Interessenten zwei Entscheidungen, in denen zum einen der Begriff „unzumutbare Belastung“ im Sinne von Art. 97 dieses Gesetzes und zum anderen die Methode zur Berechnung der Nettokosten des Universaldienstes festgelegt wurden.

25. Auf dieser Grundlage vertrat Anacom die Auffassung, dass die Erbringung des Universaldienstes durch PTC bis 2006 keine unzumutbare Belastung darstelle. Anacom beschloss außerdem, für die Zeit nach dem 1. Januar 2007 und bis zum Beginn der Erbringung des Universaldienstes durch den/die im Wege der Ausschreibung benannten Universaldienstanbieter die genehmigte Methode zur Berechnung der Nettokosten des Universaldienstes anzuwenden.

26. Daraufhin wurde das Gesetz Nr. 35/2012 verabschiedet, das die Schaffung des Entschädigungsfonds für den Universaldienst auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation ermöglichte und die Einführung eines außerordentlichen Beitrags zum Ausgleich der Nettokosten vorsah, die PTC vor der Benennung im Wege einer Ausschreibung entstanden waren.

27. Aufgrund der Entscheidungen von Anacom und des Gesetzes Nr. 35/2012 sowie nach Vorlage der entsprechenden Schätzungen durch PTC wurden die Nettokosten des Universaldienstes für den Zeitraum von 2007 bis 2009 überprüft, und am 19. September 2013 wurde der endgültige Betrag von Anacom genehmigt. Die Nettokosten für 2010 und 2011 wurden am 20. November 2014 genehmigt, während Anacom eine endgültige Entscheidung über die Ergebnisse der Prüfung betreffend die Nettokosten für die Jahre 2012 und 2013 im Jahr 2015 traf.

28. In der Folge benannte Anacom in drei weiteren Entscheidungen die Einheiten, die zum Entschädigungsfonds für den Universaldienst auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation beitragspflichtig waren, und legte die Höhe der außerordentlichen Beiträge im Zusammenhang mit den für die Zeiträume 2007 bis 2009, 2010 bis 2011 und 2012 bis 2013 auszugleichenden Nettokosten des Universaldienstes fest.

29. Somit sollten die außerordentlichen Beiträge für die Jahre 2013, 2014 und 2015 den endgültigen Betrag der Nettokosten für die Jahre 2007, 2008 und 2009 bzw. die Jahre 2010 und 2011 sowie die Jahre 2012 und 2013 ausgleichen.

30. Gleichzeitig führte die Portugiesische Republik drei Ausschreibungen durch, um den/die als Erbringer des Universaldienstes zu benennenden Betreiber auszuwählen, und neue Betreiber wurden als Erbringer des Universaldienstes für den Anschluss an ein öffentliches Kommunikationsnetz an einem festen Standort und für die Erbringung öffentlich zugänglicher Telefondienste ausgewählt. PTC wurde ausgewählt, um den Universaldienst für die Bereitstellung von Münz- und Kartentelefonen im

Hoheitsgebiet zu erbringen [10]. Die Verträge mit diesen Betreibern traten spätestens am 1. Juni 2014 in Kraft, dem Zeitpunkt, zu dem der vorherige Universaldienst-Konzessionsvertrag mit PTC außer Kraft trat.

B. Vorverfahren

31. Am 13. Dezember 2012 übermittelte die Kommission über das EU-Pilot-System ein Schreiben an die Portugiesische Republik, in dem sie von dieser Erläuterungen zur Vereinbarkeit des in Art. 18 des Gesetzes Nr. 35/2012 vorgesehenen Entschädigungsfonds für den Universaldienst mit Art. 13 und Anhang IV Teil B der Richtlinie 2002/22 erbat, insbesondere bezüglich der Entschädigung für die dem Universaldienstanbieter PTC in der Vergangenheit und in einem Zeitraum vor seiner im Wege einer Ausschreibung erfolgten Benennung als Universaldienstanbieter entstandenen Nettokosten.

32. Am 21. Februar 2013 antworteten die portugiesischen Behörden auf diese Bitte. Bei einem Treffen mit den Kommissionsdienststellen am 23. Oktober 2014 und später mit Schreiben vom 5. Dezember 2014 übermittelten sie zusätzliche Informationen.

33. Am 27. Februar 2015 richtete die Kommission ein Mahnschreiben an die Portugiesische Republik. In ihrer Antwort vom 29. April 2015 trugen die portugiesischen Behörden vor, die portugiesischen Rechtsvorschriften und deren Durchführung seien als mit den Anforderungen der Richtlinie 2002/22 und insbesondere mit den Grundsätzen der Transparenz, der geringstmöglichen Marktverfälschung, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit vereinbar zu betrachten.

34. Nach Prüfung dieser Antwort übermittelte die Kommission der Portugiesischen Republik mit Schreiben vom 29. April 2016 eine mit Gründen versehene Stellungnahme, in der sie diesen Mitgliedstaat aufforderte, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um dieser binnen zwei Monaten nach Erhalt nachzukommen.

