Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M ME ELEANOR SHARPSTON
présentées le 22 mars 2012 [1]

Affaires jointes C-55/11, C-57/11 et C-58/11

Vodafone España SA
contre
Ayuntamiento de Santa Amalia (C-55/11),
Ayuntamiento de Tudela (C-57/11),
et
France Telecom España
contre
Ayuntamiento de Torremayor (C-58/11)

[demande de décision préjudicielle formée par le Tribunal Supremo (Espagne)]

«Réseaux et services de communications électroniques — Directive 'autorisation' — Redevances pour les droits de mettre en place des ressources — Effet direct»

1. Les présentes demandes de décision préjudicielle portent sur la question de savoir si et dans quelles conditions l'article 13 de la directive 2002/20/CE [2] permet aux États membres de soumettre les entreprises qui utilisent un réseau pour fournir des services de téléphonie mobile [3], mais qui ne sont pas les propriétaires de ce réseau, à une redevance pour le droit de mettre en place des ressources sur le domaine public municipal. Il est également demandé à la Cour de déterminer si cette disposition a un effet direct.

Le cadre juridique

Les directives de l'Union en matière de communications électroniques

La directive 97/13/CE

2. La directive 97/13/CE [4] a établi un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, sur la base de principes dont il convient qu'ils «couvrent toutes les autorisations requises pour la prestation de tout service de télécommunications et pour l'établissement et/ou l'exploitation de toute infrastructure permettant la prestation de services de télécommunications» [5].

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation») (JO L 108, p. 21).

3 — Dans ce qui suit, j'appellerai les entreprises qui fournissent des services de téléphonie mobile «opérateurs de téléphonie mobile».

4 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications (JO L 117, p. 15).

5 — Deuxième considérant de la directive 97/13.

3. Les articles 6 et 11 concernaient les taxes et redevances que les États membres étaient autorisés à percevoir pour, respectivement, les procédures d'autorisations générales et les licences individuelles. L'article 11, paragraphe 2, disposait:

«[…] dans le cas de ressources rares, les États membres peuvent autoriser leurs autorités réglementaires nationales à imposer des redevances afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de cette ressource. Ces redevances sont non discriminatoires et tiennent compte notamment de la nécessité de promouvoir le développement de services innovateurs et de la concurrence.»

Les directives de 2002

4. Depuis 2002, les réseaux et services de communications électroniques sont régis, pour l'essentiel, par un ensemble de cinq directives liées [6]: la directive 2002/21/CE [7], la directive «autorisation» [8], la directive 2002/19/CE [9], la directive 2002/22/CE [10] et la directive 2002/58/CE [11]. Je les désignerai conjointement par l'expression «directives de 2002».

– La directive-cadre

5. L'article 8 de la directive-cadre définit les objectifs généraux et les principes réglementaires dont les États membres doivent assurer le respect dans la mise en œuvre des directives de 2002:

«[…]

2. Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment:

a) en veillant à ce que les utilisateurs […] retirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité;

b) en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques;

[…]

6 — La directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009 (JO L 337, p. 37), a modifié certaines dispositions de ces directives, mais pas l'article 13 de la directive «autorisation». Elle devait être transposée au plus tard le 25 mai 2011. La procédure au principal concerne des ordonnances municipales adoptées avant cette date. Je ferai donc référence, tout au long des présentes conclusions, aux textes des directives de 2002 avant leur modification.

7 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre») (JO L 108, p. 33, ci-après la «directive-cadre»).

8 — Précité à la note 2.

9 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès») (JO L 108, p. 7).

10 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel») (JO L 108, p. 51).

11 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques») (JO L 201, p. 37).

3. Les autorités réglementaires nationales contribuent au développement du marché intérieur, notamment:

a) en supprimant les derniers obstacles à la fourniture de réseaux de communications électroniques, de ressources et services associés et de services de communications électroniques au niveau européen;

[…]»

6. L'article 11, intitulé «Droits de passage» [12], énonce des principes de transparence et de non-discrimination que les États membres doivent respecter lorsque leurs autorités examinent des demandes d'octroi de droits pour la mise en place de ressources sur, au-dessus ou au-dessous de propriétés publiques ou privées.

7. En vertu de l'article 12, paragraphe 1, les États membres doivent encourager le partage des ressources mises en place sur, au-dessus ou au-dessous de propriétés publiques ou privées.

8. L'article 26 a abrogé la directive 97/13 [13]. À la différence des articles 6 et 11 de cette dernière, la directive-cadre ne traite pas expressément des taxes et redevances que les États membres sont autorisés à percevoir. Les dispositions les concernant se trouvent dans la directive «autorisation».

– La directive «autorisation»

9. La directive «autorisation» crée «un cadre juridique garantissant la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques sous la seule réserve des conditions qu'elle fixe et de toute restriction découlant de [l'article 52, paragraphe 1, TFUE] […]» [14]. Le trente et unième considérant indique que, «[a]vec un régime d'autorisation générale, il ne sera plus possible d'imposer des frais administratifs ni, partant, de taxes à des entreprises individuelles, sauf dans le cadre de l'octroi de droits d'utilisation de numéros ou de radiofréquences et de droits de mettre en place des ressources».

10. Le but de la directive «autorisation» est de «mettre en place un marché intérieur des réseaux et des services de communications électroniques en harmonisant et en simplifiant les règles et les conditions d'autorisation, afin de faciliter leur fourniture dans l'ensemble de [l'Union européenne]» [15].

11. La directive met en place un régime d'autorisation générale. Une fois qu'une autorisation a été octroyée, les États membres ne peuvent plus subordonner la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques à «une décision expresse ou tout autre acte administratif de l'autorité réglementaire nationale» [16]. Ils doivent choisir le système d'autorisation générale le moins onéreux possible pour assurer la fourniture de ces réseaux et services [17] et accorder aux entreprises certains droits au titre du droit de l'Union [18].

12 — Dans cette directive, l'expression «droits de passage» semble avoir un sens plus large que celui qui est généralement admis dans les systèmes juridiques utilisant la langue anglaise (voire peut-être d'autres langues), car elle comprend le droit de mettre en place des ressources sur, au-dessus ou au-dessous de biens fonciers, et pas seulement le droit de passer au-dessus. Pour éviter toute confusion, je placerai l'expression entre guillemets dans les présentes conclusions, de façon à indiquer qu'elle est utilisée au sens de la directive.

13 — Article 26 de la directive-cadre.

14 — Troisième considérant de la directive «autorisation». Voir aussi article 3, paragraphe 1.

15 — Article 1er, paragraphe 1, de la directive «autorisation».

16 — Article 3, paragraphe 2, de la directive «autorisation». Voir aussi huitième considérant.

17 — Septième considérant de la directive «autorisation». L'autorisation générale est le cadre juridique par lequel l'État membre «garantit le droit de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques et […] fixe les obligations propres au secteur pouvant s'appliquer à tous les types de réseaux et de services de communications électroniques, ou à certains d'entre eux, conformément à la présente directive»: article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive «autorisation». L'annexe de la directive «autorisation» énumère les conditions pouvant être attachées à une autorisation générale.

18 — Article 4 de la directive «autorisation». Voir aussi dixième considérant.

