

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PHILIPPE LÉGER

föredraget den 17 maj 2001¹

1. Genom ansökan av den 3 november 1999 har kommissionen enligt artikel 226 EG väckt talan om fördragsbrott. Kommissionen gör gällande att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 2.4 andra stycket i direktiv 90/388/EEG², i dess lydelse enligt direktiv 96/19/EG³.

2. Republiken Portugal har yrkat att talan om fördragsbrott skall ogillas.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

Direktiven 90/388 och 96/19

3. I artikel 1.1, sjunde strecksatsen i direktiv 90/388 definieras "telefoni" enligt följande:

1 — Originalspråk: franska.

2 — Kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 192, s. 10; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 221).

3 — Kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996 om ändring av direktiv 90/388/EEG med avseende på genomförandet av full konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 74, s. 13).

"det kommersiella tillhandahållandet till allmänheten av direktöverföring och koppling av tal i realtid mellan det allmänt tillgängliga nätets anslutningspunkter som möjliggör för varje användare att använda utrustning ansluten till en sådan nätanslutningspunkt för att kommunicera med en annan anslutningspunkt".

4. Enligt artikel 2.1 a i direktiv 90/388 skall medlemsstaterna upphäva alla åtgärder som beviljar exklusiva rättigheter att tillhandahålla teletjänster, inklusive upprättande och tillhandahållande av de tele nät som krävs för dessa tjänster.

5. Artikel 2.2 i direktiv 90/388 har efter ändring följande lydelse:

"Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att alla företag

har rätt att tillhandahålla de teletjänster som avses i punkt 1 eller upprätta eller tillhandahålla de telenät som avses i punkt 1.

berörda parter med beaktande av företagens berättigade intresse att skydda sina affärshemligheter.”

Utan att detta påverkar tillämpningen av artiklarna 3c och 4 tredje stycket får medlemsstaterna, fram till den 1 januari 1998, bibehålla speciella och exklusiva rättigheter för telefoni och för upprättande och tillhandahållande av allmänna telenät.

Medlemsstaterna skall dock säkerställa att alla kvarvarande begränsningar för tillhandahållande av teletjänster förutom telefoni över nät som installerats av den som tillhandahåller teletjänsten, utnyttjande av tredje parts infrastruktur och gemensam drift av telenät, andra installationer och lokalteter avskaffas och att de relevanta åtgärderna anmäls till kommissionen senast den 1 juli 1996.

När det gäller de datum som fastställs i andra och tredje styckena i denna punkt, artiklarna 3 och 4a.2, skall medlemsstater med mindre utvecklade nät på begäran beviljas en ytterligare period på upp till fem år, och medlemsstater med mycket små nät på begäran beviljas en ytterligare genomförandeperiod på upp till två år, förutsatt att detta är nödvändigt för att uppnå de nödvändiga strukturella anpassningarna. En sådan begäran skall innehålla en detaljerad beskrivning av de planerade förändringarna samt en noggrann bedömning av den förutsedda tidsplanen för att genomföra dem. Den lämnade informationen skall på begäran göras tillgänglig för alla

Beslut 97/310/EG

6. I beslut av den 12 februari 1997 har kommissionen beviljat Republiken Portugal ytterligare tidsfrister för genomförande av, i synnerhet, direktiv 90/388 vad gäller fri konkurrens på marknaderna för teletjänster.⁴

7. Enligt artikel 3 i beslutet får ”Portugal ... fram till den 1 januari 2000 skjuta upp avskaffandet av den ensamrätt som Portugal Telecom för närvarande innehar vad gäller tillhandahållandet av tatelefonisamt upprättande och tillhandahållande av allmänt tillgängliga telenät, förutsatt att följande villkor tillämpas i enlighet med angiven tidsplan”.