35. Die portugiesischen Behörden antworteten auf die mit Gründen versehene Stellungnahme mit Schreiben vom 1. Juli 2016 und ergänzten diese Antwort nach einem Treffen mit den Kommissionsdienststellen am 7. September 2016 durch ein zweites Schreiben vom 14. Oktober 2016. Sie übermittelten der Kommission neue Informationen über die Anhörungen der Betreiber und die Streitfälle in dem betreffenden Bereich, Daten über die prozentuale Höhe des Beitrags im Verhältnis zum Umsatz der Betreiber und des Sektors, die im Jahr 2007 auf dem Markt vertretenen Betreiber im Verhältnis zur aktuellen Situation und den Stand der Zahlung des außerordentlichen Beitrags.

36. In den Monaten Januar und Juli 2017 fanden zwei weitere Treffen zwischen der Kommission und den portugiesischen Behörden statt. Während des letztgenannten Treffens wurden mehrere Lösungen diskutiert, um die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien auszuräumen. In der Folge verlangte die Kommission, ihr einen Lösungsvorschlag unter Angabe einer Frist für dessen Umsetzung zu unterbreiten. Mit zwei Schreiben vom 14. März 2017 und vom 12. September 2018 schlugen die portugiesischen Behörden zum einen die Abhaltung eines neuen Treffens vor und wiesen zum anderen darauf hin, dass sie es für zweckmäßig hielten, den Ausgang der von einigen Betreibern vor den nationalen Gerichten angestrengten Verfahren betreffend die Auslegung des fraglichen Gesetzes Nr. 35/2012 abzuwarten.

10 Resolução do Conselho de Ministros n.°66-A/2013 (Entschließung des Ministerrats Nr. 66-A/2013) vom 18. Juli 2013, *Diário da República*, Serie I, Nr. 202, Beilage 1, vom 18. Oktober 2013.

C. Verfahren vor dem Gerichtshof

37. Da die Kommission die Ansicht der Portugiesischen Republik nicht teilt, hat sie mit Klageschrift vom 25. Januar 2019 die vorliegende Klage erhoben.

38. In der mündlichen Verhandlung, die am 11. März 2020 stattgefunden hat, haben die portugiesische Regierung und die Kommission mündliche Erklärungen abgegeben.

IV. Würdigung

39. Mit ihrer Klage stellt die Kommission die Vereinbarkeit des in Art. 18 des Gesetzes Nr. 35/2012 vorgesehenen außerordentlichen Beitrags für die Aufteilung der Nettokosten der Universaldienstverp ichtungen mit Art. 13 und Anhang IV Teil B der Richtlinie 2002/22 in Abrede. Die Kommission macht insbesondere geltend, dieser Beitrag wahre nicht die in diesen Vorschriften enthaltenen Grundsätze der Transparenz, der geringstmöglichen Marktverfälschung, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit.

A. Grundsatz der Transparenz

1. Vorbringen der Parteien

40. Die Kommission trägt vor, der Grundsatz der Transparenz sei nicht beschränkt auf die Pflicht zur Veröffentlichung und Bereitstellung von Angaben zur Aufteilung der Nettokosten des Universaldienstes und gehe über die bloßen Anforderungen des Art. 14 der Richtlinie 2002/22 hinaus.

41. Nach Ansicht der Kommission ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass der Grundsatz der Transparenz auch andere Aspekte umfasst. Zum einen habe der Gerichtshof festgestellt, dass, damit ein Mechanismus zur Aufteilung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen dem Grundsatz der Transparenz entspreche, die zur Berechnung der Beiträge verwendeten Elemente „nach objektiven Kriterien unter Berücksichtigung vergleichbarer und damit transparenter Gesichtspunkte festgesetzt werden, damit diese Anbieter ihre Kosten und wahrscheinlichen Einkünfte errechnen können“[11]. Unter diesen Umständen seien die Anforderungen an Klarheit und Präzision ein integraler Bestandteil des Grundsatzes der Transparenz.

42. Zum anderen sei der Grundsatz der Transparenz mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit verbunden, zu dessen Gewährleistung er diene, so dass der erstgenannte Grundsatz impliziere, dass die Regeln für die Finanzierung des Universaldienstes, die finanzielle Auswirkungen auf die Unternehmen haben können, in ihren Auswirkungen klar, präzise und vorhersehbar sein müssten. Genauer gesagt verlange der Grundsatz der Transparenz insofern, als er im Licht des Grundsatzes der Rechtssicherheit zu verstehen sei, dass die Betroffenen den Umfang der ihnen auferlegten Verpflichtungen genau kennen müssten.

43. Die Portugiesische Republik wendet sich gegen die Auslegung des Grundsatzes der Transparenz durch die Kommission, die sie als maximalistisch und formalistisch betrachtet. Ihrer Ansicht nach ist der Grundsatz der Transparenz eine Garantie für die Einhaltung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten und bezieht sich somit auf die Objektivität der Kriterien und auf die Vergleichbarkeit der in die Berechnung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen einfließenden Elemente, wobei die Vorhersehbarkeit der Kosten eine Auswirkung dieser Elemente sei.

11 Urteil vom 6. Dezember 2001, Kommission/Frankreich (C-146/00, EU:C:2001:668, Rn. 48 und 49).

44. Darüber hinaus dürfe der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht mit dem Grundsatz der Transparenz verwechselt werden. Die von der Kommission vorgebrachten Argumente beträfen vor allem die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Die Argumente der Kommission liefen darauf hinaus, eine angebliche Rückwirkung des außerordentlichen Beitrags zu postulieren, was mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit unvereinbar sei.