12. L'article 4, paragraphe 1, sous b), de la directive «autorisation» prévoit qu'une entreprise titulaire d'une autorisation générale est habilitée à «faire examiner [sa] demande d'octroi des droits nécessaires pour mettre en place des ressources conformément à l'article 11 de la [directive-cadre]» [19]. Les États membres peuvent décider d'octroyer ou non ces droits «à d'autres entreprises que des fournisseurs de réseaux ou de services de communications électroniques» [20].

13. Une entreprise titulaire d'une autorisation générale et fournissant des réseaux et des services de communications électroniques doit aussi avoir le droit de «négocier l'interconnexion avec d'autres fournisseurs […] et, s'il y a lieu, obtenir l'accès ou l'interconnexion à leurs réseaux […], conformément à la directive ['accès'] et selon les conditions qu'elle fixe» [21].

14. Si un État membre impose des «taxes administratives […] aux entreprises fournissant un service ou un réseau au titre de l'autorisation générale ou auxquelles un droit d'utilisation a été octroyé», ces taxes doivent respecter les conditions prévues à l'article 12, paragraphe 1, de la directive «autorisation». Ainsi, elles:

«[...]

a) couvrent exclusivement les coûts administratifs globaux qui seront occasionnés par la gestion, le contrôle et l'application du régime d'autorisation générale, des droits d'utilisation et des obligations spécifiques visées à l'article 6, paragraphe 2, qui peuvent inclure […] les frais afférents aux travaux de réglementation impliquant l'élaboration et l'application de législations dérivées et de décisions administratives, telles que des décisions sur l'accès et l'interconnexion, et

b) sont réparties entre les entreprises individuelles d'une manière objective, transparente et proportionnée qui minimise les coûts administratifs et les taxes inhérentes supplémentaires.»

15. L'article 13 de la directive «autorisation» prévoit:

«Les États membres peuvent permettre à l'autorité compétente de soumettre à une redevance les droits d'utilisation des radiofréquences ou des numéros ou les droits de mettre en place des ressources sur ou sous des biens publics ou privés, afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de ces ressources. Les États membres font en sorte que ces redevances soient objectivement justifiées, transparentes, non discriminatoires et proportionnées eu égard à l'usage auquel elles sont destinées et tiennent compte des objectifs fixés à l'article 8 de la directive ['cadre']» [22].

– La directive «accès»

16. La directive «accès» «harmonise la manière dont les États membres réglementent l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi que leur interconnexion» [23]. Elle indique qu'«[u]n opérateur peut être propriétaire du réseau ou des ressources sous-jacents ou locataire d'une partie ou de la totalité d'entre eux» [24].

19 — Voir point 6 des présentes conclusions.

20 — Quatorzième considérant de la directive «autorisation».

21 — Article 4, paragraphe 2, sous a), de la directive «autorisation».

22 — Alors que la version en langue anglaise de cette disposition (comme la plupart des autres versions linguistiques) parle des droits de mettre en place des «facilities» et de la nécessité d'assurer une utilisation optimale des «resources», certaines autres versions linguistiques (en particulier, les versions en langues espagnole, française et portugaise) utilisent le terme «ressources» pour les deux concepts. Il convient de garder présente à l'esprit la distinction entre ces deux concepts lorsque l'on lit les présentes conclusions dans l'une de ces langues, en particulier en ce qui concerne le sens de la première phrase de l'article 13 et dans le cadre de la deuxième question préjudicielle soulevée.

23 — Article 1er, paragraphe 1, de la directive «accès».

24 — Troisième considérant de la directive «accès».

17. On entend par «accès» «la mise à la disposition d'une autre entreprise, dans des conditions bien définies et de manière exclusive ou non exclusive, de ressources et/ou de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques». Cela couvre «l'accès à des éléments de réseaux et à des ressources associées et éventuellement la connexion des équipements par des moyens fixes ou non […]; l'accès à l'infrastructure physique, y compris les bâtiments, gaines et pylônes; l'accès aux systèmes logiciels pertinents […]; l'accès aux réseaux fixes et mobiles […]» [25].

18. On entend par «interconnexion» «la liaison physique et logique des réseaux de communications publics utilisés par la même entreprise ou une entreprise différente, afin de permettre aux utilisateurs d'une entreprise de communiquer avec les utilisateurs de la même entreprise ou d'une autre, ou bien d'accéder aux services fournis par une autre entreprise» [26].

La directive 2002/77/CE

19. La directive 2002/77/CE [27] énonce les principes qui régissent la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques. L'article 2, paragraphe 3, de cette directive prévoit que «[l]es États membres font en sorte qu'aucune restriction ne soit imposée ni maintenue à la fourniture de services de communications électroniques […] sur les infrastructures fournies par des tiers, ou au moyen d'un usage partagé de réseaux, d'autres installations ou sites», sans préjudice des dispositions des directives de 2002.

Législation nationale

20. Par la loi générale sur les télécommunications 32/2003 [28] le Royaume d'Espagne a transposé les directives de 2002. L'article 49, paragraphe 3, de la loi générale dispose ce qui suit:

«[…] les taxes établies pour l'utilisation du domaine public radioélectrique, la numérotation et le domaine public nécessaire pour l'installation de réseaux de communications électroniques ont pour objectif la nécessité d'assurer l'utilisation optimale de ces ressources, en tenant compte de la valeur du bien dont l'utilisation est concédée et de sa rareté. Ces taxes doivent être non discriminatoires, transparentes, objectivement justifiées et proportionnées à leur objectif.

[…]»

21. En vertu du droit espagnol, les municipalités disposent d'une certaine autonomie fiscale dans le secteur des communications. Le décret royal législatif 2/2004 portant refonte du texte de la loi régissant les finances locales [29] a approuvé le texte refondu de la loi régissant les finances locales [30]. Il permet aux autorités locales de soumettre à une redevance l'utilisation privative ou l'exploitation spéciale du domaine public local, notamment du sous-sol et de la surface des voiries publiques municipales, ainsi que de l'espace surplombant celles-ci [31].

25 — Article 2, sous a), de la directive «accès».

26 — Article 2, sous b), de la directive «accès».

27 — Directive de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (JO L 249, p. 21).

28 — Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones (ci-après la «loi générale»).

29 — Real Decreto legislativo 2/2004 por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (ci-après le «décret royal»).

30 — Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

31 — Article 20, paragraphes 1 et 3, du décret royal.

22. Il y a deux façons de calculer la redevance à payer. Selon la formule générale, le montant de la redevance est calculé en fonction de la valeur de marché qu'aurait l'utilisation de la propriété si cette dernière ne faisait pas partie du domaine public [32]. Selon la formule spéciale, la redevance correspond à 1,5 % du chiffre d'affaires brut de l'opérateur dans la municipalité en cause (moins les coûts d'interconnexion) [33]. Cette dernière formule est apparemment utilisée dans les cas d'utilisation intensive et lorsqu'il est difficile de fixer la valeur de l'occupation de biens fonciers appartenant au domaine public. La formule générale est appliquée dans les cas d'utilisation moins intensive ou plus occasionnelle. La formule spéciale ne peut pas être utilisée pour calculer le montant de la redevance à payer par les opérateurs de téléphonie mobile.

23. Les municipalités de Torremayor, de Santa Amalia et de Tudela (parmi d'autres) ont mis en œuvre la loi générale et le décret royal [34].

