CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 22 maart 2012[1]

Gevoegde zaken C-55/11, C-57/11 en C-58/11

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

[verzoek van het Tribunal Supremo (Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Elektronischecommunicatienetwerken en -diensten — Machtigingsrichtlijn — Vergoedingen voor rechten om faciliteiten te installeren — Rechtstreekse werking"

1. In deze verzoeken om een prejudiciële beslissing gaat het om de vraag of de lidstaten krachtens artikel 13 van richtlijn 2002/20/EG[2] (hierna: „machtigingsrichtlijn") aan ondernemingen die gebruikmaken van een netwerk om mobieletelefoniediensten te leveren[3], maar niet de eigenaar van dat netwerk zijn, een vergoeding mogen vragen voor het recht om faciliteiten op het gemeentelijke publieke domein te installeren, en zo ja, onder welke voorwaarden. Daarnaast wordt het Hof gevraagd of deze bepaling rechtstreekse werking heeft.

Rechtskader

Elektronischecommunicatierichtlijnen van de Europese Unie (EU)

Richtlijn 97/13/EG[4]

2. Bij richtlijn 97/13 is een gemeenschappelijk kader tot stand gebracht voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten, gebaseerd op beginselen die „alle machtigingen dienen te bestrijken die voor het verstrekken van telecommunicatiediensten en voor de totstandbrenging en/of exploitatie van infrastructuren voor het verstrekken van telecommunicatiediensten worden vereist".[5]

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn) (PB L 108, blz. 21).

3 — Ik zal deze ondernemingen die mobieletelefoniediensten leveren mobieletelefonie-exploitanten noemen.

4 — Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PB L 117, blz. 15).

5 — Punt 2 van de considerans van richtlijn 97/13.

3. In de artikelen 6 en 11 zijn vergoedingen en heffingen neergelegd die lidstaten konden opleggen voor respectievelijk algemene machtigingsprocedures en individuele vergunningen. Artikel 11, lid 2, bepaalde:

„Indien gebruik moet worden gemaakt van schaarse hulpbronnen, kunnen de lidstaten [...] hun nationale regelgevende instanties toestaan heffingen te innen om een optimaal gebruik van deze hulpbronnen te waarborgen. Die heffingen dienen niet-discriminerend te zijn en met name rekening te houden met de noodzaak de ontwikkeling van innovatieve diensten en concurrentie te bevorderen."

Het pakket richtlijnen van 2002

4. Sinds 2002 worden elektronischecommunicatienetwerken en -diensten hoofdzakelijk geregeld door een pakket van vijf samenhangende richtlijnen:[6] de kaderrichtlijn[7], de machtigingsrichtlijn[8], de toegangsrichtlijn[9], de universeledienstrichtlijn[10] en de richtlijn over de persoonlijke levenssfeer en elektronische communicatie[11]. Hierna zal ik ze samen het „pakket richtlijnen van 2002" noemen.

– De kaderrichtlijn

5. In artikel 8 van de kaderrichtlijn worden de beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen omschreven die de lidstaten bij de omzetting van het pakket richtlijnen van 2002 moeten verwezenlijken:

„[...]

2. De nationale regelgevende instanties bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:

a) zij zorgen ervoor dat de gebruikers [...] maximaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;

b) zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is;

[...]

6 — Bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB L 337, blz. 37) zijn sommige bepalingen van deze richtlijnen gewijzigd, maar artikel 13 van de machtigingsrichtlijn niet. De richtlijn moest op 25 mei 2011 zijn omgezet. Het hoofdgeding heeft betrekking op gemeentelijke verordeningen die vóór dat tijdstip waren vastgesteld; in deze conclusie zal ik daarom verwijzen naar de tekst van het pakket richtlijnen van 2002 van voor de wijziging.

7 — Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33).

8 — Aangehaald in voetnoot 2.

9 — Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn) (PB L 108, blz. 7).

10 — Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn) (PB L 108, blz. 51).

11 — Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (PB L 201, blz. 37).

3. De nationale regelgevende instanties dragen bij aan de ontwikkeling van de interne markt, onder meer op de volgende wijze:

a) zij heffen resterende belemmeringen op voor het aanbieden van elektronischecommunicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten en diensten en elektronischecommunicatiediensten op Europees niveau;

[...]".

6. In artikel 11, met het opschrift „Doorgangsrechten" [12], zijn de beginselen van transparantie en non-discriminatie neergelegd die lidstaten in acht moeten nemen wanneer hun instanties een aanvraag behandelen voor rechten om faciliteiten op, boven of onder openbaar of particulier eigendom te installeren.

7. Overeenkomstig artikel 12, lid 1, moedigen de lidstaten het gedeeld gebruik aan van deze faciliteiten die op, over of onder openbaar of particulier eigendom zijn geïnstalleerd.