45. Zum einen würde dies nach Ansicht der Portugiesischen Republik bedeuten, dass der Erbringer des Universaldienstes keinen Ausgleich für die bereits angefallenen, überprüften und von Anacom genehmigten Nettokosten erhalten könnte, obwohl die Deckung dieser Kosten in der nationalen Gesetzgebung vorgesehen sei. Zweitens müsse zwischen unechter und echter Rückwirkung einer Bestimmung unterschieden werden. Im vorliegenden Fall entfalte das Gesetz Nr. 35/2012 nur unechte Rückwirkung, da es seine Wirkung in Abhängigkeit vom Jahr der Begleichung der Nettokosten des Universaldienstes entfalte, d. h. einem Zeitraum nach seinem Inkrafttreten. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs sei jedoch äußerst restriktiv, wenn es darum gehe, die Erwartungen von Einzelpersonen in Fällen von unechter Rückwirkung zu schützen [12], so dass die Betreiber keine berechtigten Erwartungen betreffend die Art und Weise haben könnten, wie die Nettokosten des Universaldienstes finanziert würden.

2. Beurteilung

46. Die Kommission trägt vor, der Grundsatz der Transparenz sei im Licht des Grundsatzes der Rechtssicherheit zu lesen, was impliziere, dass der erstgenannte Grundsatz neben einer Verpflichtung zur Veröffentlichung und Bereitstellung von Elementen im Zusammenhang mit der Berechnung und Aufteilung der Nettokosten des Universaldienstes auch Anforderungen an Klarheit, Genauigkeit und Vorhersehbarkeit umfasse. So verstanden, würde der Grundsatz der Transparenz nicht eingehalten, wenn die Betreiber, die zur Finanzierung der Kosten des Universaldienstes beitragen müssten, vor der effektiven Einführung des außerordentlichen Beitrags durch das Gesetz Nr. 35/2012 den Umfang ihrer Verpflichtungen nicht hätten vorhersehen können.

47. Der von der Portugiesischen Republik eingeführte Mechanismus verstoße mit anderen Worten gegen den Grundsatz der Transparenz, da die Betreiber vor seiner Durchführung den Umfang ihrer sich aus diesem Mechanismus ergebenden Verpflichtungen nicht vorhersehen könnten.

48. Eine solche Lösung würde bedeuten, dass der Grundsatz der Transparenz nur dann eingehalten würde, wenn die Betreiber bereits vor der Einführung des Kostenteilungsmechanismus für Universaldienstverpflichtungen über den Umfang der sich aus diesem noch nicht eingeführten Mechanismus ergebenden Verpflichtungen informiert wären. Dies kann jedoch niemals der Fall sein.

49. Der Grundsatz der Transparenz gemäß Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/22 soll in der Tat erst ab dem Zeitpunkt gelten, zu dem der Kostenteilungsmechanismus für den Universaldienst existiert. Die fehlende Transparenz eines noch nicht eingeführten Mechanismus kann daher nicht festgestellt werden.

50. In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, ob die Kosten, die durch den Mechanismus ausgeglichen werden sollen, bereits vor der Einführung des Mechanismus angefallen sind, vorausgesetzt, dass der eingeführte außerordentliche Beitrag nach seiner Einführung dem Grundsatz der Transparenz entspricht. Das ist meiner Meinung nach hier der Fall.

12 Urteil vom 29. Juni 1999, Butterfly Music (C-60/98, EU:C:1999:333, Rn. 25).

51. Der in Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/22 angeführte Grundsatz der Transparenz ist zwar nicht klar definiert, wird aber in Art. 14 dieser Richtlinie präzisiert. So impliziert der Grundsatz der Transparenz, dass die Regeln für die Aufteilung der mit dem Universaldienst verbundenen Kosten und die Einzelheiten eines Mechanismus zur Aufteilung dieser Kosten öffentlich zugänglich sind. Darüber hinaus ist vorgesehen, dass in dem Fall, in dem ein Kostenteilungsmechanismus eingerichtet wurde und tätig ist, ein Jahresbericht veröffentlicht werden muss, in dem die Kosten der Universaldienstverpflichtungen, die Beiträge der betreffenden Betreiber und die Marktvorteile für den Universaldienstanbieter angegeben werden. Unter diesen Umständen umfasst der Grundsatz der Transparenz im Wesentlichen die Verpflichtung, Elemente im Zusammenhang mit der Einführung und dem Betrieb des Kostenteilungsmechanismus für den Universaldienst zu veröffentlichen und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

52. Der Gerichtshof stellte im Übrigen klar, dass diese Verpflichtung, Informationen über die Modalitäten der Durchführung eines Kostenteilungsmechanismus für den Universaldienst zu veröffentlichen und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, erforderlich sei, „damit [die Betreiber, die zu diesem Mechanismus beitragen,] ihre [wahrscheinlichen] Kosten und Einkünfte errechnen können“ [13].