24. La municipalité de Torremayor impose une redevance pour:

«[…] la jouissance de l'utilisation privative ou de l'exploitation spéciale du sous-sol et de la surface des voiries publiques municipales ainsi que de l'espace surplombant celles-ci, par les entreprises ou organismes qui utilisent le domaine public pour fournir des services d'approvisionnement qui s'avèrent être d'intérêt général ou qui concernent la majorité ou une partie importante de la population» [35].

25. La téléphonie mobile est un service assujetti à cette redevance [36].

26. L'article 2, paragraphe 2, de l'ordonnance fiscale de Torremayor prévoit qu'il y a exploitation spéciale «lorsque, pour la fourniture du service d'approvisionnement, est requise l'utilisation d'antennes, d'équipements ou de réseaux qui occupent matériellement la surface, le sous-sol des voiries publiques municipales, ou l'espace surplombant celles-ci, quel que soit le propriétaire desdites installations».

27. L'article 3, paragraphe 1, de ladite ordonnance définit les assujettis à la redevance. L'article 3, paragraphe 2, indique ce qui suit:

«[…] ont la qualité d'assujetti les entreprises ou organismes prestataires visés au paragraphe ci-dessus, tant lorsqu'ils sont propriétaires des réseaux correspondants à travers lesquels sont effectués les approvisionnements que, s'ils ne le sont pas, lorsqu'ils possèdent des droits d'utilisation, d'accès ou d'interconnexion sur lesdits réseaux.»

28. La municipalité de Santa Amalia a adopté une ordonnance identique [37]. Celle adoptée par la municipalité de Tudela est similaire [38].

32 — Article 24, paragraphe 1, sous a), du décret royal.

33 — Article 24, paragraphe 1, sous c), du décret royal.

34 — Environ 1 390 municipalités ont apparemment mis en œuvre la législation en cause en se fondant sur l'un des deux modèles d'ordonnance élaborés par la Federación Española de Municipios y Provincias. Il y a plus de 8 000 municipalités en Espagne.

35 — Article 2, paragraphe 1, de l'ordonnance fiscale régissant la taxe pour l'exploitation du domaine public local concédée à des entreprises fournissant des services d'approvisionnement d'intérêt général (Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento del dominio público a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general), adoptée par l'Ayuntamiento de Torremayor (ci-après l'«ordonnance fiscale de Torremayor»).

36 — Article 2, paragraphe 3, de l'ordonnance fiscale de Torremayor.

37 — Ordonnance fiscale régissant la taxe pour l'exploitation spéciale du domaine public local concédée à des entreprises fournissant des services d'approvisionnement d'intérêt général (Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general), adoptée par l'assemblée plénière de l'Ayuntamiento de Santa Amalia (ci-après l'«ordonnance fiscale de Santa Amalia»).

38 — Ordonnance fiscale régissant les taxes pour l'utilisation privative ou l'exploitation spéciale du domaine public local par des entreprises fournissant des services de téléphonie mobile dans la commune de Tudela (Ordenanza Fiscal reguladora de las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil en el término municipal de Tudela, ci-après l'«ordonnance fiscale de Tudela»).

29. Les municipalités utilisent la même formule pour calculer la redevance.

30. Pour calculer le montant dû, le montant de base de la redevance est multiplié par un coefficient qui reflète la part de marché de l'opérateur assujetti. Le montant de base de la redevance est calculé en utilisant une formule dont les facteurs comprennent la consommation téléphonique moyenne estimée par unité urbaine, la part de l'utilisation de la téléphonie mobile, le nombre de lignes téléphoniques fixes installées dans la municipalité, le nombre d'habitants de la municipalité et la consommation téléphonique et de services moyenne estimée par téléphone mobile.

31. À titre d'exemple, en 2008, la municipalité de Tudela a appliqué une redevance de 41 348 euros à Vodafone España SA (ci-après «Vodafone») (sur la base d'une part de marché de 32,54 %) et une redevance de 21 830 euros à France Telecom España (ci-après «Orange») (sur la base d'une part de marché de 17,18 %).

La procédure au principal et les questions préjudicielles

32. Chacune de ces ordonnances municipales a été attaquée devant les juridictions espagnoles par les opérateurs de téléphonie mobile qui utilisent des ressources appartenant à d'autres entreprises pour fournir leurs services.

33. Les recours formés par Vodafone España SA (ci-après «Vodafone») contre l'ordonnance fiscale de Santa Amalia et l'ordonnance fiscale de Tudela, ainsi que par Orange contre l'ordonnance fiscale de Torremayor ont été rejetés. Chaque arrêt a fait l'objet d'un pourvoi séparé devant le Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne), qui a décidé de déférer à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 13 de la directive ['autorisation'] doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui permet d'exiger le paiement d'une redevance pour les droits de mise en place de ressources sur le domaine public municipal des entreprises qui, sans être propriétaires du réseau, utilisent celui-ci pour fournir des services de téléphonie mobile?

2) Pour le cas où il serait estimé que le prélèvement en cause est compatible avec l'article 13 de la directive ['autorisation'], les conditions dans lesquelles la redevance est imposée au titre de l'ordonnance locale litigieuse satisfont-elles aux exigences d'objectivité, de proportionnalité et de non-discrimination requises par cette disposition, ainsi qu'à la nécessité d'assurer un usage optimal des ressources en cause?

3) Y a-t-il lieu de reconnaître un effet direct à l'article 13 de la directive ['autorisation'] susvisé?»

34. La Cour a joint les trois affaires par une ordonnance du 18 mars 2011.

35. Vodafone, Orange, l'Ayuntamiento de Tudela, les gouvernements espagnol et polonais ainsi que la Commission européenne ont présenté des observations écrites.

36. Lors de l'audience du 18 janvier 2012, toutes les parties, sauf le gouvernement polonais, ont présenté des observations orales.

Le cadre factuel

37. Avant d'en venir aux questions déférées, j'estime qu'il est utile de comprendre les éléments essentiels des télécommunications et les raisons pour lesquelles les opérateurs de téléphonie mobile utilisent des équipements qui ne leur appartiennent pas [39].

38. La télécommunication signifie la transmission et la réception d'informations à distance. Elle nécessite: i) un émetteur transformant l'information en signal; ii) un support acheminant le signal, et iii) un récepteur transformant le signal en information. Un dispositif qui fonctionne en tant qu'émetteur et récepteur est appelé «émetteur-récepteur». Un téléphone mobile est un émetteur-récepteur parce qu'il peut transformer un message vocal en signal et recevoir et transformer des signaux contenant un message vocal.

39. Un ensemble d'émetteurs et de récepteurs peut former un réseau. Au sein d'un réseau, on peut utiliser un routeur pour assurer que c'est le bon récepteur qui reçoit le signal transmis. Si le signal est transmis sur une longue distance, un répéteur peut l'amplifier. Un «réseau de communications électroniques» est donc constitué par «les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques […]» [40].

40. L'information peut être transmise en utilisant une technologie sans fil ou au moyen d'un dispositif de transmission tel que le câble. Les ondes radioélectriques et la fibre optique sont les types de support possibles. Les opérateurs de téléphonie mobile utilisent essentiellement les ondes radioélectriques comme support, tandis que les opérateurs de téléphonie fixe ont davantage recours au câble et à d'autres moyens matériels.

