

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
P. LÉGER

van 17 mei 2001<sup>1</sup>

1. Bij verzoekschrift van 3 november 1999 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen het Hof krachtens artikel 226 EG verzocht vast te stellen dat de Portugese Republiek de op grond van artikel 2, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 90/388/EEG<sup>2</sup>, zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19/EG<sup>3</sup>, op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

2. De Portugese Republiek concludeert tot verwerping van het beroep.

## I — Rechtskader

### A — Gemeenschapsrecht

De richtlijnen 90/388 en 96/19

3. In artikel 1, lid 1, zevende gedachte-streepje, van richtlijn 90/388 wordt

„spraaktelefoondienst” als volgt gedefini-eerd:

„de commerciële exploitatie ten behoeve van het publiek van direct transport en schakeling van spraak in real-time van en naar aansluitpunten van het geschakelde openbaar netwerk, waarvan iedere gebruiker van op een dergelijk aansluitpunt aangesloten apparatuur gebruik kan maken om met een ander aansluitpunt te commu-niceren”.

4. Op grond van artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 90/388 zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19, trekken de lidstaten alle maatregelen in, waarbij uitsluitende rechten worden verleend voor de verrichting van telecom-municatiediensten, met inbegrip van de aanleg en de beschikbaarstelling van de voor die diensten benodigde telecommuni-catienetten.

5. Artikel 2, lid 2, van richtlijn 90/388, zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19, luidt:

„De lidstaten nemen de noodzakelijke maatregelen om ervoor te zorgen dat elke

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Richtlijn van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (PB L 192, blz. 10).

3 — Richtlijn van de Commissie van 13 maart 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388 met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunica-tie (PB L 74, blz. 13).

onderneming gerechtigd is de in lid 1 bedoelde diensten te verrichten of de in lid 1 bedoelde netten aan te leggen en beschikbaar te stellen.

zulks noodzakelijk is om de vereiste aanpassingen te verwezenlijken. [...]"

Beschikking 97/310/EG

Onverminderd de artikelen 3 quater en 4, lid 3, kunnen de lidstaten tot 1 januari 1998 bijzondere en uitsluitende rechten handhaven voor spraaktelefonie en voor de aanleg en de beschikbaarstelling van openbare telecommunicatienetten.

6. Met deze beschikking van 12 februari 1997 heeft de Commissie de Portugese Republiek bijkomende termijnen verleend voor de uitvoering van met name richtlijn 90/388 betreffende de volledige mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten<sup>4</sup>.

De lidstaten zorgen er echter voor, dat alle overblijvende beperkingen op het verrichten van andere telecommunicatiediensten dan spraaktelefonie via de door de verrichter van de telecommunicatiedienst aangelegde netten, via de door derden geleverde infrastructuren of door middel van het gemeenschappelijk gebruik van netten, andere installaties en terreinen, uiterlijk op 1 juli 1996 worden opgeheven en dat de desbetreffende maatregelen uiterlijk op dezelfde datum aan de Commissie worden meegedeeld.

7. Op grond van artikel 3 ervan mag Portugal „de opheffing van de huidige uitsluitende rechten van Portugal Telecom inzake de verrichting van spraaktelefoon- diensten en de aanleg en beschikbaar- stelling van openbare telecommunicatienetten tot 1 januari 2000 uitstellen, mits aan de volgende voorwaarden wordt voldaan volgens [een bepaald] tijdschema [...]”.

Met betrekking tot de data vermeld in de tweede en derde alinea van dit lid, in artikel 3 en in artikel 4 bis, lid 2, wordt op verzoek aan lidstaten met minder ontwikkelde netten een bijkomende uitvoeringstermijn van ten hoogste vijf jaar en aan lidstaten met zeer kleine netten een bijkomende uitvoeringstermijn van ten hoogste twee jaar toegekend, voorzover

B — *Portugees recht*

8. Artikel 47, lid 1, sub a, van de Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de

<sup>4</sup> — PB L 133, blz. 19; hierna: „beschikking”.