53. In diesem Zusammenhang muss ich klarstellen, dass eine solche Verpflichtung indessen nicht verlangen darf, dass die beitragspflichtigen Betreiber in der Lage sein müssen, die Höhe ihres Beitrags mit Sicherheit und Präzision vorherzusagen. Da nämlich die genaue Höhe der Nettokosten des Universaldienstes vor ihrer Berechnung durch die Regulierungsbehörde nicht bekannt sein kann, ist auch die genaue Höhe des Beitrags nicht exakt vorhersehbar. Es reicht daher aus, wenn die Betreiber über die Modalitäten der Funktionsweise des Mechanismus zur Aufteilung der Nettokosten des Universaldienstes informiert sind, damit der Grundsatz der Transparenz eingehalten wird. Allein die Kenntnis dieser Einzelheiten ermöglicht es ihnen nämlich, auf vernünftige und wahrscheinliche, wenn auch nicht sichere Weise den Umfang des Beitrags zu bestimmen, den sie zu entrichten haben werden.

54. Ich stelle jedoch fest, dass das Gesetz Nr. 35/2012 nicht nur die Einführung des außerordentlichen Beitrags vorsieht, sondern auch die Modalitäten seiner Durchführung im Einzelnen aufführt. Es legt somit die Bedingungen, unter denen er zur Anwendung gelangt [14], die Geschäftsjahre, in denen er gezahlt werden soll [15], die Kosten, die er ausgleichen soll, sowie seinen Höchstbetrag [16] fest. Darüber hinaus legt dieses Gesetz die genaue Aufgabe von Anacom bei der Bestimmung der Beitragszahler und der Höhe der außerordentlichen Beiträge sowie die Zahlungsmodalitäten fest, an die sich die Betreiber halten müssen [17].

55. Daher bin ich der Ansicht, dass der von der Portugiesischen Republik mit dem Gesetz Nr. 35/2012 eingeführte außerordentliche Beitrag mit dem Grundsatz der Transparenz in Einklang steht, da dieser Mitgliedstaat die Grundsätze der Aufteilung der Kosten des Universaldienstes und die notwendigen Einzelheiten zur Funktionsweise des Zuweisungsmechanismus veröffentlicht. Darüber hinaus

13 Urteil vom 6. Dezember 2001, Kommission/Frankreich (C-146/00, EU:C:2001:668, Rn. 48 und 49). Zwar erfolgte diese Klarstellung im Hinblick auf die Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) (ABl. 1997, L 199, S. 32), aufgehoben durch die Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. 2002, L 108, S. 33), bleibt jedoch meines Erachtens auch von Bedeutung für den Universaldienst, wie er in der Richtlinie 2002/22 geregelt ist.

14 Art. 17 des Gesetzes Nr. 35/2012.

15 Art. 18 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 35/2012.

16 Art. 18 Abs. 5 und 6 des Gesetzes Nr. 35/2012.

17 Art. 20 und Art. 21 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 35/2012.

ermöglichen es diese Elemente den beitragspflichtigen Betreibern zweifellos, unmittelbar nach der Einführung des Aufteilungsmechanismus im Jahr 2012 den Umfang ihrer Verpflichtungen zu bestimmen, die sich aus dem außerordentlichen Beitrag ergeben, den sie für die Jahre 2013, 2014 und 2015 zu entrichten haben.

56. Folglich kann die Anwendung des durch das Gesetz Nr. 35/2012 vorgesehenen außerordentlichen Beitrags durch die Portugiesische Republik keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Transparenz darstellen.

B. Zu den Grundsätzen der geringstmöglichen Marktverfälschung und der Verhältnismäßigkeit

1. Vorbringen der Parteien

57. Nach Ansicht der Kommission kann der im Gesetz Nr. 35/2012 vorgesehene Entschädigungsmechanismus nicht als mit dem Grundsatz der geringstmöglichen Marktverfälschung vereinbar angesehen werden. Erstens sei es für die Betreiber unmöglich, diese Kosten vorherzusehen oder sie bei ihrer Tätigkeit für die Jahre, für die diese Kosten geltend gemacht würden, zu berücksichtigen. Zweitens seien die zu finanzierenden Beträge insofern erheblich, als der außerordentliche Beitrag 3 % des berücksichtigungsfähigen Umsatzes jedes Betreibers für jedes der fraglichen Jahre ausmache und zu dem normalerweise für die Finanzierung der Nettokosten des Universaldienstes, die den benannten Betreibern im Ausschreibungsverfahren entstünden, fälligen Beitrag hinzukomme. Drittens stelle der außerordentliche Beitrag eine größere Belastung dar als normalerweise zu erwarten sei, wenn der jährliche Beitrag die Nettokosten für die Bereitstellung des Universaldienstes im gleichen Zeitraum berücksichtige, da die Auswirkungen auf den Umsatz erheblich verringert würden und es den Betreibern ermöglichten, die finanzielle Belastung über einen längeren Zeitraum zu verteilen.

58. Was den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit betrifft, wird dieser nach Auffassung der Kommission nicht eingehalten, da die Betreiber verpflichtet seien, zum Ausgleich der Nettokosten der im Rahmen der Ausschreibung benannten Unternehmen beizutragen und gleichzeitig den außerordentlichen Beitrag zu zahlen. Dies führe zu einer „doppelten Beitragspflicht“ oder zumindest zu einer Erhöhung der finanziellen Belastung der Betreiber. Darüber hinaus hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben, dass die Höhe des außerordentlichen Beitrags insbesondere im Vergleich mit der Höhe des Beitrags für denselben Zeitraum in Spanien erheblich sei.