41. Les opérateurs de téléphonie mobile ont besoin d'avoir accès à des réseaux fixes et mobiles pour fournir à leurs clients un «service de communications électroniques», ou «service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques» [41].

42. Si l'opérateur en question possède un réseau, ses clients peuvent passer des appels et recevoir des appels provenant de personnes appartenant au même réseau. L'opérateur peut être propriétaire de tout ou partie de l'infrastructure constituant le réseau et permettant de fournir le ou les services concernés. Cependant, ses clients souhaiteront aussi communiquer avec des clients d'autres opérateurs fournissant un service similaire mais faisant partie d'un réseau différent, qui appartient à d'autres entreprises qui peuvent être ou non des concurrents. Ces clients peuvent avoir un téléphone fixe ou mobile, ou les deux, et le réseau peut être différent pour chacun.

43. Les fournisseurs de services de communications électroniques doivent par conséquent être interconnectés avec les réseaux et avoir accès aux infrastructures telles que les routeurs ou les câbles en fibre optique ou en cuivre appartenant à d'autres entreprises, afin de permettre à leurs clients de passer et de recevoir des appels. L'interconnexion est un type d'accès mis en œuvre entre opérateurs publics [42]. Les opérateurs négocient un prix et concluent des accords pour obtenir l'interconnexion et d'autres formes d'accès.

39 — Pour préparer la présente description du cadre factuel, j'ai eu la chance de pouvoir m'appuyer sur les informations disponibles sur les sites Internet de l'Union internationale des télécommunications et de l'Organisation de coopération et de développement économiques.

40 — Article 2, sous a), de la directive-cadre. Cette définition a été remplacée par une nouvelle définition, toutefois similaire, énoncée à l'article 1er, point 2, sous a), de la directive 2002/140.

41 — Article 2, sous c), de la directive-cadre.

42 — Voir la définition figurant au point 18 des présentes conclusions.

Appréciation

Sur la première question préjudicielle

44. Le Tribunal Supremo demande en substance si une redevance perçue auprès d'entreprises qui, sans en être propriétaires, utilisent un réseau existant pour fournir des services de téléphonie mobile constitue une redevance pour des «droits de mettre en place des ressources sur ou sous des biens publics ou privés, afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de ces ressources» au titre de l'article 13 de la directive «autorisation».

Points de vue soumis à la Cour

45. Le Tribunal Supremo ainsi que Vodafone, Orange, le gouvernement polonais et la Commission considèrent que le texte de l'article 13 de la directive «autorisation», lu dans le contexte des autres directives de 2002, ne permet pas de conforter une telle interprétation. Cet article 13 permet aux États membres d'imposer une redevance pour la mise en place d'infrastructures matérielles sur ou sous des biens publics, mais non pour leur utilisation.

46. En revanche, l'Ayuntamiento de Tudela et le gouvernement espagnol font valoir que, dans ces conditions, les opérateurs de téléphonie mobile occupent le domaine public. Soumettre les seuls propriétaires des ressources à une redevance désavantagerait les opérateurs de téléphonie fixe en termes de concurrence, parce qu'ils possèdent la plupart des réseaux; cela serait également contraire au principe de la neutralité technologique. Par conséquent, le gouvernement espagnol soutient que l'expression «redevance […] [pour] les droits de mettre en place des ressources» comprend les redevances pour l'*utilisation* de ces ressources appartenant à d'autres entreprises [43].

Le sens de l'article 13 de la directive «autorisation»

47. L'article 13 est composé de deux phrases. La première phrase prévoit que les États membres peuvent «soumettre à une redevance les droits d'utilisation des radiofréquences ou des numéros ou les droits de mettre en place des ressources sur ou sous des biens publics ou privés, afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de ces ressources». Si les États membres imposent de telles redevances, la seconde phrase indique qu'ils «font en sorte que ces redevances soient objectivement justifiées, transparentes, non discriminatoires et proportionnées eu égard à l'usage auquel elles sont destinées et tiennent compte des objectifs fixés à l'article 8 de la directive ['cadre']».

48. La première phrase permet aux États membres d'imposer une redevance dans trois cas spécifiques (l'octroi de trois droits définis), alors que la seconde énonce les conditions que ces redevances doivent respecter. Les redevances respectant tout ou partie des conditions visées dans la seconde phrase mais dont la perception n'est pas liée à l'un des cas définis dans la première phrase ne peuvent pas être perçues.

49. La première question concerne donc le point de savoir si l'utilisation de ressources appartenant à une autre entreprise constitue une éventualité pouvant donner lieu à une redevance relevant de la première phrase de l'article 13 de la directive «autorisation» [44].

43 — Dans ses observations écrites, l'Ayuntamiento de Tudela semble avoir adopté la même position et a proposé une interprétation téléologique de l'article 13. En même temps, et cela est devenu encore plus évident lors de l'audience, ledit Ayuntamiento a soutenu que la première phrase de l'article 13 ne s'applique pas à la redevance faisant l'objet de la procédure au principal et qu'elle était donc libre de la prélever (bien qu'elle ait admis que les utilisateurs de ressources occupent le domaine public local de la même façon que les entreprises qui mettent en place des ressources). Voir aussi points 65 à 70 des présentes conclusions.

44 — Cette question est donc différente de celle qui a fait l'objet de l'arrêt du 8 septembre 2005, Mobistar et Belgacom Mobile (C-544/03 et C-545/03, Rec. p. I-7723), qui concernait une taxe annuelle sur la propriété des infrastructures telles que pylônes, mâts et antennes et a été examinée au regard de l'article 49 CE (actuel article 56 TFUE) ainsi que de la législation communautaire relative à la concurrence sur les marchés des télécommunications applicable à l'époque.

50. J'estime que tel n'est pas le cas.

51. Selon moi, la mise en place de ressources implique de mettre matériellement en place des infrastructures dont l'utilisation permet de fournir des réseaux et des services de télécommunications électroniques. Aux fins de l'article 13, l'obligation de payer la redevance incombe à l'entreprise titulaire du droit de mettre en place de telles ressources, quel qu'en soit le propriétaire.

52. En l'absence d'une définition spécifique dans la directive pertinente, il convient, selon moi, de donner au concept de «ressources» son sens de moyens ou d'installations matériels nécessaires pour accomplir quelque chose. Dans le cadre des télécommunications, cela renvoie aux installations matérielles nécessaires à la transmission et à la réception d'informations à distance. En outre, la «mise en place» de telles installations ne peut signifier autre chose que leur mise en place matérielle de façon à ce qu'elles puissent fonctionner à cette fin pendant un certain temps.

53. Une telle interprétation est confirmée par l'article 2, sous e), de la directive-cadre, qui définit les «ressources associées» comme étant «les ressources associées à un réseau de communications électroniques et/ou à un service de communications électroniques, qui permettent et/ou soutiennent la fourniture de services via ce réseau et/ou ce service» [45]. L'accès aux ressources comprend notamment «l'accès à l'infrastructure physique, y compris les bâtiments, gaines et pylônes» [46]. Le partage des «ressources» englobe «la colocalisation physique et le partage des gaines, des bâtiments, des pylônes, des antennes ou des réseaux d'antennes» [47].