8. Bij artikel 26 werd richtlijn 97/13 ingetrokken. [13] Anders dan de artikelen 6 en 11 van deze laatste richtlijn gaat de kaderrichtlijn niet uitdrukkelijk in op vergoedingen en heffingen die lidstaten mogen opleggen. De bepalingen hierover zijn te vinden in de machtigingsrichtlijn.

– De machtigingsrichtlijn

9. De machtigingsrichtlijn schept „een juridisch kader dat de vrijheid waarborgt om elektronischecommunicatienetwerken en -diensten te leveren uitsluitend onder de in deze richtlijn bepaalde voorwaarden en met inachtneming van eventuele beperkingen overeenkomstig [artikel 52, lid 1, VWEU]". [14] Volgens punt 31 van de considerans zal het „[o]nder een algemeen machtigingssysteem [...] niet langer mogelijk zijn administratieve kosten en dus bijdragen op te leggen aan individuele ondernemingen, tenzij voor het toekennen van gebruiksrechten voor nummers, van radiofrequenties en van rechten om faciliteiten te installeren".

10. De machtigingsrichtlijn heeft tot doel „door middel van harmonisatie en vereenvoudiging van de regels en voorwaarden inzake machtigingen, een interne markt voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten te realiseren teneinde het aanbieden ervan in de [EU] te vergemakkelijken". [15]

12 — De term „rights of way" heeft in de Engelstalige versie van deze richtlijn klaarblijkelijk een bredere betekenis dan in rechtsordes die het Engels (en mogelijk andere talen) gebruiken gangbaar is; hij behelst immers het recht om faciliteiten op, boven of onder een erf van een ander te installeren en niet enkel het recht om over een erf te gaan of te rijden. Om verwarring te vermijden, zal ik de term doorgangsrechten in deze conclusie tussen aanhalingstekens zetten om aan te geven dat hij wordt gebruikt in de zin van de richtlijn.

13 — Artikel 26 van de kaderrichtlijn.

14 — Punt 3 van de considerans van de machtigingsrichtlijn. Zie ook artikel 3, lid 1.

15 — Artikel 1, lid 1, van de machtigingsrichtlijn.

11. De richtlijn brengt een algemeen machtigingssysteem tot stand. Als eenmaal machtiging is verleend, kunnen lidstaten het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten niet langer afhankelijk stellen van „een expliciet besluit of andere bestuurshandeling van de nationale regelgevende instantie”.[16] Zij moeten een zo licht mogelijk algemeen machtigingssysteem hanteren om het aanbieden van deze elektronischecommunicatienetwerken en -diensten mogelijk te maken[17] en ondernemingen bepaalde rechten krachtens EU-recht te bieden[18].

12. Artikel 4, lid 1, sub b, van de machtigingsrichtlijn bepaalt dat een onderneming met een algemene machtiging het recht heeft „op behandeling van [haar] aanvragen voor de nodige rechten voor het installeren van faciliteiten overeenkomstig artikel 11 van [de kaderrichtlijn]”.[19] Lidstaten kunnen beslissen of zij deze rechten toekennen „aan andere ondernemingen dan aanbieders van elektronischecommunicatienetwerken of -diensten”.[20]

13. Een onderneming met een algemene machtiging die elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aanbiedt, moet ook het recht hebben „te onderhandelen over interconnectie met en eventueel toegang of interconnectie te verkrijgen van andere aanbieders [...] onder de voorwaarden van en overeenkomstig [de toegangsrichtlijn]”.[21]

14. Als een lidstaat „administratieve bijdragen [oplegt] aan ondernemingen die een dienst of een netwerk aanbieden in het kader van de algemene machtiging of waaraan een gebruiksrecht is verleend”, moeten deze bijdragen in overeenstemming zijn met de voorwaarden in artikel 12, lid 1, van de machtigingsrichtlijn. Dus zij:

„a) dienen uitsluitend ter dekking van de administratiekosten die voortvloeien uit het beheer, de controle van en het toezicht op de naleving van het algemene machtigingssysteem van de gebruiksrechten en van de specifieke verplichtingen van artikel 6, lid 2, die ook de kosten kunnen omvatten voor [...] regelgevende werkzaamheden in het kader van de opstelling en handhaving van afgeleide wetgeving en administratieve besluiten, zoals besluiten betreffende toegang en interconnectie; en

b) worden opgelegd aan individuele ondernemingen volgens een objectieve, transparante en evenredige verdeling, die de extra administratiekosten en daarmee samenhangende bijdragen tot een minimum beperkt.”

16 — Artikel 3, lid 2, van de machtigingsrichtlijn. Zie tevens punt 8 van de considerans.