Telefone (verordening inzake de exploitatie van de vaste telefoondienst), goedgekeurd bij wetsdecreet nr. 240/97 van 16 september 1997, bepaalt dat het direct of indirect commercieel aanbieden van een vaste telefoondienst door niet-toegelaten instellingen die daarbij internationale verbindingen met terugbelsystemen gebruiken, inbreuk maakt op de uitsluitende rechten van de houder van de vergunning voor de verrichting van vaste telefoondiensten.

## II — Middelen en argumenten van partijen

9. Van oordeel dat het terugbelsysteem een dienst met een toegevoegde waarde en geen spraaktelefoondienst is, en dus buiten de aan de Portugese Republiek toegekende bijkomende termijn valt, heeft de Commissie de Portugese regering op 27 mei 1998 een aanmaningsbrief gestuurd.

10. In haar antwoord van 14 juli 1998 stelde de Portugese regering zich daarentegen op het standpunt dat het terugbelsysteem een spraaktelefoondienst is. Naar haar mening betreft het namelijk een in telecommunicatienetten geïntegreerd technologisch systeem waarmee de transportcapaciteit van een netwerk kan worden gebruikt vanaf een plaats buiten dit net, waardoor spraakcommunicatie in real-time mogelijk is.

11. De Portugese autoriteiten herhaalden dit standpunt in een brief van 18 juni 1999, in antwoord op het met redenen omklede advies van de Commissie van 4 mei 1999.

12. In haar verzoekschrift beschrijft de Commissie het terugbelsysteem als een dienst die tot doel heeft, het verkeer van de aanbieders van het geschakelde netwerk op het openbare telefoonnetwerk om te keren.<sup>5</sup> De dienst bestaat uit het omleiden van de via het geschakelde openbare netwerk gevoerde gesprekken, zodat hierop de best mogelijke tarieven van toepassing zijn. Naar haar mening is het terugbelsysteem slechts een routing- en tarifieringsdienst die als aanvulling op de spraaktelefoondienst wordt aangeboden. Het systeem kan niet als een vervanging van die dienst worden beschouwd omdat het niet het directe transport van de spraak omvat, dat aan de aanbieder van het openbare netwerk wordt overgelaten.

13. De Commissie stelt dat de terugbel-dienst, aangezien het geen spraaktelefoondienst in de zin van richtlijn 90/388 is, vanaf de inwerkingtreding van die richtlijn in Portugal geliberaliseerd had moeten zijn. Het verbod op die dienst in wetsdecreet nr. 240/97 is volgens haar dan ook in strijd met richtlijn 90/388.

14. In haar verweerschrift stelt de Portugese regering dat de machtiging die haar tot

<sup>5</sup> — Volgens de Commissie bestaat het schakelen van circuits uit de verzorging van de verbinding, de verwerking van de gesprekken en besturingshandelingen. De verwerking van de gesprekken bestaat uit de totstandbrenging en de onderbreking van verbindingen op basis van door de abonnee verstrekte informatie.

1 januari 2000 is verleend om de uitsluitende rechten voor spraaktelefonie te handhaven, terugbeldiensten omvat.

15. Zij betoogt dat de aanbieder van de terugbeldienst de rol van de aanbieder van de spraaktelefoondienst weliswaar daadwerkelijk overneemt, maar dat het directe transport van de spraak in feite de taak van laatstgenoemde blijft.

16. De Portugese regering wijst erop dat haar standpunt is ingegeven door de geest en het doel van de ontheffing in het kader van de beschikking, die berust op de noodzaak aanvullende overgangperiodes in te stellen om te voorkomen dat het financieel evenwicht van de openbare aanbieders van telecommunicatie in gevaar komt en om de noodzakelijke structurele aanpassingen vóór de liberalisering van de telecommunicatiediensten mogelijk te maken, met name wat de tarieven betreft.

17. Anders zouden deze aanpassingen niet mogelijk zijn, aangezien deze een gevolg zijn van de marktwerking. De terugbeldienst veroorzaakt verstoringen in de exploitatievoorwaarden van de spraaktelefoondienst.

