Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 22. marts 2012[1]

Forenede sager C-55/11, C-57/11 og C-58/11

Vodafone España, SA
Vodafone España, SA
France Telecom España, SA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal Supremo (Spanien))

»Elektroniske kommunikationsnet og -tjenester — tilladelsesdirektivet — afgifter for tilladelser til at installere faciliteter — direkte virkning«

1. Denne anmodning om en præjudiciel afgørelse vedrører spørgsmålet, om, og i givet fald på hvilke betingelser, artikel 13 i direktiv 2002/20/EF[2] (»tilladelsesdirektivet«) tillader medlemsstaterne at opkræve en afgift for tilladelse til at installere faciliteter på det kommunale offentlige areal fra virksomheder, som, uden at være indehavere af nettet, anvender det til at udbyde mobiltelefonitjenester[3]. Det ønskes endvidere oplyst, om den nævnte bestemmelse har direkte virkning.

Retsforskrifter

EU-direktiver om elektronisk kommunikation

Direktiv 97/13/EF[4]

2. Direktiv 97/13 etablerede ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester. Disse principper »bør omfatte alle tilladelser, som ligger til grund for udbud af teletjenester og etablering og/eller drift af infrastruktur til udbud af teletjenester«[5].

3. Artikel 6 og 11 omhandlede gebyrer og afgifter, som medlemsstaterne kunne pålægge for henholdsvis generelle tilladelsesprocedurer og individuelle tilladelser. Artikel 11, stk. 2, fastsatte:

»[…] [M]edlemsstaterne [kan], hvis der kun er knappe ressourcer, tillade, at den nationale tilsynsmyndighed pålægger yderligere afgifter for at sikre, at sådanne ressourcer udnyttes optimalt. Disse afgifter skal være ikke-diskriminerende og navnlig tage hensyn til behovet for at støtte udviklingen af nyskabende tjenester og konkurrence.«

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet) (EFT L 108, s. 21).

3 — Jeg henviser til virksomheder, der udbyder mobiltelefonitjenester, som mobiltelefonioperatører.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 10.4.1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester (EFT L 117, s. 15).

5 — Anden betragtning til direktiv 97/13.

2002-pakken

4. Siden 2002 er elektroniske kommunikationsnet og -tjenester hovedsageligt blevet reguleret af en pakke på fem indbyrdes forbundne direktiver[6]: rammedirektivet[7], tilladelsesdirektivet[8], adgangsdirektivet[9], forsyningspligtdirektivet[10] og direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation[11]. Jeg henviser samlet til dem som »2002-pakken«.

– Rammedirektivet

5. Rammedirektivets artikel 8 definerer de politiske mål og tilsynsprincipper, som medlemsstaterne skal sikre ved gennemførelsen af 2002-pakken:

»[…]

2. De nationale tilsynsmyndigheder fremmer konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet, elektroniske kommunikationstjenester og dertil hørende faciliteter og tjenester ved bl.a. at:

(a) sikre, at brugerne […] får maksimalt udbytte for så vidt angår valgmuligheder, pris og kvalitet

(b) sikre, at der i den elektroniske kommunikationssektor hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning

[…]

3. De nationale tilsynsmyndigheder bidrager til udviklingen af det indre marked ved bl.a. at:

(a) fjerne tilbageværende hindringer for udbud af elektroniske kommunikationsnet, dertil hørende faciliteter og tjenester samt elektroniske kommunikationstjenester på europæisk plan

[...]«

6. Artikel 11, med overskriften »tilladelse til at installere faciliteter« (rights of way)[12], fastsætter principper om transparens og ikke-diskrimination, som medlemsstaterne skal overholde, når deres myndigheder behandler ansøgninger om tilladelse til at installere faciliteter på, over eller under offentlig eller privat ejendom.

7. I henhold til artikel 12, stk. 1, skal medlemsstaterne tilskynde til delt brug af faciliteter, der er installeret på, over eller under offentlig eller privat ejendom.

6 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25.11.2009 (EUT L 337, s. 37) ændrede visse bestemmelser i disse direktiver, men ikke artikel 13 i tilladelsesdirektivet. Det skulle være gennemført senest den 25.5.2011. Hovedsagerne vedrører kommunale regulativer, der var vedtaget før det nævnte tidspunkt. Jeg henviser derfor i dette forslag til afgørelse til direktiverne i 2002-pakken før ændringen af dem.

7 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT L 108, s. 33).

8 — Nævnt ovenfor i fodnote 2.

9 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7.3.2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet) (EFT L 108, s. 7).

10 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7.3.2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet) (EFT L 108, s. 51).

11 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12.7.2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation) (EFT L 201, s. 37).

12 — Udtrykket »rights of way« synes i dette direktiv at have en bredere betydning end den, der almindeligvis anvendes i retssystemer på engelsk (og muligvis andre sprog), idet det her omfatter tilladelse til at installere faciliteter på, over eller under et område og ikke kun tilladelse til at passere gennem et område. For at undgå forvirring sætter jeg udtrykket i citationstegn i dette forslag til afgørelse for at angive, at det anvendes i den i direktivet omhandlede betydning.

8. Artikel 26 ophævede direktiv 97/13 [13]. I modsætning til artikel 6 og 11 i det sidstnævnte direktiv omhandler rammedirektivet ikke udtrykkeligt gebyrer og afgifter, som medlemsstaterne kan pålægge. Disse bestemmelser er indeholdt i tilladelsesdirektivet.

– Tilladelsesdirektivet

9. Tilladelsesdirektivet »skabe[r] en retlig ramme for at sikre frit udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, således at disse kun er underlagt de vilkår, der er fastsat i dette direktiv og begrænsningerne i overensstemmelse med [artikel 52, stk. 1, TEUF] […]« [14]. I 31. betragtning er det anført, at »[m]ed et generelt tilladelsessystem vil det ikke længere være muligt at afkræve de enkelte virksomheder administrationsomkostninger og dermed gebyrer, undtagen for tildeling af brugsret til numre, radiofrekvenser og tilladelser til installation af faciliteter«.

10. Målet med tilladelsesdirektivet er »gennem en harmonisering og forenkling af regler og vilkår for tilladelser at skabe et indre marked for kommunikationsnet og -tjenester for derigennem at lette udbud heraf i hele [EU]« [15].

11. Direktivet etablerer en generel tilladelsesordning. Når tilladelse er tildelt, må medlemsstaterne ikke længere gøre udbuddet af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester betinget af »en udtrykkelig afgørelse eller anden administrativ handling fra den nationale tilsynsmyndigheds side« [16]. De bør bruge et system, der er så lidt indgribende som muligt, for tilladelser til udbud af elektroniske net og tjenester [17] og give virksomheder visse rettigheder i henhold til EU-retlige bestemmelser [18].

12. I artikel 4, stk. 1, litra b), i tilladelsesdirektivet er det anført, at en virksomhed med en generel tilladelse har ret til at »få [sin] ansøgning om de nødvendige tilladelser til installation af faciliteter behandlet i henhold til artikel 11 i [rammedirektivet]« [19]. Medlemsstaterne kan bestemme, om de vil eller ikke vil give disse tilladelser »til andre virksomheder end udbydere af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester« [20].

13. En virksomhed, der har en generel tilladelse og udbyder elektroniske net eller tjenester, skal også have ret til at »forhandle samtrafik med og, hvor det er relevant, få adgang til eller samtrafik med andre udbydere […] i overensstemmelse med [adgangsdirektivet]« [21].