17 — Punt 7 van de considerans van de machtigingsrichtlijn. Een algemene machtiging is regelgeving waarbij een lidstaat „rechten [verleent] voor het aanbieden van elektronischecommunicatienetwerken of -diensten en specifieke sectorgebonden verplichtingen [vaststelt] die [...] kunnen gelden voor alle of voor specifieke soorten elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, overeenkomstig deze richtlijn”: artikel 2, lid 2, sub a, van de machtigingsrichtlijn. In de bijlage bij de machtigingsrichtlijn worden de voorwaarden opgesomd die aan een algemene machtiging kunnen worden verbonden.

18 — Artikel 4 van de machtigingsrichtlijn. Zie tevens punt 10 van de considerans.

19 — Zie hierboven, punt 6.

20 — Punt 14 van de considerans van de machtigingsrichtlijn.

21 — Artikel 4, lid 2, sub a, van de machtigingsrichtlijn.

15. Artikel 13 van de machtigingsrichtlijn bepaalt:

„De lidstaten kunnen de betrokken instantie toestaan de gebruiksrechten voor radiofrequenties of nummers of rechten om faciliteiten te installeren op, boven of onder openbare of particuliere eigendom, te onderwerpen aan vergoedingen die ten doel hebben een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen. De lidstaten zorgen ervoor dat deze vergoedingen objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het beoogde doel en zij houden rekening met de doelstellingen van artikel 8 van [de kaderrichtlijn]." [22]

– De toegangsrichtlijn

16. De toegangsrichtlijn „harmoniseert [...] de wijze waarop de lidstaten de toegang tot en de interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten reguleren". [23] Zij geeft aan dat „[e]en exploitant [...] eigenaar [kan] zijn van het betrokken netwerk of de betrokken faciliteiten of [...] deze geheel of gedeeltelijk [kan] huren". [24]

17. Onder „toegang" wordt verstaan, „het beschikbaar stellen van faciliteiten en/of diensten aan een andere onderneming, onder uitdrukkelijke voorwaarden, hetzij op exclusieve hetzij op niet-exclusieve basis, met het oog op het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten". Dat omvat „toegang tot netwerkonderdelen en bijbehorende faciliteiten dat met zich mee kan brengen het koppelen van apparaten door middel van vaste of mobiele middelen [...]; toegang tot materiële infrastructuur waaronder gebouwen, kabelgoten en masten; toegang tot programmatuursystemen [...]; toegang tot vaste en mobiele netwerken [...]". [25]

18. Onder „interconnectie" wordt verstaan, „het fysiek en logisch verbinden van openbare communicatienetwerken die door dezelfde of een andere onderneming worden gebruikt om het de gebruikers van een onderneming mogelijk te maken te communiceren met die van dezelfde of van een andere onderneming of toegang te hebben tot diensten die door een andere onderneming worden aangeboden." [26]

Richtlijn 2002/77/EG [27]

19. Richtlijn 2002/77 legt beginselen vast voor de mededinging op de markten voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten. Artikel 2, lid 3, bepaalt: „De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat er geen beperkingen worden opgelegd of in stand gehouden ten aanzien van het verrichten van elektronischecommunicatiediensten via [...] door derden aangeboden infrastructuren, of door het delen van netwerken, andere voorzieningen en terreinen", onverminderd de bepalingen van de richtlijnen van het pakket van 2002.

22 — Waar de Engelstalige versie (zoals de meeste andere taalversies) van deze bepaling spreekt van rechten om *faciliteiten* te installeren en *middelen* optimaal te gebruiken, wordt in andere taalversies (waaronder de Spaanse, de Franse en de Portugese) het woord „middelen" voor beide begrippen gebruikt. Het onderscheid tussen beide moet voor ogen worden gehouden bij lezing van de conclusie in een van die andere talen, meer bepaald in verband met de betekenis van de eerste volzin van artikel 13 en in de context van de tweede gerezen vraag.

23 — Artikel 1, lid 1, van de toegangsrichtlijn.

24 — Punt 3 van de considerans van de toegangsrichtlijn.

25 — Artikel 2, sub a, van de toegangsrichtlijn.

26 — Artikel 2, sub b, van de toegangsrichtlijn.

27 — Richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (PB L 249, blz. 21).

Nationaal recht

20. Het pakket richtlijnen van 2002 is door Spanje omgezet bij Ley General 32/2003 [28] (algemene wet nr. 32/2003; hierna: „Ley General"). Artikel 49, lid 3, van de Ley General bepaalt:

„[...] de heffingen op het gebruik van de openbare frequenties, de nummers en het publieke domein dat noodzakelijk is voor het opzetten van elektronischecommunicatienetwerken [hebben] tot doel het optimale gebruik van deze hulpbronnen te waarborgen, rekening houdend met de schaarste en de waarde van het goed waarvan het gebruik wordt toegekend. Deze heffingen moeten niet-discriminerend, transparant, objectief gerechtvaardigd en evenredig aan het nagestreefde doel zijn.