18. In repliek betoogt de Commissie dat de door richtlijn 90/388 verleende bijkomende uitvoeringstermijn ingevolge punt 26 van de beschikking strikt evenredig moet zijn

met wat noodzakelijk is ter verwezenlijking van de vereiste structurele aanpassingen. Voor de Portugese Republiek bestaan deze aanpassingen in de verhoging van de penetratiegraad van het spraaktelefoonsysteem. Wat de modernisering van het telefoonnetwerk betreft, is de situatie echter anders, aangezien Portugal Telecom een voor-sprong op andere telecommunicatieaanbieders in de Gemeenschap heeft.

19. De Commissie voegt hieraan toe dat de uitkomst van het beroep afhankelijk is van de definitie van het begrip „spraaktelefoondienst”. Aangezien dit begrip bij richtlijn 90/388 is geharmoniseerd, moet ieder voorschrift dat jonger is dan deze richtlijn en waarin dit begrip wordt gebruikt, worden uitgelegd overeenkomstig de daarin vastgelegde betekenis.

20. De Commissie wijst erop dat een aanbieder van een terugbeldienst nooit een aanbieder van een spraaktelefoondienst zal kunnen vervangen. Laatstgenoemde zorgt voor het transport en de schakeling van spraak in real-time tussen twee aansluitpunten van het netwerk, en blijkt dus noodzakelijk voor een goede werking van het terugbelsysteem.

21. Naar haar mening houdt de doelstelling van de beschikking geen verband met de commerciële exploitatie van de spraaktelefoondienst. De aan de Portugese Republiek verleende bijkomende uitvoeringstermijn

wordt uitsluitend gerechtvaardigd door de noodzaak om de penetratiegraad van de telefoon in Portugal te verhogen. De handhaving van het uitsluitende recht van Portugal Telecom is beperkt tot de spraaktelefoondienst. Aangezien het om een uitzondering op een van de communautaire beginselen van vrij verkeer gaat, moet deze bepaling eng worden uitgelegd.

22. Tot slot vermeldt de Commissie dat het terugbelsysteem alleen bij internationale gesprekken functioneert. Het werkelijke effect van de liberalisering van deze dienst is dus gering, te meer omdat deze dienst, zelfs in deze categorie gesprekken, een marginale plaats inneemt.

23. In dupliek herinnert de Portugese regering eraan dat zij niet betwist dat het begrip „spraaktelefoondienst” in wezen overeenkomt met dat in artikel 1 van richtlijn 90/388. Het moet dan ook volgens die definitie worden uitgelegd en toegepast.

24. Naar haar mening gaat het geschil niet over dit begrip, maar over de inhoud van de uitsluitende rechten van Portugal Telecom inzake spraaktelefonie, de aanleg en de beschikbaarstelling van openbare telecommunicatienetten. Deze rechten hebben niet uitsluitend betrekking op spraaktelefoondiensten, maar omvatten ook het verbod op de vrije verrichting van terugbeldiensten.

25. Het gaat volgens haar om de vraag of de tijdelijk aan Portugal Telecom toegekende uitsluitende rechten op de commerciële exploitatie van de spraaktelefoondienst, uit economisch oogpunt en in het licht van de toepasselijke wetgeving, verenigbaar zijn met het terugbelsysteem.

26. De Portugese regering wijst erop dat door het terugbellen de spraak in een andere richting wordt geleid, waarbij deze nog steeds over het geschakelde openbare netwerk loopt. Het is dus een dienst die wordt verricht met apparatuur die op de aansluitpunten van dat netwerk is aangesloten. Hiermee kan de aanbieder wijzigingen aanbrengen in de voorwaarden waarin de aanbieder van het openbare net de spraaktransportdienst commercieel beschikbaar stelt. Aangezien de terugbeldienst zijn bestaansrecht ontleent aan de tariefverschillen tussen de verschillende aanbieders van spraaktelefoondiensten en veronderstelt dat de mededinging tussen hen geoorloofd is, is de exploitatie van de terugbeldienst op mededingingsbasis onverenigbaar met de uitsluitende rechten op het gebied van de spraaktelefoondienst.

27. De Portugese regering betoogt dat de beschikking moet worden uitgelegd overeenkomstig haar doel, namelijk de spraaktelefoondiensten aan de mededinging te onttrekken om een verhoging van de penetratiegraad van de telefoon te combineren met de tariefaanpassing. Nu heeft het terugbelsysteem in de praktijk tot gevolg dat de spraaktelefoondienst onder andere voorwaarden wordt aangeboden dan die

van de houder van het uitsluitende recht op de exploitatie van de spraaktelefonie.