14. Såfremt en medlemsstat afkræver »administrationsgebyrer […] [af] virksomheder, der udbyder en tjeneste eller et net i henhold til den generelle tilladelse, eller som har fået tildelt brugsrettigheder«, skal sådanne gebyrer være i overensstemmelse med betingelserne i tilladelsesdirektivets artikel 12, stk. 1. De skal således:

»a) i alt kun dække administrationsomkostninger, der påløber som led i administration, kontrol og gennemførelse af den generelle tilladelsesordning, brugsrettigheder og særlige forpligtelser, jf. artikel 6, stk. 2, som kan omfatte […] lovgivningsarbejde vedrørende udarbejdelse og

13 — Artikel 26 i rammedirektivet.

14 — Tredje betragtning til tilladelsesdirektivet. Jf. ligeledes artikel 3, stk. 1.

15 — Artikel 1, stk. 1, i tilladelsesdirektivet.

16 — Artikel 3, stk. 2, i tilladelsesdirektivet. Jf. ligeledes ottende betragtning.

17 — Syvende betragtning til tilladelsesdirektivet. En generel tilladelse er de retlige rammer, der er fastsat af medlemsstaten, og som »sikrer ret til at udbyde elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester, samt opstiller sektorspecifikke forpligtelser, der, i medfør af dette direktiv, kan gælde alle eller specifikke typer elektroniske kommunikationsnet og -tjenester«: artikel 2, stk. 2, litra a) i tilladelsesdirektivet. Bilaget til tilladelsesdirektivet anfører vilkår, der kan knyttes til en generel tilladelse.

18 — Artikel 4 i tilladelsesdirektivet. Jf. ligeledes tiende betragtning.

19 — Jf. ovenfor, punkt 6.

20 — 14. betragtning til tilladelsesdirektivet.

21 — Artikel 4, stk. 2, litra a), i tilladelsesdirektivet.

gennemførelse af sekundær ret og administrative afgørelser, såsom afgørelser om adgang og samtrafik, og

b) pålægges de enkelte virksomheder på en objektiv, transparent og forholdsmæssigt afpasset måde, der minimerer ekstra administrationsomkostninger og ledsagende gebyrer« .

15. Tilladelsesdirektivets artikel 13 bestemmer:

»Medlemsstaterne kan give den relevante myndighed tilladelse til at opkræve afgifter for brugsret til radiofrekvenser eller numre eller for tilladelser til at installere faciliteter på, over eller under offentlig eller privat ejendom, som afspejler behovet for at sikre, at disse ressourcer anvendes optimalt. Medlemsstaterne sikrer, at sådanne afgifter er ikke-diskriminerende, transparente, objektivt begrundede og forholdsmæssigt afpassede efter det tilsigtede formål og tager hensyn til målene i artikel 8 i [rammedirektivet]« [22].

– Adgangsdirektivet

16. I adgangsdirektivet »fastlægges der [...] harmoniserede regler for, hvordan medlemsstaterne kan regulere adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter« [23]. Det bemærkes, at »[e]n netudbyder kan eje det underliggende net eller de underliggende faciliteter eller leje nogle af dem eller dem alle« [24].

17. Ved »adgang« forstås »tilrådighedsstillelse af faciliteter og/eller tjenester for en anden virksomhed på nærmere fastsatte vilkår og på et eksklusivt eller ikke-eksklusivt grundlag med henblik på udbud af elektroniske kommunikationstjenester«. Adgang omfatter »adgang til netelementer og tilhørende faciliteter, der kan indebære tilslutning af udstyr, såvel kabel- som radiobaseret tilslutning […], adgang til fysisk infrastruktur, herunder bygninger, kabelkanaler og master, adgang til relevante softwaresystemer […], adgang til fastnet og mobilnet […]« [25].

18. Ved »samtrafik« forstås »fysisk og logisk sammenkobling af offentlige kommunikationsnet, som bruges af den samme eller af en anden virksomhed med henblik på at give en virksomheds brugere mulighed for at kommunikere indbyrdes eller med en anden virksomheds brugere eller få adgang til andre virksomheders tjenester« [26].

Direktiv 2002/77/EF [27]

19. Direktiv 2002/77 fastsætter principperne for konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester. Artikel 2, stk. 3, bestemmer, at »[m]edlemsstaterne sikrer, at der ikke indføres eller opretholdes restriktioner for udbud af elektroniske kommunikationstjenester […] via infrastruktur etableret af tredjemand eller via fælles brug af net, andre faciliteter eller anlæg«. Dette berører ikke bestemmelserne i 2002-pakken.

22 — Mens den engelske version af denne bestemmelse (ligesom de fleste andre sprogversioner) omhandler tilladelser til at installere »*facilities*« og behovet for at sikre en optimal anvendelse af »*resources*«, anvender andre sprogversioner (bl.a. den spanske, den franske og den portugisiske) ordet »ressourcer« til at betegne begge begreber. Når man læser forslaget til afgørelse på et af sprogene i den sidstnævnte gruppe, bør man være opmærksom på sondringen mellem de to begreber, navnlig med hensyn til betydningen af den første sætning i artikel 13 og i sammenhæng med det andet præjudicielle spørgsmål.

23 — Artikel 1, stk. 1, i adgangsdirektivet.

24 — Tredje betragtning til adgangsdirektivet.

25 — Adgangsdirektivets artikel 2, litra a).

26 — Adgangsdirektivets artikel 2, litra b).

27 — Kommissionens direktiv af 16.9.2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (konkurrencedirektivet) (EFT L 249, s. 21).

Nationale retsforskrifter

20. Ved lov nr. 32/2003 [28] gennemførte Spanien 2002-pakken. Lovens artikel 49, stk. 3, bestemmer:

»[…] [A]fgifterne for brug af det offentlige radiospektrum, nummerering og brug af det offentlige areal, der er nødvendigt for at installere elektroniske kommunikationsnet, [har] til formål at garantere optimal brug af disse ressourcer under hensyntagen til værdien og knapheden af det gode, hvis anvendelse tillades. De nævnte afgifter bør være ikke-diskriminerende, transparente, objektivt begrundede og forholdsmæssigt afpassede til deres formål.

[...]«

21. I henhold til spansk lov har kommunerne en vis skattemæssig selvbestemmelse i denne sektor. Kongeligt lovdekret nr. 2/2004 [29] godkendte den konsoliderede lov om regulering af lokale økonomiforvaltninger [30]. Det tillader lokale myndigheder at opkræve afgifter for privat brug eller særlig udnyttelse af det lokale offentlige areal, navnlig på, under og over kommunale offentlige veje [31].

22. Der er to forskellige grundlag for fastsættelsen af afgiftsbeløbet. Efter den generelle beregningsmetode beregnes afgiftsbeløbet på basis af markedsværdien af anvendelsen af ejendommen, hvis den ikke havde været offentligt ejet [32]. Efter den særlige beregningsmetode baseres afgiften på 1,5% af operatørens bruttoomsætning i den pågældende kommune (minus samtrafikomkostninger) [33]. Den sidstnævnte beregningsmetode anvendes tilsyneladende i forbindelse med intensiv udnyttelse, hvor det er vanskeligt at fastsætte en værdi for anvendelsen af det område, der er offentligt ejet. Den generelle beregningsmetode anvendes i forbindelse med mindre intensiv eller mere lejlighedsvis anvendelse. Den særlige beregningsmetode må ikke anvendes til at beregne den afgift, der skal betales af mobiltelefonioperatører.