B — Den portugisiska lagstiftningen

8. I artikel 47.1 a i Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone (förord-

⁴ — Kommissionens beslut av den 12 februari 1997 om beviljande av ytterligare tidsfrister för Portugal för genomförande av kommissionens direktiv 90/388/EEG och 96/2/EG vad gäller fri konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 133, s. 19, nedan kallat beslutet).

ning om exploatering av telefonitjänster), vilken antagits genom lagdekret nr 240/97 av den 16 september 1997, fastslås att den som direkt eller indirekt tillhandahåller kommersiella teletjänster över det fasta telefont nätet utan att vara auktoriserad därtill, då de tillhandahållna tjänsterna innebär att internationella kopplingar kan ske genom system för call-backtjänster gör intrång i de exklusiva rättigheter som licensinnehavaren har avseende tjänster över det fasta telefont nätet.

II — Parternas anspråk och grunder

9. Kommissionen anser att call-back är en tilläggstjänst i förhållande till taltelefoni, och att dessa därför inte omfattas av den ytterligare tidsfrist som Republiken Portugal fått. Kommissionen har därför i en skrivelse av den 27 maj 1998 anmodat den portugisiska regeringen att vidta rättelse.

10. I sitt svar av den 14 juli 1998 anförde den portugisiska regeringen att call-back är en telefonitjänst. Call-backtjänster utgör ett tekniskt system som infogats i telenäten, som kan utnyttja överföringskapacitet i ett nätverk utanför det territorium där det installerats, och som möjliggör muntlig kommunikation i realtid.

11. De portugisiska myndigheterna har upprepat denna ståndpunkt i sin skrivelse av den 18 juni 1999, som svar på kommissionens motiverade yttrande av den 4 maj 1999.

12. I sin ansökan har kommissionen beskrivit systemet med call-back som en tjänst vars ändamål är att dirigera om trafiken från kopplade telefont på det allmänna telefont nätet.⁵ Denna tjänst består i att vidarebefordra samtal från allmänna kopplingsnät i syfte att uppnå lägsta tillgängliga pris. Enligt kommissionen är call-back en vidarebefordringstjänst som erbjuds utöver tjänster för taltelefoni. Den skall inte anses vara ett substitut för sådana tjänster, då den inte innefattar någon direkt röstöverföring, vilket allttjämt ankommer på operatören av det allmänna telenätet.

13. Kommissionen menar att eftersom call-backtjänster inte skall anses vara taltelefonitjänster i den mening som avses i direktiv 90/388 skulle de ha avreglerats i Portugal när direktivet trädde i kraft. Ifrågavarande förbud mot tillhandahållande av call-backtjänster enligt lagdekret nr 240/97 strider således mot direktiv 90/388.

14. Den portugisiska regeringen har i sitt svaromål framhållit att den ytterligare tids-

5 — Enligt kommissionen innefattar kretskopplingssystem funktionerna upprättande av förbindelser samt behandling av telefonsamtal och beställningar. Funktionen behandling av telefonsamtal består i att utifrån abonnentens uppgifter etablera och avbryta förbindelser.

frist den beviljats för att bibehålla exklusiva rättigheter till den 1 januari 2000 omfattade call-backtjänster.

15. Den har närmare bestämt angivit att även om operatören för call-backtjänster sätter sig i telefonoperatörens ställe, är det i praktiken den sistnämnde operatören som ombesörjer den direkta röstöverföringen.

16. Inställningen hos den portugisiska regeringen har, enligt denna, avgjorts utifrån andan i och ändamålet med den avvikelse från direktivet som beviljats i beslutet, vilket utgått ifrån nödvändigheten att ge möjligheter till ytterligare övergångsperioder i syfte att undvika att störa den ekonomiska balansen mellan operatörer av allmänna telefontät och att ge utrymme för nödvändiga strukturella justeringar, särskilt avseende anpassning av teletaxor, innan marknaden för teletjänster öppnas för konkurrens.

17. I annat fall skulle inte sådana anpassningar kunna ha någon verkan, eftersom de är ett resultat av marknadsmekanismer. Call-backtjänster medför störningar av villkoren för exploatering av telefonitjänster.