59. Was den Grundsatz der geringstmöglichen Marktverfälschung, angeht, macht die Portugiesische Republik geltend, dieser im 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/22 angesprochene Grundsatz beziehe sich vor allem auf die Art und Weise, in der die von den Universaldienstanbietern getragene Belastung verteilt werde, um die finanziellen Auswirkungen für die Endnutzer so gering wie möglich zu halten. Die Kommission habe jedoch nichts vorgetragen, was darauf schließen lasse, dass die finanziellen Auswirkungen auf die Endnutzer nicht so gering wie möglich gehalten worden seien. Darüber hinaus falle die von der Kommission angeführte angebliche Unvorhersehbarkeit der Kosten für die Betreiber nicht in den Anwendungsbereich des Grundsatzes der geringstmöglichen Marktverfälschung.

60. Im Übrigen seien die Beträge, die durch den außerordentlichen Beitrag finanziert werden sollten, nicht erheblich. Der Schwellenwert von 3 % des Umsatzes stelle die Obergrenze des Gesamtbetrags der Beiträge dar, wobei dieser Betrag auch noch anderen Grenzen unterliege. Insbesondere entspreche der Betrag der auszugleichenden Nettokosten in jedem Fall dem Betrag, der von Anacom genehmigt werden müsse. Darüber hinaus werde der außerordentliche Beitrag, mit dem die dem Universaldienstanbieter entstandenen Nettokosten erstattet werden sollten, über vier Jahre verteilt, und der jedem Jahr entsprechende Wert könne über einen Zeitraum von fünf Jahren gezahlt werden.

61. Was den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angeht, trägt die Portugiesische Republik vor, dieser werde in vollem Umfang gewahrt, da dieser außerordentliche Beitrag zum einen darauf abziele, die Eingriffe in den Sektor so gering wie möglich zu halten, wobei die Entschädigungszahlungen möglichst breit gestreut würden, und er zum anderen in einem ausgewogenen Kosten-Nutzen-Verhältnis im Hinblick auf das verfolgte Ziel bestehe, da er ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels des notwendigen Ausgleichs der Nettokosten des Universaldienstes darstelle. Zu dem in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Argument der Kommission, dass die Beträge desselben Beitrags erheblich seien, merkt die Portugiesische Republik an, die Kommission könne diese Beträge nicht in Frage stellen, ohne die von Anacom angewandte Methode zur Berechnung der Nettokosten in Frage zu stellen.

2. Beurteilung

62. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das von der Kommission vorgebrachte Argument, die Betreiber seien nicht in der Lage gewesen, die auszugleichenden Nettokosten vorherzusehen, meines Erachtens für die Feststellung, ob der von der Portugiesischen Republik eingeführte Mechanismus mit dem Grundsatz der geringstmöglichen Marktverfälschung in Einklang steht, nicht relevant ist.

63. Dieser Grundsatz wird nämlich im 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/22 erläutert, in dem es heißt: „Geringstmögliche Marktverfälschung bedeutet, dass die Beiträge so angelastet werden, dass die finanzielle Belastung der Endnutzer möglichst gering gehalten wird, beispielsweise durch eine möglichst breite Streuung der Beiträge." Es ist daher unerheblich, ob die Betreiber in der Lage waren, den außerordentlichen Beitrag im Rahmen ihrer Tätigkeit zu berücksichtigen, wenn es darum geht, die Auswirkungen der finanziellen Belastung der Endnutzer durch diesen Beitrag zu ermitteln.

64. Die Kommission bringt noch weitere Argumente vor, die sich erstens auf die Höhe der fraglichen Beträge und zweitens auf die Existenz einer „doppelten Beitragspflicht" beziehen, da die Betreiber ab 2013 sowohl zur Finanzierung der Kosten im Zusammenhang mit dem Universaldienst für die Zeit nach der Ausschreibung als auch zur Zahlung des außerordentlichen Beitrags für die Kosten, die der PTC vor der Ausschreibung entstanden seien, verpflichtet seien. Diese Elemente würden erstens einen Verstoß gegen den Grundsatz der geringstmöglichen Marktverfälschung und zweitens einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit belegen.

65. Obwohl mir diese Argumente gewiss relevanter erscheinen als das Argument betreffend die Vorhersehbarkeit der Kosten, glaube ich nicht, dass sie ausreichen, um nachzuweisen, dass sowohl gegen den Grundsatz der geringstmöglichen Marktverfälschung als auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen wurde.

66. Was die Höhe der außerordentlichen Beiträge anbelangt, so sieht Art. 18 Abs. 5 des Gesetzes Nr. 35/2012 vor, dass sie 3 % des berücksichtigungsfähigen Jahresumsatzes jeder beitragspflichtigen Einheit ausmachen. Art. 18 Abs. 6 dieses Gesetzes sieht jedoch auch vor, dass die Höhe dieses von jedem Unternehmen zu zahlenden Beitrags niemals den Wert übersteigen darf, der sich aus der Aufteilung der dem Universaldienstanbieter entstandenen und von Anacom als überhöht erachteten Nettokosten ergeben würde.