23. Bl.a. Torremayor, Santa Amalia og Tudela kommune har gennemført loven om telekommunikation og det kongelige dekret [34].

24. Torremayor kommune opkræver afgifter for:

»[…] privat brug eller særlig udnyttelse af området på, under eller over kommunale offentlige veje for virksomheder eller organer, som anvender det offentlige areal til at yde forsyningstjenesteydelser, som er af almen interesse eller berører hele eller en betydelig del af nabolaget« [35].

25. Mobiltelefoni er blandt de beskattede tjenesteydelser [36].

28 — Ley General de Telecomunicaciones (almindelig lov om telekommunikation, herefter »loven om telekommunikation«).

29 — Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Reguladora de les Haciendas Locales (kongeligt lovdekret nr. 2/2004 af 5.3. om den konsoliderede lov om regulering af lokale økonomiforvaltninger, herefter »det kongelige dekret«).

30 — Texto refundido de la ley reguladora de las haciendas locales (den konsoliderede lov om regulering af lokale økonomiforvaltninger).

31 — Det kongelige dekrets artikel 20, stk. 1 og 3.

32 — Det kongelige dekrets artikel 24, stk. 1, litra a).

33 — Det kongelige dekrets artikel 24, stk. 1, litra c).

34 — Ca. 1390 kommuner har tilsyneladende gennemført den relevante lovgivning baseret på et af de to modelregulativer, der er udarbejdet af Federación Española de Municipios y Provincias. Der er mere end 8 000 kommuner i Spanien.

35 — Artikel 2, stk. 1, i Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento del dominio público a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general (afgiftsregulativet om særlig udnyttelse af det lokale offentlige areal til fordel for virksomheder, der driver forsyningstjenesteydelser), som blev vedtaget af byrådet i Torremayor kommune (herefter »afgiftsregulativet Torremayor«).

36 — Artikel 2, stk. 3, i afgiftsregulativet Torremayor.

26. Artikel 2, stk. 2, i Torremayors afgiftsregulativ bestemmer, at der er tale om særlig udnyttelse af det offentlige areal, »når der til udbuddet af forsyningstjenesteydelsen skal anvendes antenner, installationer eller net, som materielt optager jorden, undergrunden eller luftrummet over kommunale offentlige veje, uanset hvem der ejer dem«.

27. Artikel 3, stk. 1, definerer den afgiftspligtige person. I artikel 3, stk. 2, bestemmes:

»[…] [D]e driftsvirksomheder eller -organer, der henvises til i det foregående stykke, [har] status af afgiftspligtig person, såvel hvis de er indehavere af de net, gennem hvilke forsyningen foregår, som hvis de – selv om de ikke er ejere af de nævnte net – har brugsrettigheder, samtrafik og adgang til samme.«

28. Kommunen Santa Amalia [37] har vedtaget et identisk regulativ. Det af kommunen Tudela vedtagne regulativ [38] er mere eller mindre identisk.

29. Kommunerne anvender den samme beregningsmetode til at fastlægge afgiftens størrelse.

30. For at beregne afgiftens størrelse multipliceres basisafgiften med en koefficient, som afspejler den afgiftspligtige persons markedsandel. Basisafgiften fastlægges ved anvendelse af en beregningsmetode, hvis faktorer omfatter gennemsnitligt anslået telefonforbrug pr. bymæssig enhed, mobiltelefoniens andel, antal af fastnettelefoner, der er installeret i kommunen, antal af indbyggere i kommunen og gennemsnitligt anslået forbrug for telefoni og tjenester pr. mobiltelefon.

31. Eksempelvis opkrævede Tudela i 2008 en afgift på 41 348 EUR af Vodafone (baseret på en markedsandel på 32,54%) og på 21 830 EUR af Orange (baseret på en markedsandel på 17,18%).

Hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

32. Hver af kommunernes regulativer er blevet bestridt for de spanske retter af mobiltelefonioperatører, som anvender faciliteter, der indehaves af andre virksomheder, til at udbyde deres tjenester.

33. I Vodafone España, SA's (herefter »Vodafone«) søgsmål til prøvelse af afgiftsregulativet Santa Amalia og afgiftsregulativet Tudela, og France Telecom España, SA's (herefter »Orange«) søgsmål til prøvelse af afgiftsregulativet Torremayor blev kommunerne frifundet. Hver afgørelse er genstand for en særskilt appel ved Tribunal Supremo (højeste ret), som har besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 13 i [tilladelsesdirektivet] fortolkes således, at den er til hinder for en national bestemmelse, som tillader opkrævning af en afgift for tilladelse til at installere faciliteter på det kommunale offentlige areal fra udbydende operatører, som, uden at være indehavere af nettet, anvender det til at udbyde mobiltelefonitjenester?

2) Såfremt opkrævningen anses for forenelig med artikel 13 i [tilladelsesdirektivet], opfylder de betingelser, hvorpå afgiften i henhold til det anfægtede lokale regulativ opkræves, da de krav om objektivitet, forholdsmæssighed og ikke-diskrimination, som er fastsat i den nævnte bestemmelse, samt behovet for at sikre optimal anvendelse af de pågældende ressourcer?

37 — Afgiftsregulativet om særlig udnyttelse af det lokale offentlige areal til fordel for virksomheder, der driver forsyningstjenesteydelser, som blev godkendt af byrådets plenarforsamling i Santa Amalia kommune (herefter »afgiftsregulativet Santa Amalia«).

38 — Afgiftsregulativet om privat anvendelse eller særlig udnyttelse af det lokale offentlige areal for virksomheder, der driver mobiltelefonitjenester i kommunen Tudela (herefter »afgiftsregulativet Tudela«).

3) Skal artikel 13 i [tilladelsesdirektivet] tillægges direkte virkning?«

34. Ved kendelse af 18. marts 2011 forenede Domstolen de tre sager.

35. Den spanske og den polske regering, Europa-Kommissionen, Vodafone, Orange og kommunen Tudela har afgivet skriftlige indlæg.

36. Under retsmødet den 18. januar 2012 afgav alle sagens parter, med undtagelse af den polske regering, mundtlige indlæg.

De faktiske omstændigheder

37. Før jeg går over til de præjudicielle spørgsmål, finder jeg det nyttigt at give læseren en grundlæggende forståelse af, hvad telekommunikation indbefatter, og hvorfor mobiltelefonioperatører anvender faciliteter, der ejes af andre [39].

38. Ved telekommunikation forstås transmission og modtagelse af information over afstand. Det kræver (i) en sender til at konvertere information til et signal, (ii) et medium til at fremføre signalet og (iii) en modtager til at konvertere signalet til information. Et instrument, der fungerer som sender og modtager, betegnes en transceiver. En mobiltelefon er en transceiver, da den kan konvertere en stemmemeddelelse til et signal og modtage og konvertere signaler, der indeholder en stemmemeddelelse.

39. En samling af sendere og modtagere kan danne et net. I et net kan der anvendes en router til at sikre, at det er den korrekte modtager, der modtager det transmitterede signal. Hvis signalet transmitteres over lang afstand, kan en repeater forstærke det. Et »elektronisk kommunikationsnet« består således af »transmissionssystemer og, hvor det er relevant, koblings- og dirigeringsudstyr og andre ressourcer, som gør det muligt at overføre signaler ved hjælp af trådforbindelse, radiobølger, lysledernet eller andre elektromagnetiske midler […]« [40].

40. Information kan transmitteres ved at anvende trådløs teknologi eller ved en transmissionsanordning, såsom en tråd eller et kabel. Radiobølger og optiske fibre er former for medier. Mobiltelefonioperatører anvender hovedsagelig radiobølger som medium, mens fastnettelefonioperatører i højere grad anvender kabler og andre fysiske medier.