54. La lecture combinée de l'article 13 et des définitions figurant dans les autres directives de 2002 semble donc indiquer que le terme «ressources» ne peut être interprété que dans le sens d'infrastructures matérielles permettant la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques.

55. L'objet et le but de l'article 13 confirment cette interprétation.

56. L'article 13 autorise les États membres à percevoir une redevance parce que la mise en place de ressources implique une occupation de biens publics (ou privés) qui réduit la disponibilité de ceux-ci pour d'autres utilisations et buts.

57. Il ressort implicitement de l'article 13 que les «droits de passage» sont des ressources «rares», de même que les radiofréquences et les numéros [48]. Leur utilisation doit donc être gérée. L'article 13 autorise les États membres à le faire au moyen d'une redevance qui «[tient] compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de ces ressources».

58. La mise en place, par exemple, d'un pylône sur le domaine public signifie que certains autres «droits de passage» sur ce domaine ne pourront être octroyés. Les autorités nationales peuvent aussi souhaiter empêcher la mise en place de pylônes, par exemple dans un centre-ville ou à proximité d'une forêt. À cet égard, le législateur a admis que «[l]e partage de ressources peut avoir des effets bénéfiques

45 — La version modifiée de la directive-cadre décrit les «ressources associées» comme comprenant «les bâtiments ou accès aux bâtiments, le câblage des bâtiments, les antennes, tours et autres constructions de soutènement, les gaines, conduites, pylônes, trous de visite et boîtiers»; voir article 1er, point 2, sous e), de la directive 2009/140.

46 — Article 2, sous a), de la directive «accès».

47 — Vingt-troisième considérant de la directive-cadre. Mon interprétation du terme «ressources» qui figure à l'article 13 de la directive «autorisation» n'exclut pas que le même terme puisse avoir un sens plus large dans certaines autres des directives de 2002. Voir, par exemple, l'annexe I, partie B, de la directive «service universel».

48 — Cela est conforme aux engagements pris par l'Union et les États membres dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), en ce qui concerne la réglementation des réseaux et des services de télécommunications. Le document de référence de l'OMC du 24 avril 1996 prévoit que «[t]outes les procédures concernant l'attribution et l'utilisation des ressources limitées, y compris les fréquences, les numéros et les servitudes, seront mises en œuvre de manière objective, opportune, transparente et non discriminatoire» (point 6, première phrase). Le vingt-neuvième considérant de la directive-cadre fait référence aux engagements de l'Union et des États membres dans le cadre de l'OMC en ce qui concerne les normes et le cadre réglementaire des réseaux et des services de télécommunications.

en matière d'urbanisme, de santé publique ou d'environnement, et il devrait être encouragé par les autorités réglementaires nationales, sur la base d'accords volontaires» [49], et que «[l]e développement du marché des communications électroniques, avec ses infrastructures associées, pourrait avoir des effets néfastes sur l'environnement et sur les paysages» [50]. Contrairement à l'Ayuntamiento de Tudela, je ne crois pas que, à titre de principe, le domaine public soit moins rare que les numéros et les radiofréquences. Je ne crois pas non plus que l'article 13 permette de fonder le prélèvement d'une redevance auprès de tous les *bénéficiaires* de ressources mises en place sur ce domaine.

59. Je suis également en désaccord avec le gouvernement espagnol, selon lequel l'*utilisation* qu'un opérateur de téléphonie mobile fait des ressources d'une autre entreprise porte atteinte à la disponibilité des «droits de passage» de la même façon que leur mise en place. L'Ayuntamiento de Tudela a également fait valoir que cette utilisation constituait une forme d'occupation du domaine public. Cela me semble erroné.

60. Si une entreprise installe un câble sous une voie publique afin de transmettre des signaux, que ce soit entre des téléphones fixes ou entre des téléphones mobiles et fixes, c'est la mise en place du câble qui nécessite un «droit de passage» tant que le câble est en place. Une fois mis en place, quel que soit le nombre de signaux transmis par l'intermédiaire du câble, l'utilisation de ce dernier ne modifie pas la disponibilité des «droits de passage» [51]. Il est vrai que les utilisateurs autres que l'entreprise ayant mis en place les ressources bénéficient également des «droits de passage» accordés à cette dernière. Dans un marché concurrentiel, cependant, il convient de supposer que le prix convenu pour cette utilisation (c'est-à-dire l'«accès») inclura également la compensation de cet avantage.

61. De plus, il est difficile de concilier une interprétation de l'article 13 selon laquelle il autoriserait les États membres à imposer une redevance pour l'utilisation de ressources avec les objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre [52].

62. L'article 8, paragraphe 2, sous b), de ladite directive prévoit que les autorités nationales doivent veiller à ce que «la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques». Selon la Cour, cet objectif «ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée» [53].

63. Selon moi, l'égalité des chances n'est pas assurée lorsque les entreprises propriétaires de ressources utilisées pour la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques peuvent récupérer la redevance payée pour les droits de les mettre en place sur le prix négocié avec les opérateurs qui utilisent ces ressources si, comme cela est le cas dans la procédure au principal, ces opérateurs doivent aussi payer aux municipalités une redevance pour cette utilisation. Dans ces conditions, la concurrence est faussée parce que l'utilisateur des ressources supporte une double charge financière. Cela pourrait dissuader les opérateurs d'entrer sur le marché et conduire à une augmentation des prix pour les consommateurs.

64. En fonction du niveau de la redevance, le fait de soumettre à une redevance l'utilisation des ressources d'une autre entreprise pourrait encourager les opérateurs nouveaux et existants à investir dans la mise en place de leurs propres ressources et à déployer leur propre réseau au lieu de chercher à avoir accès à ceux des autres. Sans vouloir suggérer qu'un investissement dans de nouvelles infrastructures ne puisse pas améliorer les conditions de la concurrence en affaiblissant la position

49 — Vingt-troisième considérant de la directive-cadre.

50 — Vingt-quatrième considérant de la directive «accès».

51 — Il semble évident que ces ressources ne peuvent être utilisées par une entreprise de la façon prévue *qu'après* leur mise en place.

52 — La référence à l'article 8 de cette directive a été introduite à l'article 13 de la directive «autorisation» après que le Parlement européen eut exprimé son inquiétude que les disparités entre les systèmes de redevance appliqués aux utilisateurs dans les États membres ne créent des entraves au marché intérieur. Voir proposition modifiée de la directive «autorisation» [COM(2001) 372 final, p. 4].

53 — Voir, également, arrêt du 10 mars 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, Rec. p. I-1575, point 30 et jurisprudence citée).

dominante d'entreprises propriétaires d'une grande partie des infrastructures existantes, je ne peux écarter d'autres préoccupations, telles que le danger que les possibilités d'accès aux «droits de passage» ne soient encore restreintes ou que les coûts de fourniture des services n'augmentent. Cela est difficile à concilier avec la nécessité pour les États membres d'encourager le partage des ressources et des biens fonciers [54], et d'exercer cette responsabilité «de façon à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à procurer un avantage maximal à l'utilisateur final» [55].

65. Enfin, il me semble que l'on ne saurait interpréter l'article 13 de la directive «autorisation» en ce sens qu'il engloberait les redevances pour l'utilisation de ressources appartenant à une autre entreprise, parce qu'une telle utilisation ne relève tout simplement pas du champ d'application de ladite directive.