67. Die Höhe des außerordentlichen Beitrags kann zwar bis zu 3 % des berücksichtigungsfähigen Jahresumsatzes der beitragspflichtigen Unternehmen betragen, muss jedoch immer der von Anacom genehmigten Höhe der dem Universaldienstanbieter entstandenen Nettokosten entsprechen.

68. Nun ist festzustellen, dass die Kommission weder die von Anacom verwendete Methode zur Berechnung der Nettokosten noch das Ergebnis, zu dem diese in den Entscheidungen betreffend die Jahre 2012, 2013 und 2014 gelangt ist, in Zweifel zieht. Die Kommission stellt somit die Höhe der Nettokosten, die der außerordentliche Beitrag ausgleichen soll und denen er genau entsprechen muss, nicht in Frage.

69. Der bloße Umstand, dass die Höhe dieses Beitrags erheblich ist, erlaubt also nicht den Nachweis, dass dieser als solcher unverhältnismäßig ist oder nicht mit dem Grundsatz der geringstmöglichen Marktverfälschung in Einklang steht. Da dieser Beitrag genau der Höhe der dem Universaldienstanbieter entstandenen Nettokosten entspricht, deren Berechnung von der Kommission nicht in Frage gestellt wird, ist er meines Erachtens sowohl auf das beschränkt, was notwendig ist, um das Ziel des Ausgleichs der mit dem Universaldienst verbundenen Kosten zu erreichen, als auch geeignet, um die Auswirkungen der finanziellen Belastung zu minimieren.

70. Was das Vorliegen einer auf den Betreibern lastenden doppelten Beitragspflicht anbelangt, die sowohl zur Finanzierung der Kosten im Anschluss an die Ausschreibung als auch zur Finanzierung der PTC in ihrer Zeit als einziger Universaldienstanbieter entstandenen Kosten beitragen mussten, so bringt dies, wie die Kommission feststellt, eine Erhöhung der finanziellen Belastung der Betreiber mit sich. Eine solche Erhöhung ergebe sich auch daraus, dass die Betreiber verpflichtet seien, die Nettokosten mehrerer Jahre in einem einzigen Jahr auszugleichen [18].

71. Meines Erachtens kann ein solcher Umstand allein jedoch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der geringstmöglichen Marktverfälschung oder gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darstellen. Zunächst einmal bedeutet ein zum Ausgleich der dem Universaldienstanbieter entstandenen Kosten bestimmter Beitrag für die beitragspflichtigen Betreiber jedenfalls eine größere finanzielle Belastung als ohne einen solchen Ausgleich. Da eine solche Erhöhung der finanziellen Belastung der beitragspflichtigen Betreiber dem Mechanismus zum Ausgleich der Kosten für die Erbringung des Universaldienstes selbst innewohnt, halte ich dies allein nicht für ausreichend, um die Grundsätze der geringstmöglichen Marktverfälschung und der Verhältnismäßigkeit der Verletzung zu belegen.

72. Sodann ist, da die Höhe des außerordentlichen Beitrags genau der Höhe der dem Universaldienstanbieter entstandenen Kosten entspricht, festzustellen, dass diese Höhe auf das zur Erreichung des Ziels des Ausgleichs der Nettokosten des Universaldienstes unbedingt erforderliche Maß beschränkt ist. Unter diesen Umständen kann meines Erachtens nicht angenommen werden, dass dieser Beitrag eine unverhältnismäßige finanzielle Belastung für die ihm unterliegenden Betreiber darstellt, selbst wenn sich dieser Beitrag auf mehrere Geschäftsjahre bezieht oder eine doppelte Beitragspflicht beinhaltet.

73. Darüber hinaus stehen den dem außerordentlichen Beitrag unterliegenden Betreibern, wie die Portugiesische Republik ausführt, Erleichterungen für die Zahlung dieses Beitrags zur Verfügung. Im Einzelnen ergibt sich aus Art. 20 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 35/2012, dass die Zahlung dieses Beitrags für jedes einzelne Jahr über einen Zeitraum von fünf Jahren verteilt werden kann. Dies erlaubt es den Betreibern somit, die finanzielle Belastung, die sie für die Zahlung des genannten Beitrags zu tragen haben, zu modulieren, um dessen Auswirkungen so weit wie möglich zu reduzieren. Diese Regelung kann meines Erachtens einerseits eine möglichst geringe Überwälzung der anfallenden finanziellen Belastung auf die Endnutzer und andererseits – und allgemeiner gesehen – die Verhältnismäßigkeit des Beitrags selbst gewährleisten.

18 Vgl. oben, Nr. 29.

74. Schließlich ergibt sich, wie die Portugiesische Republik vorbringt, die Minimierung der Auswirkungen der finanziellen Belastung der Endnutzer und die Verhältnismäßigkeit des außerordentlichen Beitrags auch aus der Tatsache, dass zur Zahlung dieses Beitrags alle Betreiber verpflichtet sind, deren Umsatz mehr als 1 % des Jahresumsatzes des Sektors ausmacht, einschließlich des Universaldienstanbieters. Die Aufteilung dieses Beitrags unter den Betreibern scheint daher so umfassend wie möglich zu sein und die Auswirkungen auf die Endnutzer zu minimieren.