41. Mobiltelefonioperatører har behov for adgang til faste og mobile net for at yde deres kunder en »elektronisk kommunikationstjeneste« eller en »tjeneste, som normalt ydes mod betaling, og som udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet« [41].

42. Hvis den pågældende operatør ejer et net, kan dens kunder foretage og modtage opkald fra andre, der hører til det samme net. Operatøren kan eje hele eller noget af den infrastruktur, der udgør nettet og gør det muligt at yde den eller de relevante tjenester. Operatørens kunder vil imidlertid også ønske at kommunikere med kunderne til andre operatører, der leverer en tilsvarende tjeneste, men hører til et andet net, der ejes af andre virksomheder, der er eller ikke er konkurrenter. Disse kunder kan have en mobiltelefon eller en fastnettelefon eller begge dele, og der kan foreligge forskellige net for hver af dem.

39 — I forbindelse med forberedelsen af denne faktuelle baggrund var jeg så heldig at kunne konsultere Den Internationale Telekommunikationsunions og Organisationen for økonomisk samarbejde og udviklings informative hjemmesider.

40 — Rammedirektivets artikel 2, litra a). Denne definition blev erstattet af en ny, men mere eller mindre identisk, definition i artikel 1, stk. 2, litra a) i direktiv 2009/140.

41 — Rammedirektivets artikel 2, litra c).

43. Udbydere af elektroniske kommunikationstjenester har således behov for samtrafik med net og adgang til infrastruktur, såsom routere, optiske fibre eller kobberkabler, der ejes af andre virksomheder, for at give deres kunder mulighed for at foretage og modtage opkald. Samtrafik er en særlig form for adgang, der etableres mellem offentlige udbydere[42]. Udbydere forhandler en pris og indgår aftaler for at opnå samtrafik og andre former for adgang.

Bedømmelse

Det første spørgsmål

44. Tribunal Supremo spørger nærmere bestemt, om en afgift, der opkræves af virksomheder, som – uden at være indehavere af et eksisterende net – anvender det til at udbyde mobiltelefoni, er en afgift for »tilladelse til at installere faciliteter på, over eller under offentlig eller privat ejendom, som afspejler behovet for at sikre optimal anvendelse af de pågældende ressourcer« i henhold til tilladelsesdirektivets artikel 13.

Synspunkter anført ved Domstolen

45. Tribunal Supremo, Vodafone, Orange, Kommissionen og den polske regering mener ikke, at artikel 13 i tilladelsesdirektivet, sammenholdt med de andre direktiver i 2002-pakken, støtter en sådan fortolkning. Artikel 13 tillader medlemsstaterne at opkræve en afgift for installation, men ikke for anvendelse af fysisk infrastruktur på, over og under offentlig ejendom.

46. Den spanske regering og Tudela kommune har derimod gjort gældende, at under disse omstændigheder optager mobiltelefonioperatørerne offentlig ejendom. Såfremt der kun opkræves afgifter fra indehavere af faciliteter, vil fastnettelefonioperatører blive stillet ringere i konkurrencen, fordi de ejer de fleste net, hvilket også vil være i strid med princippet om neutral teknologi. Den spanske regering har således anført, at udtrykket »afgifter for […] tilladelser til at installere faciliteter« omfatter afgifter for *anvendelsen* af faciliteter, der ejes af andre virksomheder[43].

Betydningen af tilladelsesdirektivets artikel 13

47. Artikel 13 består af to punktummer. Første punktum bestemmer, at medlemsstaterne kan give tilladelse til at opkræve »afgifter for brugsret til radiofrekvenser eller numre eller for tilladelser til at installere faciliteter på, over eller under offentlig eller privat ejendom, som afspejler behovet for at sikre, at disse ressourcer anvendes optimalt«. Hvis medlemsstaterne opkræver sådanne afgifter, er det anført i andet punktum, at de »sikrer, at sådanne afgifter er ikke-diskriminerende, transparente, objektivt begrundede og forholdsmæssigt afpassede efter det tilsigtede formål og tager hensyn til målene i artikel 8 i [rammedirektivet]«.

48. Første punktum tillader medlemsstaterne at opkræve en afgift i forbindelse med tre særlige begivenheder (tildeling af tre fastlagte tilladelser), mens andet punktum fastsætter de betingelser, som afgifterne skal opfylde. Afgifter, som opfylder nogle eller alle betingelserne i andet punktum, men som ikke opkræves i forbindelse med en af de i første punktum fastlagte begivenheder, må ikke opkræves.

42 — Jf. definitionen ovenfor, punkt 18.

43 — I sit skriftlige indlæg syntes kommunen Tudela at indtage samme standpunkt og forfægtede en formålsfortolkning af artikel 13. Samtidig – og det blev endnu tydeligere under retsmødet – gjorde kommunen Tudela gældende, at artikel 13, første punktum, ikke omfatter den afgift, der er omhandlet i hovedsagerne, og derfor kunne kommunen frit opkræve denne (selv om kommunen godtog, at brugere af faciliteter optager et lokalt offentligt areal på samme måde som virksomheder, der installerer faciliteter). Jf. ligeledes nedenfor, punkt 65-70.

49. Det første spørgsmål drejer sig således om, hvorvidt anvendelsen af faciliteter, der ejes af en anden virksomhed, udgør en begivenhed, der kan give anledning til en afgift som omhandlet i tilladelsesdirektivets artikel 13, første punktum [44].

50. Det mener jeg ikke den gør.

51. Efter min opfattelse forstås ved installation af faciliteter iværksættelse af infrastruktur med en materiel tilstedeværelse, som gør det muligt at udbyde elektroniske kommunikationsnet og -tjenester ved anvendelsen af den. I henhold til tilladelsesdirektivets artikel 13 vil pligten til at betale afgiften påhvile den virksomhed, der har tilladelse til at installere sådanne faciliteter, uanset hvem der ejer dem.

52. I mangel af en særlig definition i det relevante direktiv må begrebet »faciliteter« efter min opfattelse tillægges betydningen: fysiske midler eller udstyr, der kræves for at kunne gøre noget. I en telekommunikationskontekst er dette det fysiske udstyr, der kræves for at opnå transmission og modtagelse af information over afstand. At »installere« et sådant udstyr kan desuden kun betyde at etablere det fysisk, således at det kan tjene dette formål i en vis tidsperiode.

53. En sådan fortolkning understøttes af rammedirektivets artikel 2, litra e), der beskriver »tilknyttede faciliteter« som »faciliteter i tilknytning til et elektronisk kommunikationsnet og/eller en elektronisk kommunikationstjeneste, som muliggør udbud af tjenester via dette net og/eller støtter denne« [45]. Adgang til faciliteter omfatter bl.a. »adgang til fysisk infrastruktur, herunder bygninger, kabelkanaler og master« [46]. Delt brug af »faciliteter« omfatter »fysisk samhusning og delt brug af kabelkanaler, huse, master, antenner eller antennesystemer« [47].

54. Artikel 13 sammenholdt med disse definitioner i de øvrige indbyrdes forbundne direktiver tyder på, at udtrykket »faciliteter« kan fortolkes således, at det kun betyder fysisk infrastruktur, der muliggør udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.

55. Formålet med artikel 13 bekræfter denne fortolkning.

56. Artikel 13 tillader medlemsstaterne at opkræve afgifter, fordi installationen af faciliteter indebærer, at offentlig (eller privat) ejendom optages på en måde, der reducerer tilgængeligheden af ejendommen til andre anvendelser og formål.