18. Kommissionen har i sin replik angett att enligt tjugosjätte övervägandet i beslutet skall den ytterligare tidsfrist som avses i

direktiv 90/388 strikt svara mot vad som krävs för att åstadkomma vad som är nödvändigt för att genomföra de strukturella anpassningarna. Enligt Republiken Portugal består dessa anpassningar i en utbyggnad av telefontätet, men kommissionen menar att det inte krävs någon modernisering av telefontätet i Portugal, då det är mer avancerat än flera andra nät inom gemenskapen.

19. Kommissionen har anfört att den avgörande frågan i målet är definitionen av begreppet taltelefonitjänster. Eftersom begreppet har harmoniserats genom direktiv 90/388 skall all senare tillkommen lagstiftning tolkas i enlighet med det sålunda definierade begreppet.

20. Kommissionen har framhållit att en leverantör av call-backtjänster aldrig kan sätta sig i leverantören av taltelefonitjänsters ställe. Den senare tillhandahåller utbyte av överföring och koppling av tal i realtid mellan två nätanslutningspunkter, vilket är nödvändigt för att systemet med call-backtjänster skall fungera väl.

21. Enligt kommissionen har syftet med beslutet inte med den kommersiella exploateringen av taltelefonitjänster att göra. Den ytterligare tidsfrist som medgivits Republiken Portugal motiveras enbart av nödvän-

digheten att öka utbredningen av telefoni i Portugal. Den exklusiva rätt Portugal Telecom har är begränsad till taltelefonitjänster. Mot bakgrund av att detta är ett undantag från den gemenskapsrättsliga principen om fri rörlighet skall bestämmelsen tolkas restriktivt.

22. Slutligen har kommissionen anfört att call-backtjänster bara används vid internationella samtal. Den verkliga betydelsen för avregleringen av taltelefonitjänster är således obetydlig, då call-backtjänster, även om man bara ser till kategorin internationella samtal, endast är av marginell betydelse.

23. I sin duplik har den portugisiska regeringen framfört att den inte bestritt att begreppet taltelefonitjänster i allt väsentligt överensstämmer med det begrepp som angivits i artikel 1 i direktiv 90/388. Det skall tolkas i enlighet med denna definition.

24. Enligt den portugisiska regeringen rör målet inte tolkningen av detta begrepp, utan innehållet i de exklusiva rättigheter som Portugal Telecom beviljats avseende taltelefoni samt upprättande och tillhandahållande av allmänna telenät. Dessa rättigheter motsvarar inte helt begreppet taltelefonitjänster, utan innefattar ett förbud mot ett fritt tillhandahållande av call-backtjänster.

25. Frågan i målet är således enligt nämnda regering huruvida de tillfälliga exklusiva rättigheter som Portugal Telecom medgivits, ur ekonomisk synpunkt och mot bakgrund av den tillämpliga lagstiftningen, kan förenas med ett system för call-backtjänster.

26. Den portugisiska regeringen har anfört att systemet med call-backtjänster utgör ett sätt att byta riktning på överföring av tal, som dock fortsätter att överföras via det allmänna kopplingsnätet. Det rör sig således om en tjänst som tillhandahålls med hjälp av utrustning som kopplats till anslutningspunkter till detta nät. Systemet gör det möjligt för operatören att förändra de villkor för kommersiell exploatering av tjänster för överföring av taltelefoni som erbjuds av operatören för det allmänna nätet. Eftersom tjänsten bygger på priskillnader mellan operatörer som tillhandahåller taltelefonitjänster, och konkurrensen mellan dessa förutsätts vara laglig, är exploateringen av call-backtjänster i öppen konkurrens inte förenlig med de exklusiva rättigheterna avseende taltelefonitjänster.

27. Den portugisiska regeringen har framhållit att beslutet skall tolkas mot bakgrund av dess syfte, vilket är att undandra taltelefonitjänster från konkurrens i syfte att förena en ökad utbredning av telefoni med anpassningar av teletaxor. Systemet med call-backtjänster skulle emellertid i praktiken innebära ett tillhandahållande av taltelefonitjänster på andra villkor än dem

som erbjuds av innehavaren av de exklusiva rättigheterna att exploatera taltelefoni.