75. In jedem Fall würde der Standpunkt der Kommission bedeuten, dass ein Mechanismus zur Aufteilung der Kosten des Universaldienstes nur insoweit umgesetzt werden könnte, als die Beiträge der Betreiber auf der Grundlage der Kosten berechnet würden, die dem Anbieter des Universaldienstes in einem einzigen Jahr entstehen.

76. Ich muss jedoch darauf hinweisen, dass nichts im Wortlaut der Richtlinie 2002/22 die Mitgliedstaaten verpflichtet, sich für eine Entschädigung auf jährlicher Basis zu entscheiden. Aus dem Schweigen des Unionsgesetzgebers lassen sich jedoch keine genauen Modalitäten für die Durchführung der Mechanismen zur Entschädigung für die Kosten des Universaldienstes ableiten. Da der Unionsgesetzgeber nicht die Absicht hatte, solche Bedingungen vorzuschreiben, glaube ich nicht, dass ein Mechanismus zur Entschädigung für die Kosten des Universaldienstes allein aus dem Grund, dass er nicht auf jährlicher Basis funktioniert, als unverhältnismäßig oder als nicht mit dem Grundsatz der geringstmöglichen Marktverfälschung vereinbar angesehen werden kann.

77. Die Anwendung des durch das Gesetz Nr. 35/2012 vorgesehenen außerordentlichen Beitrags stellt daher meines Erachtens keinen Verstoß gegen die Grundsätze der geringstmöglichen Marktverfälschung und der Verhältnismäßigkeit dar.

C. Zum Grundsatz der Nichtdiskriminierung

1. Vorbringen der Parteien

78. Nach Ansicht der Kommission verlangt der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, dass nur der Umsatz der Betreiber berücksichtigt werden darf, die zum Zeitpunkt des Entstehens der Nettokosten auf dem Markt präsent waren. Das Gesetz Nr. 35/2012 gelte jedoch für alle Betreiber, die zwischen den Jahren 2013 und 2015 auf dem Markt präsent gewesen seien, d. h. auch für Betreiber, die zwischen den Jahren 2007 und 2012 nicht auf dem Markt präsent gewesen seien. Diese Betreiber unterlägen darüber hinaus der Verpflichtung, durch ihre Einkünfte aus anderen Geschäftsjahren als denen, in denen die Nettokosten angefallen seien, Beiträge zu leisten, und würden daher diskriminiert.

79. Die Portugiesische Republik macht zunächst geltend, das Argument der Kommission, dass nur die zum Zeitpunkt des Entstehens der Kosten auf dem Markt präsenten Betreiber auf der Grundlage des Umsatzes des Jahres, in dem die Kosten entstanden seien, in den Entschädigungsfonds einzahlen müssten, führe dazu, dass den Betreibern, denen die Kosten des Universaldienstes nicht auferlegt würden, ein Vorteil gewährt werde, und impliziere eine Diskriminierung des Universaldienstanbieters.

80. Ferner bedeute es, wenn die Struktur des Marktes in den Jahren 2013 und 2007 anders gewesen sei, nicht, dass die im Jahr 2013 auf dem Markt präsenten Betreiber nicht schon vorher präsent gewesen seien. In diesem Zusammenhang macht die Portugiesische Republik geltend, der Begriff „Unternehmen“ müsse funktionell ausgelegt werden, um Änderungen in der internen Struktur der Wirtschaftsteilnehmer unberücksichtigt zu lassen, wenn zwischen ihnen eine wirtschaftliche Einheit oder eine wirtschaftliche Kontrolle bestehe.

81. Schließlich berücksichtige das Vorbringen der Kommission nicht, dass die Modalitäten der Berechnung der Nettokosten ein langwieriges und komplexes Verfahren darstellten, das nur auf Antrag des Universaldienstanbieters eingeleitet werde, so dass eine zeitliche Verzögerung zwischen dem Zeitraum, in dem die Nettokosten entstanden seien, und dem Zeitraum, in dem sie ausgeglichen werden müssten, kein Zeichen von Diskriminierung sein könne.

2. Beurteilung

82. Nach Ansicht der Kommission ergibt sich die angebliche Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aus der Anwendung des Gesetzes Nr. 35/2012 und aus dem außerordentlichen Beitrag der Unternehmen, die zum Zeitpunkt der Entstehung der Kosten des Universaldienstes, die Gegenstand einer Entschädigung sind, nicht auf dem Markt präsent waren.

83. Ich möchte darauf hinweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Diskriminierung nur darin bestehen kann, dass unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder dass dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird [19]. Die Anwendung des außerordentlichen Beitrags auf Unternehmen, die zum Zeitpunkt des Entstehens der durch die Entschädigung gedeckten Kosten nicht auf dem Markt präsent waren, könnte daher theoretisch eine Diskriminierung darstellen.

84. Allerdings glaube ich nicht, dass dies hier der Fall ist. Im Gegensatz zum Vorbringen der Kommission bin ich der Meinung, dass die zwischen 2007 und 2012 auf dem Markt der Telekommunikationsbetreiber eingetretenen Veränderungen nicht das Auftreten *neuer* Unternehmen auf dem Markt zur Folge hatten, die als zum Zeitpunkt der Entstehung der Kosten des Universaldienstes, die Gegenstand des außerordentlichen Beitrags sind, nicht präsent betrachtet werden könnten, und zwar aus folgenden Gründen.