57. Det fremgår implicit af artikel 13, at »tilladelser til at installere faciliteter« er »knappe« ressourcer på samme måde som radiofrekvenser og numre [48]. Anvendelsen af dem skal derfor forvaltes. Artikel 13 tillader medlemsstaterne at gøre dette ved hjælp af en afgift, der »afspejler nødvendigheden af at sikre optimal anvendelse af disse ressourcer«.

44 — Dette spørgsmål er således forskelligt fra det, der er omhandlet i dom af 8.9.2005, forenede sager C-544/03 og C-545/03, Mobistar og Belgacom, Sml. I, s. 7723, som vedrørte en årlig afgift på ejerskab af infrastruktur som pyloner, master og antenner og blev behandlet i henhold til artikel 49 EF (nu artikel 56 TEUF) og den fællesskabslovgivning, der regulerede konkurrencen inden for telekommunikationsmarkederne på det pågældende tidspunkt.

45 — Den ændrede affattelse af rammedirektivet beskriver »tilknyttede faciliteter« således, at de indbefatter »bygninger eller adgangsveje til bygninger, ledningsnet i bygninger, antenner, tårne og andre støttekonstruktioner, kabelkanaler, ledningskanaler, master, mandehuller og skabe«, jf. artikel 1, stk. 2, litra e), i direktiv 2009/140.

46 — Adgangsdirektivets artikel 2, litra a).

47 — Rammedirektivets 23. betragtning. Min fortolkning af udtrykket »faciliteter« i tilladelsesdirektivets artikel 13 udelukker ikke, at det samme udtryk kan have en bredere betydning i andre af 2002-pakkens direktiver. Jf. f.eks. bilag I til forsyningspligtdirektivet, del B.

48 — Dette er i overensstemmelse med EU's og medlemsstaternes forpligtelser i Verdenshandelsorganisationen (WTO) med hensyn til regulering af telekommunikationsnet og -tjenester. Det hedder i WTO-referencedokumentet af 24.4.1996, at »alle procedurer for tildeling og udnyttelse af knappe ressourcer, herunder frekvenser, numre og anlægsrettigheder, vil blive gennemført på en objektiv, rettidig, gennemsigtig og ikke-diskriminerende måde« (punkt 6, første punktum). Rammedirektivets 29. betragtning henviser til, at EU og medlemsstaterne i WTO's regi har afgivet en række tilsagn vedrørende standarder og regelsæt for telenet og -tjenester.

58. Installationen af f.eks. en mast på offentligt areal indebærer, at visse andre »tilladelser til installation af faciliteter« på dette areal ikke kan tildeles. Nationale myndigheder kan ligeledes ønske at hindre installation af master, f.eks. i et bycenter eller nær en skov. I den forbindelse godtog lovgiver, at »[d]elt brug af faciliteter kan være en fordel for byplanmæssige, sundhedsmæssige eller miljømæssige hensyn, og de nationale tilsynsmyndigheder bør derfor tilskynde hertil på grundlag af frivillige aftaler«[49], og at »udviklingen af markedet for elektronisk kommunikation og de tilhørende infrastrukturer kan få negative følger for miljø og landskab«[50]. I modsætning til kommunen Tudela kan jeg ikke godtage, at offentlige arealer normalt er mindre knappe end numre og radiofrekvenser. Jeg kan heller ikke godtage, at artikel 13 danner grundlag for at opkræve en afgift af alle *modtagere* af faciliteter installeret på de nævnte arealer.

59. Jeg kan heller ikke tilslutte mig den spanske regerings opfattelse, hvorefter en mobiltelefonioperatørs *anvendelse* af en anden virksomheds faciliteter påvirker tilgængeligheden af »tilladelser til installation af faciliteter« på samme måde som installationen af dem. Kommunen Tudela har ligeledes gjort gældende, at den nævnte anvendelse udgjorde en form for optagelse af offentlig ejendom. Dette er efter min opfattelse ukorrekt.

60. Når en virksomhed installerer et kabel under en offentlig vej for at udsende signaler, enten mellem fastnettelefoner eller mobiltelefoner, er det installationen af kablet, som kræver en »tilladelse til installation af faciliteter«, så længe kablet er installeret. Når det er installeret, ændrer anvendelsen af kablet, uanset antallet af signaler, der fremsendes gennem det, ikke tilgængeligheden af »tilladelser til installation af faciliteter«[51]. Andre brugere end den virksomhed, der installerer faciliteterne, nyder ganske vist også fordel af »tilladelserne til installation af faciliteter«, der er tildelt den pågældende virksomhed. På et konkurrenceorienteret marked må det imidlertid antages, at den aftalte pris for denne anvendelse (dvs. »adgang«) omfatter en modydelse for denne adgang.

61. At fortolke tilladelsesdirektivets artikel 13 således, at den tillader medlemsstaterne at opkræve en afgift for anvendelse af faciliteter, kan vanskeligt forenes med målene i rammedirektivets artikel 8[52].

62. I artikel 8, stk. 2, litra b), i rammedirektivet hedder det, at nationale myndigheder sikrer, at »der i den elektroniske kommunikationssektor hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning«. Domstolen har fastslået, at dette mål »kun [kan] garanteres, hvis de erhvervsdrivende er sikret lige muligheder«[53].

63. Efter min opfattelse sikres lige muligheder ikke, hvis virksomheder, der ejer faciliteter, som anvendes til udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, kan få den afgift, der er betalt for tilladelsen til at installere dem, tilbagebetalt fra den pris, der er forhandlet med de operatører, der anvender disse faciliteter, hvis, som det er tilfældet i hovedsagerne, det også kræves, at disse operatører skal betale kommunerne en brugsretsafgift. Under sådanne omstændigheder forvrides konkurrencen, fordi brugeren af faciliteterne bærer en dobbelt finansiel byrde. Dette kan afskrække operatører fra at søge adgang til markedet og resultere i højere priser for forbrugerne.

64. Afhængigt af afgiftsniveauet kan pålæggelse af afgifter for anvendelse af en anden virksomheds faciliteter tilskynde nye og eksisterende operatører til at investere i installation af deres egne faciliteter og udbrede deres eget net i stedet for at søge adgang til andres. Selv om jeg ikke har til hensigt at antyde, at investering i ny infrastruktur ikke kan fremme konkurrencebetingelserne og underminere

49 — Rammedirektivets 23. betragtning.

50 — Adgangsdirektivets 24. betragtning.

51 — Det er klart, at disse faciliteter først kan blive anvendt til den brug, de er bestemt til, af en hvilken som helst virksomhed, *efter* at de er installeret.

52 — Henvisningen til rammedirektivets artikel 8 blev indføjet i tilladelsesdirektivets artikel 13, efter at Europa-Parlamentet udtrykte betænkelighed ved, at forskellene mellem medlemsstaterne med hensyn til afgiftssystemer skabte hindringer for det indre marked. Jf. det ændrede forslag til tilladelsesdirektivet (KOM(2001) 372 endelig, s. 4.

53 — Jf. dom af 10.3.2011, sag C-85/10, Telefónica Móviles, Sml. I, s. 1575, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis.

dominerende stillinger hos virksomheder, der ejer betydelige dele af den eksisterende infrastruktur, er andre kritiske aspekter, at der kan opstå yderligere pres på tilgængelig adgang til »tilladelser til installation af faciliteter«, og omkostningerne ved at fremføre tjenesterne kan øges. Dette er vanskeligt at forene med kravet om, at medlemsstaterne tilskynder til delt brug af faciliteter og ejendom [54] og varetager dette ansvar med henblik på at »fremme effektiviteten og holdbar konkurrence samt skabe flest mulige fordele for slutbrugerne« [55].