66. L'objectif de la directive «autorisation» est de créer un cadre juridique qui «garanti[sse] la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques sous la seule réserve des conditions qu'elle fixe» [56] et d'harmoniser et de simplifier les règles et les conditions d'autorisation [57]. Les conditions qu'elle prévoit concernent l'autorisation générale de réseaux et de services de communications électroniques, les droits d'utilisation des radiofréquences et des numéros et les droits de mettre en place des ressources [58].

67. Par conséquent, une taxe ou une redevance relève du champ d'application de la directive «autorisation» si sa perception est liée à l'accès au marché pour des réseaux et des services de communications électroniques ou à des ressources telles que les numéros, les radiofréquences et les «droits de passage». Si tel est le cas, les États membres ne peuvent imposer des redevances ou taxes qu'aux fins décrites aux articles 12 et 13 et sous réserve des conditions qui y sont énoncées [59]. Ils ne peuvent pas imposer d'autres redevances ou taxes. Cette conclusion est conforme à l'arrêt de la Cour selon lequel les États membres ne peuvent percevoir, au titre des procédures d'autorisation, d'autres taxes ou redevances que celles prévues par la directive 97/13 [60], abrogée par la directive-cadre [61]. Par conséquent, contrairement à l'Ayuntamiento de Tudela, je ne considère pas qu'un État membre soit libre de percevoir toute taxe qui ne relèverait pas des articles 12 ou 13 de la directive «autorisation».

68. La perception d'une redevance telle que celle qui fait l'objet de la procédure au principal est liée à l'accès aux ressources appartenant à une autre entreprise et à l'interconnexion avec celles-ci, et elle est donc régie par la directive «accès».

69. La directive «accès» «fixe des droits et des obligations pour les opérateurs et pour les entreprises souhaitant obtenir une interconnexion et/ou un accès à leurs réseaux ou aux ressources associées» [62]. Elle est fondée sur l'idée selon laquelle «certaines entreprises sont tributaires, pour la fourniture de leurs services, d'infrastructures fournies par d'autres» [63] et que, «[s]ur un marché ouvert et

54 — Article 12, paragraphe 1, de la directive-cadre. Dans les circonstances décrites à l'article 12, paragraphe 2, et au vingt-troisième considérant de cette directive, les États membres peuvent même imposer le partage des ressources.

55 — Article 5, paragraphe 1, de la directive «accès».

56 — Troisième considérant de la directive «autorisation».

57 — Article 1er, paragraphe 1, de la directive «autorisation».

58 — L'annexe de la directive «autorisation» prévoit une liste exhaustive des conditions pouvant être attachées à une autorisation générale (partie A), aux droits d'utilisation des radiofréquences (partie B) et aux droits d'utilisation des numéros (partie C).

59 — Je ne suis pas d'accord avec la Commission sur le fait que l'article 13 constituerait une dérogation à l'article 12. Les deux dispositions décrivent des situations différentes pouvant faire l'objet d'une redevance ou d'une taxe. Leur libellé semble également indiquer que les taxes et redevances décrites dans les deux dispositions ne s'excluent pas mutuellement, puisque l'article 12, par exemple, prévoit qu'une taxe administrative peut être imposée à des entreprises auxquelles un droit d'utilisation a été octroyé, alors que l'article 13 permet aux États membres de percevoir une redevance au titre dudit droit. En tout état de cause, l'interprétation de l'article 12 fait l'objet d'autres affaires actuellement pendantes devant la Cour: voir, par exemple, l'affaire Commission/France (C-485/11).

60 — Arrêt du 21 juillet 2011, Telefónica de España (C-284/10, Rec. p. I-6991, point 19 et jurisprudence citée). L'article 13 de la directive «service universel» autorise les États membres à imposer un mécanisme de répartition du coût net des obligations de service universel.

61 — Voir point 8 des présentes conclusions.

62 — Article 1er, paragraphe 2, de la directive «accès».

63 — Sixième considérant de la directive «accès».

concurrentiel, il ne devrait y avoir aucune restriction qui empêche les entreprises de négocier des accords d'accès et d'interconnexion entre elles» [64]. L'article 5 décrit les pouvoirs et les responsabilités des autorités réglementaires nationales en ce qui concerne l'accès et l'interconnexion et énumère les circonstances dans lesquelles l'intervention de l'État est autorisée, en cas d'échec de la négociation commerciale, afin d'encourager et de garantir un accès et une interconnexion adéquats ainsi que l'interopérabilité des services [65]. Cette responsabilité doit être exercée «de façon à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à procurer un avantage maximal à l'utilisateur final» [66]. À ces fins, les autorités nationales sont autorisées à obliger les entreprises à fournir l'accès et à assurer l'interconnexion dans la mesure où cela permet d'accroître la concurrence, et à imposer les obligations visées aux articles 9 à 13 de la directive «accès» [67].

70. Aucune disposition de la directive «accès» ne prévoit la possibilité d'obliger les utilisateurs à payer une redevance pour l'accès aux ressources d'une autre entreprise et l'interconnexion avec celles-ci [68]. Certes, j'admets que les États membres jouissent d'une certaine marge d'appréciation dans le choix de la forme et de la méthode de transposition des directives, mais il me semble qu'une redevance du type de celle qui fait l'objet de la procédure au principal constitue un obstacle important à la liberté de prestation des services des opérateurs de téléphonie mobile. En outre, elle ne saurait concourir à la réalisation d'aucun des objectifs de la directive «accès» ou des autres directives de 2002, ni donner effet à aucune des obligations assumées au titre desdites directives.

71. Je conclus par conséquent que l'article 13 de la directive «autorisation» ne permet pas aux États membres d'exiger des opérateurs de téléphonie mobile le paiement d'une redevance pour l'utilisation qu'ils font de ressources mises en place sur des biens publics et appartenant à une autre entreprise, parce qu'une telle redevance n'est pas perçue en contrepartie de «droits de passage».

Sur la deuxième question préjudicielle

72. La deuxième question concerne le sens de la deuxième phrase de l'article 13 de la directive «autorisation».

73. Comme je l'ai indiqué, j'estime que l'article 13 ne permet pas de fonder l'imposition de redevances du type de celle qui fait l'objet de la procédure au principal [69]. Dès lors, la deuxième question devient superflue.

74. Toutefois, dans l'hypothèse où la Cour serait en désaccord avec mes conclusions sur la première question, je vais examiner le sens de l'exigence selon laquelle les redevances doivent être «objectivement justifiées, […] non discriminatoires et proportionnées eu égard à l'usage auquel elles sont destinées» [70]. Il appartiendra ensuite à la juridiction de renvoi de décider si les redevances en cause respectent ces conditions.

64 — Cinquième considérant de la directive «accès».

65 — Sixième considérant de la directive «accès».

66 — Article 5, paragraphe 1, de la directive «accès».

67 — Articles 5 et 8, paragraphe 1, de la directive «accès».

68 — En particulier, dans les dispositions autorisant les États membres, dans certaines conditions, à contrôler les prix sur les marchés lorsque la concurrence y est inefficace, ainsi que les coûts d'accès et d'interconnexion, il n'est fait aucune référence à la possibilité de soumettre à une redevance l'utilisation des ressources ou à la nécessité de tenir compte de la redevance due pour mettre en place, par exemple, un mécanisme de recouvrement des coûts ou une méthodologie de tarification.