III — Talan om fördragsbrott

28. En sådan tolkning strider enligt regeringen inte mot proportionalitetsprincipen. Ingenting i beslutet anger i vilken utsträckning Portugal Telecom kan vara utsatt för konkurrens.

29. Enligt den portugisiska regeringen är kommissionens påstående att call-back-tjänster utgör en obetydlig del av den internationella trafiken felaktigt.

30. Betydelsen av denna tjänst varierar i förhållande till graden av existerande konkurrens mellan operatörerna. Det faktum att den förbjudits i nationell lagstiftning förklarar avsaknaden av faktauppgifter avseende de verkningar den skulle haft om den varit tillåten. Det skall framhållas att sedan den tidsfrist som medgivits Republiken Portugal löpte ut har inga ansökningar om operatörslicenser inkommit, vilket kan tyda på att de anpassningar av teletaxorna som Portugal Telecom genomfört är konkurrenskraftiga. Detta kan också anses visa på den opportunistiska arten av det intresse som visats för systemet med call-back-tjänster under den tid Portugal Telecom varit skyddat.

31. Enligt artikel 3 i beslutet får Republiken Portugal fram till den 1 januari 2000 skjuta upp avskaffandet av den ensamrätt som Portugal Telecom då hade vad gäller tillhandahållande av taltelefoni samt upprättande och tillhandahållande av allmänt tillgängliga telenät.

32. Förevarande mål rör, som den portugisiska regeringen angivit, frågan om utöandet av denna ensamrätt är förenligt med ett system med call-back-tjänster.

33. Call-back-tjänster är, närmare bestämt, en till allmänheten erbjuden tilläggstjänst jämfört med vanlig enkel direktöverföring och utbyte av tal i realtid.

34. Härav följer att den portugisiska regeringen, i likhet med kommissionen, inte har anfört någon invändning mot att call-back-tjänster inte kan anses vara en taltelefonitjänst i den mening som avses i artikel 1 i direktiv 90/388. Den portugisiska regeringen har i målet angivit att den "inte anser att detta begrepp kan utvidgas till att omfatta call-back-tjänster".⁶ Den har anfört att om operatören för call-back-tjänster i praktiken sätter sig i taltelefoni-

6 — Punkt 4 i Republiken Portugals duplik.

operatörens ställe, är det ändå den senare som ombesörjer den direkta röstöverföringen. Operatören för call-backtjänster bestämmer ur kommersiell synpunkt villkoren för, å ena sidan, överföringen och, å andra sidan, utförandet av tjänsten.⁷

35. Enligt den portugisiska regeringen är de tillfälliga exklusiva rättigheterna avseende kommersiell exploatering av taltefonitjänster inte förenliga med ett system med call-backtjänster som är öppet för konkurrens, i de fall där en sådan avreglering skulle störa den ekonomiska balansen för den allmänna operatören och utgöra ett hinder mot prisjusteringar.

36. Förutom att den saknar stöd i beslutets ordalydelse, vilken begränsats till att beträffande taltefonitjänster samt upprättande och tillhandahållande av allmänna telenät senarelägga avskaffandet av de exklusiva rättigheter som beviljats Portugal Telecom, strider denna uppfattning mot grundsatsen att undantag från gemenskapsrättsliga principer skall tolkas snävt.

37. Det skall framhållas att, vilket framgår av ingressen till direktiv 96/19, kommissionen år 1990 med stöd av artikel 90.2 i EG-fördraget beviljade ett undantag från artikel 90 i EG-fördraget (nu artikel 86 EG) i

förening med artikel 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) och artikel 86 i EG-fördraget (nu artikel 82 EG) avseende taltelefoni.⁸

38. Denna avvikelse från principen om fri konkurrens och friheten att tillhandahålla tjänster har med direktiv 96/19 upphört att gälla, utom för medlemsstater med mindre utvecklade telenät eller med mycket små telenät, som på vissa villkor kan beviljas ett tillfälligt undantag.⁹ Följaktligen är den ytterligare tidsfrist som kommissionen beviljat Republiken Portugal med stöd av dessa bestämmelser en förlängning av tidsfristen för det undantag som denna medlemsstat ursprungligen beviljats.