65. Endelig mener jeg ikke, at tilladelsesdirektivets artikel 13 kan fortolkes således, at den omfatter afgifter for anvendelse af faciliteter, der ejes af en anden virksomhed, fordi brugen heraf ganske enkelt ikke er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

66. Formålet med tilladelsesdirektivet er at skabe en retlig ramme for at »sikre frit udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, således at disse kun er underlagt de vilkår, der er fastsat i dette direktiv« [56], og at harmonisere og forenkle regler og vilkår for tilladelser [57]. De fastsatte vilkår vedrører generelle tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, brugsret til radiofrekvenser og numre og tilladelser til at installere faciliteter [58].

67. Afgifter eller gebyrer er således omfattet af anvendelsesområdet for tilladelsesdirektivet, hvis de opkræves i forbindelse med adgang til markedet for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester eller til ressourcer såsom numre, radiofrekvenser og »tilladelser til installation af faciliteter«. Såfremt dette er tilfældet, kan medlemsstaterne kun afkræve gebyrer og afgifter til de formål og på de vilkår, der er beskrevet i tilladelsesdirektivets artikel 12 og 13 [59]. De må ikke opkræve andre gebyrer eller afgifter. Denne konklusion er i overensstemmelse med Domstolens afgørelse om, at medlemsstaterne ikke kan opkræve andre afgifter eller gebyrer i forbindelse med godkendelsesproceduren end dem, der er fastsat i direktiv 97/13 [60], som blev ophævet ved rammedirektivet [61]. Til forskel fra kommunen Tudela mener jeg således ikke, at en medlemsstat frit kan opkræve en afgift, der ikke er omfattet af tilladelsesdirektivets artikel 12 eller 13.

68. En afgift som den i hovedsagerne omhandlede pålægges i forbindelse med adgang til og samtrafik med faciliteter, der ejes af en anden virksomhed, og er derfor reguleret af adgangsdirektivet.

69. Adgangsdirektivet »fastsætter rettigheder og pligter for udbydere og virksomheder, der anmoder om samtrafik og/eller adgang til deres net eller tilhørende faciliteter« [62]. Det bygger på den vurdering, at »visse virksomheder er afhængige af en infrastruktur, der udbydes af andre selskaber, for at kunne fremføre deres tjenester« [63], og at »[p]å et marked med fri og åben konkurrence bør der ikke være begrænsninger, der hindrer virksomheder i at forhandle sig frem til indbyrdes adgangs- og samtrafikaftaler« [64]. Artikel 5 beskriver nationale tilsynsmyndigheders beføjelser og ansvar med hensyn

54 — Rammedirektivets artikel 12, stk. 1. Under de omstændigheder, der er beskrevet i dette direktivs artikel 12, stk. 2, og 23. betragtning, kan medlemsstaterne faktisk pålægge delt brug af faciliteter.

55 — Adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1.

56 — Tredje betragtning til tilladelsesdirektivet.

57 — Tilladelsesdirektivets artikel 1, stk. 1.

58 — I bilaget til tilladelsesdirektivet er anført en udtømmende liste over vilkår, der kan knyttes til en generel tilladelse (del A), til brugsret til radiofrekvenser (del B) og brugsret til numre (del C).

59 — Jeg er ikke enig med Kommissionen i, at artikel 13 fraviger artikel 12. Begge bestemmelser beskriver særskilte begivenheder, der kan pålægges en afgift eller et gebyr. Ordlyden tyder ligeledes på, at de i de to bestemmelser beskrevne afgifter og gebyrer ikke gensidigt udelukker hinanden, fordi artikel 12 f.eks. tager sigte på, at et administrationsgebyr kan pålægges virksomheder, som har fået tildelt brugsret, mens artikel 13 tillader medlemsstaterne at opkræve afgifter under hensyntagen til denne rettighed. Fortolkningen af artikel 12 er under alle omstændigheder genstand for andre verserende sager ved Domstolen, se f.eks. sag C-485/11, Kommissionen mod Frankrig.

60 — Dom af 21.7.2011, sag C-284/10, Telefónica de España, Sml. I, s. 6991, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis. Artikel 13 i forsyningspligtdirektivet tillader medlemsstaterne at fastsætte en deleordning for nettoomkostninger ved forsyningspligten.

61 — Jf. ovenfor, punkt 8.

62 — Adgangsdirektivets artikel 1, stk. 2.

63 — Sjette betragtning til adgangsdirektivet.

64 — Femte betragtning til adgangsdirektivet.

til adgang og samtrafik og opregner omstændigheder, hvor et statsligt indgreb er tilladt, når det ikke lykkes at nå til enighed på kommercielt grundlag, for at fremme og sikre den fornødne adgang, samtrafik og interoperabilitet mellem tjenester [65]. Dette ansvar skal varetages »med henblik på at fremme effektiviteten og holdbar konkurrence samt skabe flest mulige fordele for slutbrugerne« [66]. Til dette formål kan nationale myndigheder forpligte virksomheder til at tilbyde adgang og samtrafik med henblik på at øge konkurrencen og pålægge de forpligtelser, der er beskrevet i artikel 9-13 i adgangsdirektivet [67].

70. Adgangsdirektivet indeholder ingen bestemmelser om beføjelser til at kræve, at brugere betaler en afgift for adgang til og samtrafik med en anden virksomheds faciliteter [68]. Selv om jeg godtager, at medlemsstaterne er i besiddelse af en skønsbeføjelse med hensyn til at vælge form og metode til at gennemføre direktiver, mener jeg, at en afgift af den type, der er omhandlet i hovedsagerne, udgør en betydelig hindring for, at mobiltelefonioperatører frit kan udbyde deres tjenester, og den kan ikke tjene nogen af formålene med adgangsdirektivet eller de øvrige indbyrdes forbundne direktiver eller gennemføre nogen af de forpligtelser, der er påtaget i henhold til disse direktiver.

71. Jeg konkluderer derfor, at tilladelsesdirektivets artikel 13 ikke tillader medlemsstaterne at afkræve mobiltelefonioperatører en afgift for deres anvendelse af faciliteter, der er installeret på offentlig ejendom og ejes af en anden virksomhed, fordi en sådan afgift ikke opkræves som vederlag for »tilladelser til installation af faciliteter«.

Det andet spørgsmål

72. Det andet spørgsmål vedrører betydningen af tilladelsesdirektivets artikel 13, andet punktum.

73. Som jeg har anført, mener jeg ikke, at tilladelsesdirektivets artikel 13 danner grundlag for at pålægge afgifter af den type, der er omhandlet i hovedsagerne [69]. På baggrund heraf er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål.

74. For det tilfælde, at Domstolen ikke skulle være enig i mit forslag til afgørelse af det første spørgsmål, vil jeg behandle betydningen af kravet om, at afgifterne skal være »ikke-diskriminerende […] objektivt begrundede og forholdsmæssigt afpassede efter det tilsigtede mål« [70]. Det tilkommer da den nationale ret at afgøre, om den pågældende afgift opfylder disse betingelser.