28. Deze uitlegging is volgens haar niet onverenigbaar met het evenredigheidsbeginsel, aangezien de beschikking niet bepaalt in welke mate Portugal Telecom aan concurrentie mag worden blootgesteld.

29. De Portugese regering acht het argument van de Commissie dat de terugbel-dienst in het internationale verkeer slechts van marginale betekenis is, niet aanvaardbaar.

30. De betekenis van die dienst hangt af van de mate van mededinging tussen de aanbieders. Door het verbod in de nationale wetgeving zijn geen gegevens voorhanden over het werkelijke effect van de dienst, indien hij zou zijn toegestaan. Significant is dat na afloop van de aan de Portugese Republiek verleende termijn geen enkele aanbieder van een terugbel-dienst een vergunning heeft aangevraagd, hetgeen kan worden opgevat als een teken dat de tarieven van Portugal Telecom naar het voorbeeld van tarieven in het kader van de vrije mededinging zijn aangepast en als bewijs dat de getoonde interesse in het terugbelsysteem tijdens de aan Portugal Telecom toegekende beschermingsperiode was ingegeven door opportunisme.

### III — Het beroep wegens niet-nakoming

31. Op grond van artikel 3 van de beschikking mag de Portugese Republiek de ophef-fing van de huidige uitsluitende rechten van Portugal Telecom inzake de verrichting van spraaktelefoondiensten en de aanleg en beschikbaarstelling van openbare telecom-municatienetten tot 1 januari 2000 uitstel-len.

32. De uitkomst van het onderhavige beroep hangt af van de vraag of de hand-having van deze uitsluitende rechten, zoals de Portugese regering stelt, in strijd is met de liberalisering van de terugbel-diensten.

33. Om te beginnen merk ik op dat een terugbel-dienst volgens partijen een dienst is die aan het publiek wordt aangeboden in aanvulling op het loutere directe transport en de loutere schakeling van spraak in real-time.

34. Noch de Portugese regering, noch de Commissie betwist namelijk dat de terug-beldienst geen echte spraaktelefoondienst in de zin van artikel 1 van richtlijn 90/388 is. De Portugese regering wijst erop dat zij dit begrip niet zodanig wil verruimen dat de terugbel-dienst eronder valt<sup>6</sup>. Hoewel de aanbieder van een terugbel-dienst daadwerkelijk de rol van de aanbieder van een spraaktelefoondienst overneemt, is en blijft het rechtstreekse transport van de stem de

<sup>6</sup> — Punt 4 van de dupliek.

taak van laatstgenoemde. De aanbieder van de terugbeldienst bepaalt onder welke voorwaarden het transport wordt verricht en de dienst in commercieel opzicht wordt aangeboden<sup>7</sup>.

Verdrag juncto artikelen 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) en 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) verleend.<sup>8</sup>

35. Volgens de Portugese regering zijn de tijdelijke uitsluitende rechten op de commerciële exploitatie van de spraaktelefoon-dienst evenwel onverenigbaar met een terugbelsysteem dat aan de vrije mededinging is onderworpen, aangezien deze liberalisering het financieel evenwicht van de openbare aanbieder in gevaar brengt en een belemmering voor de tariefaanpassingen vormt.

38. Deze afwijking van de beginselen van vrije mededinging en vrije dienstverrichting is beëindigd bij richtlijn 96/19, behalve voor de lidstaten met minder ontwikkelde of zeer kleine netwerken, waaraan onder bepaalde voorwaarden een tijdelijke ontheffing is verleend<sup>9</sup>. Aldus verlengt de beschikking waarmee de Commissie de Portugese Republiek krachtens deze bepalingen aanvullende termijnen heeft verleend, de haar aanvankelijk verleende ontheffing.

36. Dit argument vindt niet alleen geen enkele steun in de tekst van de beschikking — waarin de opheffing van de aan Portugal Telecom verleende uitsluitende rechten alleen wordt uitgesteld voor de spraaktelefonie en voor de aanleg en de beschikbaarstelling van openbare telecommunicatienetten — maar is ook in strijd met het beginsel dat uitzonderingen op communautaire rechtsbeginselen eng moeten worden uitgelegd.

39. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet elke afwijking van de regels die de doeltreffendheid van de door het Verdrag erkende rechten beogen te verzekeren, eng worden uitgelegd<sup>10</sup>. De beperking van de uitsluitende rechten van Portugal Telecom tot het in artikel 3 van de beschikking genoemde gebied van de spraaktelefonie — afgezien van het gebied van de openbare

37. Zoals blijkt uit de considerans van richtlijn 96/19, is in 1990 krachtens artikel 90, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 2 EG), met betrekking tot de spraaktelefonie een ontheffing van artikel 90 EG-

<sup>8</sup> — Derde en vierde overweging van de considerans.

<sup>9</sup> — Vijfde overweging van de considerans van richtlijn 96/19 en artikel 2, lid 2, van richtlijn 90/388.

<sup>10</sup> — Zie bijvoorbeeld arrest van 1 juni 1995, *Commissie/Italië* (C-40/93, Jurispr. blz. I-1319, punt 23).

<sup>7</sup> — Punt 14 van het verweerschrift.

telecommunicatienetten — lijkt dus zijn de uitsluitende rechten inzake spraak-  
gerechtvaardigd. telefonie met niet meer dan twee jaar  
verlengd.

40. Deze uitlegging van artikel 3 van de beschikking lijkt niet in strijd met de doelstellingen van richtlijn 90/388, die in de considerans van richtlijn 96/19 en in de beschikking zelf zijn genoemd.

41. De handhaving van uitsluitende rechten is gerechtvaardigd door de noodzaak voor de telecommunicatieaanbieders om structurele aanpassingen door te voeren, voornamelijk door de tarieven geleidelijk te wijzigen en het spraaktelefoonnet verder uit te breiden.

42. De Portugese regering heeft evenwel niet aangetoond waarom de uitsluiting van de terugbeldienst van de aan de Portugese Republiek verleende uitsluitende rechten inzake spraaktelefonie afbreuk zou doen aan voormelde doelstellingen.

43. Blijkens de opmerkingen van de Commissie, die op dit punt niet worden bestreden, blijft het terugbelsysteem beperkt tot de internationale gesprekken<sup>11</sup>. Bovendien

44. Er is geen enkel bewijs geleverd dat de liberalisering van het terugbelsysteem twee jaar vóór die van de spraaktelefonie op zichzelf voldoende is om afbreuk te doen aan de doelstellingen van richtlijn 90/388 inzake spraaktelefonie, of daartoe alleen maar bij te dragen. Met name heeft de Portugese regering haar stellingen niet gestaafd met een schatting van het aandeel dat een terugbeldienst bij liberalisering ervan in de telecommunicatiediensten in hun geheel zou hebben, en van de daadwerkelijke mededinging die de spraaktelefonie in twee jaar tijd van een dergelijke dienst zou ondervinden.

45. Bij gebrek aan dit bewijs valt te betwijfelen of het Hof zich kan uitspreken over de argumenten van de Portugese regering dat de uitlegging van de Commissie afbreuk dreigt te doen aan de inzake spraaktelefonie tegenover bepaalde lidstaten nagestreefde doelstellingen van richtlijn 90/388.

46. Daarom dient het onderhavige beroep te worden toegewezen.

11 — Punten 11 van het verzoekschrift en 21 van het verweerschrift.



## Conclusie

47. Ik geef het Hof dan ook in overweging:

- 1) vast te stellen dat de Portugese Republiek, door de afschaffing van de aan Portugal Telecom verleende uitsluitende rechten met betrekking tot het terugbelsysteem uit te stellen tot 1 januari 2000, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 2, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten, zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie en krachtens artikel 3 van beschikking 97/310/EG van de Commissie van 12 februari 1997 betreffende de toekenning aan Portugal van bijkomende termijnen voor de uitvoering van de richtlijnen 90/388/EEG en 96/2/EG betreffende de volledige mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten;
  
- 2) de Portugese Republiek in de kosten te verwijzen.