85. Erstens geht sowohl aus der Klagebeantwortung der Portugiesischen Republik als auch aus den Erklärungen der Kommission in der mündlichen Verhandlung hervor, dass die auf dem Markt der Telekommunikationsbetreiber eingetretene Umstrukturierung aus einer gruppeninternen und einer gruppenübergreifenden Umstrukturierung bestand. Die *neuen* Unternehmen, auf die sich die Kommission bezieht, sind offensichtlich in Wirklichkeit durch Fusionen zwischen bereits auf diesem Markt tätigen Unternehmen entstanden.

86. Die aus diesen Fusionen hervorgegangenen Unternehmen gewährleisten die rechtliche Kontinuität der Rechte und Pflichten der fusionierten Unternehmen. Bei diesen Fusionen wird nämlich das Vermögen der letztgenannten Gesellschaften, d. h. ihre gesamten Aktiva und Passiva, übertragen. Allgemeiner ausgedrückt kann ein solcher Vorgang die Rechte und Pflichten des fusionierten Unternehmens zum Zeitpunkt der Fusion nicht einfrieren, da diese Rechte und Pflichten sich je nach den wirtschaftlichen und rechtlichen Umständen ändern können.

87. In diesem Zusammenhang stellt sich nur die Frage, ob zu den übertragenen Verbindlichkeiten die im Gesetz Nr. 35/2012 vorgesehene Verpflichtung zur Entrichtung eines außerordentlichen Beitrags gehört, die den von diesen Fusionen betroffenen Unternehmen ohne die Umstrukturierung oblegen hätte.

88. Dies ist meiner Meinung nach der Fall. In der Tat gibt es keinen Grund, die Verpflichtung, einen Beitrag zum Ausgleich der Kosten für den Universaldienst zu leisten, von den Verbindlichkeiten auszuschließen. Ein solcher Ausschluss hätte zur Folge, dass jede Umstrukturierung es einem Unternehmen ermöglichen würde, sich seiner Verpflichtung, den Beitrag zum Entschädigungsfonds

19 Urteile vom 13. November 1984, Racke (283/83, EU:C:1984:344, Rn. 7), vom 2. April 2009, Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission (C-431/07 P, EU:C:2009:223, Rn. 114), sowie vom 19. November 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, Rn. 30).

für die durch den Universaldienst entstandenen Kosten zu entrichten, zu entziehen und somit die Anwendung der Richtlinie 2002/22 zu vereiteln. In diesem Fall würde eine Umstrukturierung einen Grund für das Erlöschen der Verpflichtungen zur Beteiligung an der Finanzierung des Universaldienstes darstellen und könnte sogar allein zu diesem Zweck erfolgen.

89. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die auf dem Markt der Telekommunikationsbetreiber erfolgten Umstrukturierungen dazu geführt haben, dass *neue* Unternehmen auf dem Markt erschienen sind, die ohne diese Umstrukturierungen nicht zur Entrichtung des außerordentlichen Beitrags verpflichtet gewesen wären und die aufgrund der Verpflichtung, zur Finanzierung des Universaldienstes beizutragen, diskriminiert worden wären.

90. Zweitens können im Gegensatz zu dem, was die Kommission in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, Änderungen in der Aktionärsstruktur oder der Erwerb von Beteiligungen durch neue Investoren, die es diesen ermöglichen, Anteile am Kapital von Telekommunikationsbetreibern zu erwerben, nicht ausreichen, um solche Unternehmen als *neu* auf dem Markt zu betrachten. Auch hier würde eine solche Lösung bedeuten, dass jede Änderung des Kapitals einer Gesellschaft ein Grund für das Erlöschen der Verpflichtungen der Gesellschaften wäre und damit die Anwendung der Richtlinie 2002/22 vereitelte.

91. Diese Schlussfolgerung kann nicht durch das Vorbringen der Kommission in der mündlichen Verhandlung in Frage gestellt werden, dass jede Investitionsentscheidung auf der Situation des Unternehmens zum Zeitpunkt der Investition beruhe. In diesem Zusammenhang ist die Kommission in Bezug auf vor dem Gesetz Nr. 35/2012 erfolgte Investitionen der Ansicht, dass es den Investoren nicht möglich gewesen sei, eine Verpflichtung zur Beteiligung an der Finanzierung der Kosten des Universaldienstes für den Zeitraum 2007 bis 2012 vorherzusehen. Zum einen stelle ich hierzu fest, dass die Möglichkeit eines Mechanismus für eine Beteiligung an der Finanzierung der Kosten des Universaldienstes seit der Verabschiedung des Gesetzes Nr. 5/2004 bestand und daher von den Betreibern nicht ignoriert werden konnte. Zum anderen würde dieses Argument, wenn es begründet wäre, *quod non*, auf jeden Fall in Bezug auf die fraglichen Unternehmen keinen Verstoß gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung darstellen, sondern einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes der Anleger, auf den sich die Kommission im Übrigen nicht beruft.

92. Die Anwendung des durch das Gesetz Nr. 35/2012 vorgesehenen außerordentlichen Beitrags durch die Portugiesische Republik stellt daher meines Erachtens keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung dar.

V. Ergebnis

93. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vorliegende Klage abzuweisen. Gemäß Art. 138 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs ist die Europäische Kommission zur Tragung der Kosten zu verurteilen.