75. Det andet spørgsmål vedrører endvidere betydningen af udtrykket »behovet for at sikre, at [den pågældende ressource] anvendes optimalt« [71]. Efter min mening hører dette krav til tilladelsesdirektivets artikel 13, første punktum [72]. Hvis en afgift ikke afspejler dette behov, er det unødvendigt at undersøge betingelserne i andet punktum.

65 — Sjette betragtning til adgangsdirektivet.

66 — Adgangsdirektivets artikel 5, stk. 1.

67 — Adgangsdirektivets artikel 5 og artikel 8, stk. 1.

68 — I de bestemmelser, der under visse omstændigheder tillader medlemsstaterne at kontrollere priserne på markeder med utilstrækkelig konkurrence, adgangsomkostninger og samtrafik, henvises der navnlig ikke til en beføjelse til at opkræve en afgift for brugen af faciliteter og heller ikke til behovet for at tage hensyn til en afgift, der skal betales ved etablering af f.eks. en ordning for tilbagebetaling af omkostningerne eller en prisansættelsesmetode.

69 — Jf. ovenfor, punkt 47-71.

70 — Det andet spørgsmål henviser ikke til kravet om transparens.

71 — Domstolen har fastslået, at »fastsættelsen af afgiftsbeløbet forudsætter komplekse vurderinger af økonomisk art«, og således »kan det ikke kræves af de nationale myndigheder, at de i den forbindelse skal overholde strenge kriterier, når de blot holder sig inden for de grænser, som fællesskabsretten har afstukket«, dom af 22.5.2003, sag C-462/99, Connect Austria, Sml. I, s. 5197, præmis 92. Jf. ligeledes Telefónica Móviles-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 25.

72 — Jf. ovenfor, punkt 62-64.

Kravet om, at afgiften skal være objektivt begrundet

76. Efter min opfattelse er en afgift i henhold til tilladelsesdirektivets artikel 13 ikke objektivt begrundet, hvis dens værdi ikke er forbundet med intensiteten af anvendelsen af den »knappe« ressource og nutidsværdien og den fremtidige værdi af denne anvendelse. I den henseende anføres det i tilladelsesdirektivet, at afgifter for tilladelser til at installere faciliteter kan afkræves de enkelte foretagender [73].

77. Medlemsstaterne må efter min mening ikke pålægge afgifter for tilladelser til at installere faciliteter, som angiveligt afspejler behovet for at sikre optimal anvendelse af »tilladelser til installation af faciliteter«, men som ikke etableres på grundlag af parametre, som er forbundet med dette mål, såsom intensitet, varighed og værdi af virksomhedens anvendelse af den pågældende ejendom eller alternative anvendelser af ejendommen [74].

78. Såfremt Domstolen godtager, at artikel 13, første punktum, omfatter en afgift for *anvendelsen* af faciliteter, mener jeg, at de samme principper bør finde anvendelse. Under disse omstændigheder påvirker anvendelsen af faciliteter tilgængeligheden af »tilladelser til installation af faciliteter«. Det må således være muligt at fastsætte afgiftens værdi på en måde, der repræsenterer intensiteten af denne anvendelse af den »knappe« ressource såvel som af alternative anvendelser.

79. Det forekommer nærliggende, at en afgift, der baseres på en virksomheds bruttoindtægt, hovedsagelig opkræves for at generere indtægt, hvilket ikke er en objektiv begrundelse for en afgift som omhandlet i tilladelsesdirektivets artikel 13 [75]. Domstolen har ligeledes fastslået, at beregningen af en afgift (beskrevet i tilladelsesdirektivets artikel 13) på grundlag af den pågældende virksomheds omsætning indebærer en betydelig forøgelse af det afgiftspligtige beløb og således »skaber en væsentlig hindring for den frie udveksling af teletjenester« [76]. Den omstændighed, at afgiften eventuelt hovedsagelig påvirker dominerende udbydere, ændrer ikke denne konklusion.

Kravet om, at afgiften skal være forholdsmæssigt afpasset

80. En afgift er ikke forholdsmæssigt afpasset, hvis den er beregnet på grundlag af parametre og fastsat på et niveau, som går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre optimal anvendelse af den »knappe« ressource, som afgiften tilsigter at beskytte.

81. Dette er ligeledes tilfældet, hvis afgiften enten er så høj, at den afskrækker fra at investere i installation af net og faciliteter og forhindrer konkurrence, eller så lav, at det har en negativ indvirkning på en effektiv forvaltning af ressourcernes anvendelse [77].

82. I modsætning til Tribunal Supremo godtager jeg imidlertid ikke, at det i alle situationer er korrekt, at jo mere intensiv anvendelsen af de »knappe« ressourcer er, desto højere afgifter bør der pålægges for anvendelsen. Man kan f.eks. forestille sig en situation, hvor en afgift for tilladelser til at installere faciliteter bliver nedsat for at tage hensyn til, i hvilket omfang en virksomhed tillader, at dens faciliteter anvendes af andre virksomheder. Under disse omstændigheder kan en *lavere* afgift for en mere intensiv anvendelse bidrage til optimal anvendelse af ejendommen.

73 — 31. betragtning.

74 — I Telefónica Móviles-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 28, var Domstolen enig med den spanske regering og Kommissionen i, at »afgiften fastsættes til et passende beløb, der bl.a. afspejler værdien af anvendelsen af disse [knappe] ressourcer, hvilket kræver, at der tages hensyn til den økonomiske og tekniske situation på det pågældende marked«.

75 — I redegørelsen for afgiftens historiske baggrund syntes kommunen Tudela at acceptere, at det oprindelige mål med afgiften var at generere indtægter på grundlag af udbyttet fra anvendelse af det lokale offentlige areal, dvs. værdien af de tjenester, der blev udbudt ved anvendelse af faciliteter, der var installeret på det pågældende areal.

76 — Dom af 18.9.2003, forenede sager C-292/01 og C-293/01, Albacom and Infostrada, Sml. I, s. 9449, præmis 39 og 40.

77 — Jf. ligeledes Telefónica Móviles-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 29.

83. Kommunen Tudela har endvidere gjort gældende, at afgifterne skal beregnes på grundlag af parametre, der repræsenterer markedsværdien af den offentlige ejendom, som faciliteterne installeres på.

84. Selv hvis afgiften kan opkræves i henhold til artikel 13, første punktum (hvad jeg ikke anerkender), overbeviser dette argument mig ikke.

85. I de i kommunerne anvendte beregningsmetoder er det eneste relevante parameter antallet af faste telefonlinjer, der installeres i kommunen i et givet år. Dette tal har imidlertid ingen sammenhæng med mobiltelefonioperatørens særlige anvendelse af faciliteter, der ejes af en anden virksomhed. Mobiltelefonioperatørers markedsandel på det lokale marked har heller ingen åbenbar sammenhæng med intensiteten af deres anvendelse af kommunal ejendom, som de relevante net og tilknyttede faciliteter er installeret på, men den kan dog have en forbindelse til behovet for adgang til og samtrafik med disse net og faciliteter.

86. Hvad angår den gennemsnitlige mobiltelefonibrug pr. bymæssig enhed og antallet af indbyggere og gennemsnitligt forbrug for telefon og tjenester pr. mobiltelefon kan disse parametre eventuelt have en sammenhæng med brugsintensiteten af net og faciliteter, der ejes af en anden virksomhed. De synes ikke desto mindre at savne enhver forbindelse til de faktiske mobiltelefonitjenester, der fremføres af den operatør, der betaler afgiften, og til hvilke de faciliteter, der er installeret på offentlig virksomhed, blev anvendt.