39. Enligt domstolens fasta rättspraxis skall varje undantag från de regler som avser att säkerställa verkan av de rättigheter som härrör ur fördraget tolkas restriktivt.¹⁰ Det är således berättigat att begränsa de exklusiva rättigheter som beviljats Portugal Telecom till att, såsom anges i artikel 3 i beslutet, endast avse

8 — Tredje och fjärde övervägandena.

9 — Femte övervägandet i ingressen till direktiv 96/19 och artikel 2.2 i direktiv 90/388.

10 — Dom av den 1 juni 1995 i mål C-40/93, kommissionen mot Italien (REG 1995, s. I-1319), punkt 23.

7 — Punkt 14 i Republiken Portugals svaromål.

taltelefonitjänster, förutom området för allmänna telenät.

gare tidsfristen avseende taltelefoni bara gällt i två år.

40. Denna tolkning av artikel 3 i beslutet är inte oförenlig med syftet med direktiv 90/388, vilket kommit till uttryck i såväl ingressen till direktiv 96/19 som i själva beslutet.

41. Upprätthållandet av de exklusiva rättigheterna motiveras av nödvändigheten för teleoperatörerna att genomföra strukturella förändringar, vilka särskilt kännetecknas av en gradvis anpassning av teletaxor och av en alltmer omfattande utbyggnad av telenäten.

42. Den portugisiska regeringen har emellertid inte visat på vilket sätt det skulle gagna dessa ändamål att låta de exklusiva rättigheterna omfatta call-backtjänster.

43. Det framgår av kommissionens yttrande, vilket inte motsagts i detta avseende, att call-backtjänster bara gäller internationella samtal.¹¹ Dessutom har den ytterli-

44. Det har inte framkommit något som ger stöd för tanken att en avreglering av call-backtjänster två år innan marknaden för taltelefonitjänster öppnas för konkurrens skulle leda eller ens bidra till att äventyra syftet med direktiv 90/388 såvitt avser taltelefonitjänster. I synnerhet har den portugisiska regeringen inte framlagt någon utredning beträffande vilken ställning call-backtjänster skulle kunna ha i relation till övriga telefonitjänster om deras utövande öppnades för konkurrens, eller i vilken mån call-backtjänster skulle konkurrera med taltelefoni inom loppet av två år.

45. I avsaknad av sådan utredning kan inte domstolen godta de argument som den portugisiska regeringen framfört beträffande risken för att en sådan tolkning som kommissionen förordad skulle äventyra syftet med direktiv 90/388 i fråga om taltelefoni i vissa medlemsstater.

46. Kommissionens talan skall således bifallas.

11 — Punkt 11 i ansökan och punkt 21 i repliken.

IV — Förslag till avgörande

47. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att domstolen:

- 1) fastställer att Republiken Portugal, genom att skjuta upp avskaffandet av den exklusiva rätt som beviljats Portugal Telecom avseende call-backtjänster till den 1 januari 2000, har underlåtit att uppfylla sina förpliktelser enligt artikel 2.2 fjärde stycket i kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster, i dess ändrade lydelse enligt kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996 om ändring av direktiv 90/388/EEG med avseende på genomförandet av full konkurrens på marknaderna för teletjänster, och enligt artikel 3 i kommissionens beslut 97/310/EEG av den 12 februari 1997 om beviljande av ytterligare tidsfrister för Portugal för genomförande av kommissionens direktiv 90/388/EEG och 96/2/EG vad gäller fri konkurrens på marknaderna för teletjänster, samt

- 2) förpliktar Republiken Portugal att betala rättegångskostnaderna.