69 — Voir points 47 à 71 des présentes conclusions.

70 — La deuxième question ne porte pas sur l'exigence de transparence.

75. La deuxième question concerne également le sens de l'expression «la nécessité d'assurer une utilisation optimale de [la ressource en cause]»[71]. Il me semble que cette exigence relève de la première phrase de l'article 13[72]. Si une redevance ne reflète pas cette nécessité, l'examen des conditions visées dans la seconde phrase est superflu.

La condition selon laquelle la redevance doit être objectivement justifiée

76. Selon moi, une redevance au titre de l'article 13 de la directive «autorisation» n'est pas objectivement justifiée si son montant n'est pas lié à l'intensité de l'utilisation de la ressource «rare» et à la valeur actuelle et future de cette utilisation. À cet égard, la directive «autorisation» considère que des redevances pour des droits de mettre en place des ressources peuvent être imposées à des entreprises individuelles[73].

77. Selon moi, les États membres ne peuvent imposer des redevances pour des droits de mettre en place des ressources qui reflètent prétendument la nécessité d'assurer une utilisation optimale des «droits de passage», mais qui ne sont pas établies sur la base de paramètres liés à cet objectif, tels que l'intensité, la durée et la valeur de l'utilisation par l'entreprise des biens concernés ou d'autres utilisations desdits biens[74].

78. Si la Cour admet que la première phrase de l'article 13 englobe les redevances pour l'*utilisation* des ressources, j'estime que les mêmes principes devraient s'appliquer. Dans ces conditions, l'utilisation des ressources a une incidence sur la disponibilité des «droits de passage». Par conséquent, il doit être possible de déterminer la valeur de la redevance de façon à refléter l'intensité de cette utilisation de la ressource «rare» ainsi que d'autres utilisations.

79. Il semble probable qu'une redevance basée sur le revenu brut d'une entreprise est imposée à titre principal pour réaliser des recettes, ce qui ne constitue pas une justification objective pour une redevance au sens de l'article 13[75]. La Cour a également déclaré que le calcul d'une redevance (visée à l'article 13 de la directive «autorisation») sur la base du chiffre d'affaires de l'entreprise alourdit fortement le montant dû et, partant, «crée un obstacle significatif à la libre prestation des services de télécommunications»[76]. Le fait que la redevance pèse essentiellement sur les opérateurs dominants ne modifie pas cette conclusion.

La condition selon laquelle la redevance doit être proportionnée

80. Une redevance n'est pas proportionnée si elle est fondée sur des paramètres et fixée à un niveau qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer une utilisation optimale de la ressource «rare» que la redevance vise à protéger.

71 — La Cour a déclaré que «la fixation du montant des redevances implique des appréciations complexes d'ordre économique» et que, par conséquent, «on ne saurait imposer aux autorités nationales de respecter à cet égard des critères rigides pour autant qu'elles se tiennent dans les limites découlant du droit communautaire»: arrêt du 22 mai 2003, Connect Austria (C-462/99, Rec. p. I-5197, point 92). Voir, également, arrêt Telefónica Móviles España, précité (point 25).

72 — Voir points 62 à 64 des présentes conclusions.

73 — Trente et unième considérant.

74 — Au point 28 de l'arrêt Telefónica Móviles España, précité, la Cour a convenu avec le gouvernement espagnol et la Commission que «le montant de cette redevance [doit être] fixé à un niveau adéquat reflétant notamment la valeur de l'utilisation de ces ressources [rares], ce qui exige une prise en considération de la situation économique et technologique du marché concerné».

75 — Dans sa présentation du contexte historique de la redevance, l'Ayuntamiento de Tudela a semblé admettre que l'objectif initial de la redevance était de réaliser des recettes sur la base des bénéfices provenant de l'utilisation du domaine public local, c'est-à-dire de la valeur des services fournis en utilisant des ressources mises en place sur ce domaine.

76 — Arrêt du 18 septembre 2003, Albacom et Infostrada (C-292/01 et C-293/01, Rec. p. I-9449, points 39 et 40).

81. Il en va de même si la redevance est soit tellement élevée qu'elle dissuade l'investissement dans la mise en place de réseaux et de ressources et qu'elle entrave la concurrence, soit tellement faible qu'elle ne peut contribuer à la gestion efficace de l'utilisation de la ressource [77].

82. À la différence du Tribunal Supremo, toutefois, je ne crois pas qu'il soit vrai que, dans toutes les circonstances, plus l'utilisation de la ressource «rare» est intensive, plus la redevance à imposer pour cette utilisation devrait être élevée. Il est possible, par exemple, de concevoir une situation dans laquelle une redevance pour des droits de mettre en place des ressources pourrait être réduite afin de tenir compte de la mesure dans laquelle une entreprise permet que ses ressources soient utilisées par d'autres entreprises. Dans ces conditions, une redevance *moins élevée* pour une utilisation plus intensive pourrait contribuer à une utilisation optimale du bien.

83. L'Ayuntamiento de Tudela fait en outre valoir que sa redevance doit être calculée sur la base de paramètres qui reflètent la valeur de marché des biens publics sur lesquels les ressources sont mises en place.

84. Même s'il était possible de considérer que la redevance relève de la première phrase de l'article 13 (ce qui n'est pas le cas), je ne suis pas convaincue par cet argument.

85. Dans la formule appliquée par les municipalités, le seul paramètre pertinent est le nombre de lignes téléphoniques fixes installées dans la municipalité pour une année donnée. Ce chiffre n'a cependant aucun rapport avec l'utilisation spécifique que l'opérateur de téléphonie mobile fait des ressources appartenant à une autre entreprise. La part de marché de l'opérateur de téléphonie mobile sur le marché local n'est pas non plus corrélée de façon évidente avec l'intensité de l'utilisation qu'il fait des biens municipaux sur lesquels les réseaux et ressources associées pertinents sont mis en place, même si elle peut être liée à la nécessité d'accéder à ces réseaux et ressources et d'être interconnecté avec eux.

86. En ce qui concerne la consommation moyenne de téléphonie mobile par unité urbaine, le nombre d'habitants et la consommation téléphonique et de services moyenne par téléphone mobile, il se pourrait que ces paramètres aient un lien avec l'intensité de l'utilisation du réseau et des ressources appartenant à une autre entreprise. Il semble néanmoins qu'ils ne présentent absolument aucun lien avec les services de téléphonie mobile effectivement fournis par l'opérateur assujetti à la redevance, au titre desquels les ressources mises en place sur des biens publics ont été utilisées.

La condition selon laquelle la redevance ne doit pas être discriminatoire

87. Une redevance est discriminatoire lorsque «[des] situations comparables [sont traitées différemment], entraînant un désavantage pour certains opérateurs par rapport à d'autres, sans que cette différence de traitement soit justifiée par l'existence de différences objectives d'une certaine importance» [78]. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque les redevances perçues auprès d'opérateurs faisant une utilisation comparable d'une ressource ne sont pas équivalentes en termes économiques ou lorsque les redevances perçues pour des utilisations différentes sont équivalentes [79].

77 — Voir, également, arrêt Telefónica Móviles España, précité (point 29).