Kravet om, at afgiften skal være ikke-diskriminerende

87. En afgift er diskriminerende, når »sammenlignelige tilfælde [behandles] forskelligt, [og] stiller visse erhvervsdrivende dårligere i forhold til andre, uden at denne forskellige behandling er tilstrækkeligt begrundet i objektive forskelle af en vis vægt«[78]. Dette kan f.eks. være tilfældet, når afgifter, der afkræves operatører, der gør sammenlignelig brug af en ressource, ikke er ligeværdige i økonomisk henseende, eller når operatører, der afkræves afgifter i forbindelse med forskellige anvendelser, behandles som ligeværdige[79].

88. Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om mobil- og fastnettelefonioperatører, uanset vedtægtsmæssigt hjemsted, som anvender faciliteter installeret på, over eller under offentlig ejendom, er i sammenlignelige situationer. I den forbindelse finder jeg det relevant, om de hver især har sammenlignelig adgang til og samtrafik med en anden virksomheds faciliteter, der er installeret på offentlig (eller privat) ejendom, til at fremføre deres tjenester, og om de er i et konkurrenceforhold.

89. Såfremt den forelæggende ret finder, at de er i sammenlignelige situationer, skal det afgiftspligtige beløb for deres brug af en anden virksomheds faciliteter beregnes på grundlag af de samme objektive parametre. Dette er også i overensstemmelse med pligten til at hindre diskriminering mod brugen af en bestemt type teknologi[80]. Såfremt operatører af fastnettelefoni, som har samtrafik med en anden virksomheds faciliteter, i afgiften til kommunen kan fradrage omkostninger til samtrafik, skal mobiltelefonioperatører i samme situation også have dette valg.

90. Efter min opfattelse er det ikke relevant i henhold til tilladelsesdirektivets artikel 13, om brugeren er indehaver af faciliteterne. Afgørende for denne bestemmelse er derimod den begivenhed, der udløser afgiftspligten. Den samme beregningsmetode bør således anvendes til at fastlægge afgiftspligten for telefonoperatører, som ikke er indehavere af faciliteter, og dem, der er det, og som gør

78 — Connect Austria-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 71, præmis 115 og den deri nævnte retspraksis. Jf. ligeledes dom af 2.4.2009, sag C-431/07 P, Bouygues og Bougues Télécom mod Kommissionen, Sml. I, s. 2665, præmis 114 og den deri nævnte retspraksis.

79 — Jf. Telefónica Móviles-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis.

80 — 18. betragtning til rammedirektivet.

sammenlignelig brug af dem. Under disse omstændigheder, og hvis det antages, at national ret ligeledes pålægger afgift for tilladelser til at installere faciliteter, indebærer en bekræftende besvarelse af det første spørgsmål, at visse virksomheder skal betale afgift både for at installere faciliteter *og* for deres anvendelse af faciliteter. Dette er den logiske følge af at godtage den spanske regerings argument [81].

91. Derimod synes virksomheder, der installerer faciliteter, uanset om de er mobiltelefonioperatører, ikke at være i en sammenlignelig situation med mobiltelefonioperatører, der anvender en anden virksomheds faciliteter. De førstnævntes brug af offentlige arealer påvirker direkte tilgængeligheden af adgang til denne ressource og indvirker negativt på ejerens eneret til den. De sidstnævntes brug har ikke en sådan virkning. Økonomisk set kan disse to typer af anvendelse ikke anses for ligeværdige.

Konklusion

92. Jeg mener derfor, at svaret på det andet spørgsmål er, at en afgift er fastsat på vilkår, der ikke opfylder kravene om en objektiv begrundelse, forholdsmæssighed og ikke-diskrimination, hvis den beregnes på grundlag af indtægten fra en virksomheds markedsandel og andre parametre, som savner enhver forbindelse til tilgængeligheden af adgang til en »knap« ressource som følge af virksomhedens faktiske anvendelse af denne ressource.

Det tredje spørgsmål

93. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om tilladelsesdirektivets artikel 13 har direkte virkning.

94. Det følger af fast retspraksis, at hvor bestemmelserne i et direktiv fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, kan borgerne påberåbe sig disse bestemmelser for de nationale domstole over for staten, enten når staten ikke rettidigt har gennemført direktivet i national ret, eller når den ikke har gennemført det korrekt [82].

95. Det tredje spørgsmål opstår, fordi Vodafone og Orange har påberåbt sig tilladelsesdirektivets artikel 13 med henblik på at bestride de afgifter, der er pålagt af de tre kommuner. Den spanske regering og kommunen Tudela er af den opfattelse, at det er unødigt at besvare det tredje spørgsmål, fordi afgiften ikke strider imod tilladelsesdirektivet.

96. Efter min mening har artikel 13 direkte virkning.

97. Som flere parter har påpeget i deres indlæg, fastslog Domstolen i Connect Austria-dommen, at artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13 havde direkte virkning [83]. I denne bestemmelse hed det, at der kan pålægges afgifter, »hvis der kun er knappe ressourcer«, og »for at sikre, at sådanne ressourcer anvendes optimalt«. Direktiv 97/13 blev ophævet ved rammedirektivet [84].

81 — Det forekommer mig ligeledes, at under disse omstændigheder kan operatører, der anvender andre virksomheders faciliteter, ikke undgå at betale afgiften ved at investere i udviklingen af deres egen infrastruktur.

82 — Dom af 3.3.2011, sag C-203/10, Auto Nikolovi, Sml. I, s. 1083, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis.

83 — Nævnt ovenfor i fodnote 71.

84 — Jf. ovenfor, punkt 8.

98. Jeg finder ordlyden af tilladelsesdirektivets artikel 13 mere klar og præcis end ordlyden af artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13[85]. De omstændigheder, hvorunder medlemsstaterne kan opkræve en afgift i henhold til tilladelsesdirektivets artikel 13, er defineret utvetydigt, og artikel 13 kræver ingen gennemførelsesforanstaltninger for, at en person kan påberåbe sig den over for en medlemsstat, som pålægger en afgift under omstændigheder, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 13.

99. Jeg mener følgelig, at svaret på det tredje spørgsmål er, at tilladelsesdirektivets artikel 13 har direkte virkning.

Forslag til afgørelse

100. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Tribunal Supremos spørgsmål besvares således:

»1) Artikel 13 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet) tillader ikke medlemsstaterne at afkræve mobiltelefonioperatører en afgift for anvendelsen af faciliteter, der er installeret på offentlig ejendom og ejes af en anden virksomhed.

2) Tilladelsesdirektivets artikel 13, andet punktum, skal fortolkes således, at en afgift ikke opfylder kravene om objektiv begrundelse, forholdsmæssighed og ikke-diskrimination samt behovet for at sikre optimal anvendelse af de pågældende ressourcer, hvis den er baseret på en virksomheds indtægt eller markedsandel eller på andre parametre, som ikke har nogen sammenhæng med tilgængeligheden af adgang til en »knap« ressource som følge af virksomhedens faktiske anvendelse af denne ressource.

3) Artikel 13 i tilladelsesdirektivet har direkte virkning.«

85 — I modsætning til kommunen Tudela finder jeg det irrelevant for Domstolens behandling af det tredje spørgsmål, at Tribunal Supremo tidligere har behandlet afgiftens lovlighed *uden* at tage hensyn til EU-retten. Jeg er heller ikke overbevist af argumentet om, at den blotte forekomst af uenighed mellem parterne om betydningen af udtrykket »installere faciliteter« påviser, at ordlyden af artikel 13 mangler klarhed og præcision, og at bestemmelsen derfor ikke kan have direkte virkning.