78 — Arrêt Connect Austria, précité (point 115 et jurisprudence citée). Voir, également, arrêt du 2 avril 2009, Bouygues et Bouygues Télécom/Commission (C-431/07 P, Rec. p. I-2665, point 114 et jurisprudence citée).

79 — Voir, également, arrêt Telefónica Móviles España, précité (point 31 et jurisprudence citée).

88. Il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si les opérateurs de téléphonie mobile et fixe qui, quel que soit le lieu de leur constitution, utilisent des ressources mises en place sur ou sous des biens publics se trouvent dans des situations comparables. À cet égard, je considère qu'il est pertinent de savoir si, pour chacun, l'accès aux ressources d'une autre entreprise mises en place sur des biens publics (ou privés) et l'interconnexion avec ces ressources afin de fournir ses services sont comparables, et si les opérateurs se trouvent dans une relation de concurrence.

89. Si la juridiction de renvoi conclut qu'ils se trouvent dans des situations comparables, le montant dû pour leur utilisation des ressources d'une autre entreprise doit être calculé sur la base des mêmes paramètres objectifs. Cela est également conforme à l'obligation d'éviter la discrimination à l'encontre de l'utilisation d'une technologie particulière [80]. À cet égard, par exemple, si les opérateurs de téléphonie fixe qui sont interconnectés avec les ressources d'une autre entreprise peuvent déduire les coûts d'interconnexion de la redevance due à la municipalité, les opérateurs de téléphonie mobile doivent également disposer de cette possibilité dans des conditions similaires.

90. Je ne considère pas qu'il soit pertinent de savoir, au titre de l'article 13 de la directive «autorisation», si l'utilisateur est ou non le propriétaire des ressources. Ce qui importe, au titre de cette disposition, c'est le fait générateur de l'obligation de payer la redevance. Par conséquent, la même formule devrait être appliquée pour déterminer l'obligation des opérateurs de téléphonie qui ne sont pas les propriétaires des ressources et celle des opérateurs qui le sont et qui en font une utilisation comparable. Dans ces conditions, si l'on suppose que le droit national impose également une redevance pour les droits de mettre en place des ressources, répondre par l'affirmative à la première question impliquerait que certaines entreprises pourraient devoir payer une redevance à la fois pour la mise en place de ressources *et* pour l'utilisation de celles-ci. Telle est la conséquence logique si l'on accepte l'argument du gouvernement espagnol [81].

91. En revanche, il ne semble pas que les entreprises qui mettent en place des ressources, qu'elles soient ou non des opérateurs de téléphonie mobile, se trouvent dans une situation comparable à celle des opérateurs de téléphonie mobile utilisant les ressources d'une autre entreprise. L'utilisation du domaine public par les premières a une incidence directe sur la disponibilité de l'accès à cette ressource et porte atteinte aux droits exclusifs de son propriétaire. L'utilisation qu'en font les secondes n'a pas le même effet. En termes économiques, les deux types d'utilisation ne sauraient être considérés comme équivalents.

Conclusion

92. Je considère par conséquent que la réponse à la deuxième question est qu'une redevance est fixée dans des conditions qui ne respectent pas les exigences de justification objective, de proportionnalité et de non-discrimination si elle est basée sur le revenu ou la part de marché d'une entreprise ainsi que sur d'autres paramètres qui sont sans lien avec la disponibilité de l'accès à une ressource «rare» découlant de l'utilisation effective de cette ressource par l'entreprise.

Sur la troisième question préjudicielle

93. Par la troisième question, la juridiction de renvoi demande si l'article 13 de la directive «autorisation» a un effet direct.

80 — Dix-huitième considérant de la directive-cadre.

81 — Il me semble aussi que, dans ces conditions, les opérateurs utilisant les ressources d'autres entreprises ne peuvent échapper au paiement de la redevance en investissant dans la construction de leurs propres infrastructures.

94. Il est de jurisprudence constante qu'une disposition inconditionnelle et suffisamment précise d'une directive peut être invoquée à l'encontre d'un État membre dans une procédure devant une juridiction nationale si cet État membre s'est abstenu de transposer la directive ou en a fait une transposition tardive ou incorrecte [82].

95. La troisième question se pose parce que Vodafone et Orange invoquent l'article 13 de la directive «autorisation» pour contester les redevances imposées par les trois municipalités. L'Ayuntamiento de Tudela et le gouvernement espagnol estiment qu'il est inutile de répondre à la troisième question puisque la redevance n'est pas incompatible avec la directive «autorisation».

96. Selon moi, ledit article 13 a un effet direct.

97. Ainsi que plusieurs parties l'ont indiqué dans leurs observations, la Cour a déclaré, dans l'arrêt Connect Austria [83], que l'article 11, paragraphe 2, de la directive 97/13 avait un effet direct. Cette disposition concernait les redevances imposées, «dans le cas de ressources rares», «afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de cette ressource». Elle a été abrogée par la directive-cadre [84].

98. Il me semble que le libellé de l'article 13 de la directive «autorisation» est plus clair et plus précis que celui de l'article 11, paragraphe 2, de la directive 97/13 [85]. Les conditions dans lesquelles les États membres peuvent imposer une redevance au titre de l'article 13 sont définies en termes explicites et des mesures d'application de l'article 13 ne sont pas nécessaires pour permettre à un particulier de l'invoquer à l'encontre d'un État membre qui impose une redevance dans des circonstances qui ne relèvent pas du champ d'application de l'article 13.

99. Par conséquent, selon moi, la réponse à la troisième question est que l'article 13 de la directive «autorisation» a un effet direct.

Conclusion

100. À la lumière des considérations qui précèdent, je suis d'avis que la Cour devrait répondre aux questions préjudicielles soulevées par le Tribunal Supremo de la façon suivante:

«1) L'article 13 de la directive 2002/20/CE du Parlement et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive 'autorisation') ne permet pas aux États membres d'exiger des opérateurs de téléphonie mobile le paiement d'une redevance pour l'utilisation de ressources mises en place sur des biens publics et appartenant à une autre entreprise.

2) Il convient d'interpréter la deuxième phrase de l'article 13 de la directive 'autorisation' en ce sens qu'une redevance ne respecte pas les exigences de justification objective, de proportionnalité et de non-discrimination, ainsi que la nécessité d'assurer une utilisation optimale des ressources concernées, si elle est basée sur le revenu ou la part de marché d'une entreprise ou sur d'autres paramètres qui sont sans lien avec la disponibilité de l'accès à une ressource 'rare' découlant de l'utilisation effective de cette ressource par l'entreprise.

3) L'article 13 de la directive 'autorisation' a un effet direct.»

82 — Arrêt du 3 mars 2011, Auto Nikolovi (C-203/10, Rec. p. I-1083, point 61 et jurisprudence citée).

83 — Précité.

84 — Voir point 8 des présentes conclusions.

85 — Contrairement à l'Ayuntamiento de Tudela, je considère qu'il n'est pas pertinent, aux fins de l'examen par la Cour de la troisième question, que le Tribunal Supremo ait précédemment examiné la légalité de la redevance *sans* tenir compte du droit de l'Union. Je ne suis pas non plus convaincue par l'argument selon lequel la simple existence d'un désaccord entre les parties au sujet du sens de l'expression «mettre en place des ressources» démontrerait que la formulation de l'article 13 manque de clarté et de précision et que la disposition ne saurait en conséquence avoir un effet direct.