[...]"

21. Naar Spaans recht genieten gemeenten in de communicatiesector een zekere mate van fiscale autonomie. Bij Real Decreto legislativo 2/2004 [29] (koninklijk wetsbesluit nr. 2/2004; hierna: „Real Decreto") is de herziene tekst van de Ley reguladora de las Haciendas Locales [30] (wet tot regeling van de lokale financiën) goedgekeurd. Op grond daarvan zijn plaatselijke overheden bevoegd vergoedingen op te leggen voor het privatieve of bijzondere gebruik van het plaatselijke publieke domein, in het bijzonder onder, op of boven gemeentelijke openbare wegen. [31]

22. Er zijn twee verschillende grondslagen om de verschuldigde vergoeding vast te stellen. Volgens de algemene formule wordt de hoogte van de vergoeding berekend op basis van de marktwaarde die het gebruik van het grondstuk zou hebben als het niet in handen van de overheid was geweest. [32] Volgens de bijzondere formule wordt de vergoeding gebaseerd op 1,5 % van de bruto-omzet van de exploitant in de betrokken gemeente (min de kosten van interconnectie). [33] Deze laatste formule wordt toegepast in gevallen van intensief gebruik en als het moeilijk is de waarde van het gebruik van het publieke domein vast te stellen. De algemene formule wordt toegepast in gevallen van minder intensief of sporadisch gebruik. De bijzondere formule kan niet worden gebruikt om de vergoeding te berekenen die mobieletelefonie-exploitanten verschuldigd zijn.

23. Onder meer de gemeenten Torremayor, Santa Amalia en Tudela hebben de Ley General en het Real Decreto omgezet. [34]

24. De gemeente Torremayor heft een vergoeding voor:

„[...] privatief of bijzonder gebruik op, onder of boven de gemeentelijke openbare wegen door ondernemingen of instanties die het publieke domein gebruiken voor de aanbieding van diensten van algemeen belang of diensten die de meerderheid of een groot deel van de buurtbewoners betreffen." [35]

25. Mobiele telefonie is een van de diensten waarvoor deze vergoeding wordt geheven. [36]

28 — Ley General de Telecomunicaciones.

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.

30 — Texto refundido de la ley reguladora de las haciendas locales.

31 — Artikel 20, leden 1 en 3, van het Real Decreto.

32 — Artikel 24, lid 1, sub a, van het Real Decreto.

33 — Artikel 24, lid 1, sub c, van het Real Decreto.

34 — Ongeveer 1 390 van de ruim 8 000 gemeenten in Spanje hebben de relevante regelgeving omgezet op basis van een van de twee modelverordeningen die door de Federación Española de Municipios y Provincias zijn opgesteld.

35 — Artikel 2, lid 1, van de Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento del dominio público a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general (belastingverordening inzake de heffing op het bijzondere gebruik van het publieke domein door ondernemingen die diensten van algemeen belang aanbieden; hierna: „belastingverordening van Torremayor"), vastgesteld door het gemeentebestuur van Torremayor.

36 — Artikel 2, lid 3 van de belastingverordening van Torremayor.

26. Artikel 2, lid 2, van de belastingverordening van Torremayor bepaalt dat er sprake is van bijzonder gebruik „wanneer voor het verrichten van een dienst gebruik moet worden gemaakt van antennes, apparatuur of netwerken op, onder of boven de gemeentelijke openbare wegen, ongeacht wie er het bezit van heeft".

27. Artikel 3, lid 1, bepaalt wie belastingplichtig is. Artikel 3, lid 2, bepaalt:

„De in het vorige lid bedoelde ondernemingen en exploitanten zijn aan de [...] heffing onderworpen, zowel wanneer zij exploitant zijn van de desbetreffende netwerken die zij gebruiken om de leveringen te verrichten als wanneer zij geen exploitant zijn van deze netwerken, maar houder zijn van gebruiksrechten voor, toegangsrechten tot of interconnectierechten met deze netwerken."

28. De verordening van de gemeente Santa Amalia [37] is identiek aan die van Torremayor, die van de gemeente Tudela [38] is daarmee vergelijkbaar.

29. De drie gemeenten gebruiken dezelfde formule voor het berekenen van de vergoeding.

30. Voor de berekening van het verschuldigde bedrag wordt de basisvergoeding vermenigvuldigd met een coëfficiënt die staat voor het marktaandeel van de exploitant aan wie de vergoeding wordt opgelegd. De basisvergoeding wordt berekend aan de hand van een formule met de factoren geschat gemiddeld telefoongebruik per stadsdeel, aandeel van mobieletelefoniegebruik, aantal in de gemeente geïnstalleerde vaste telefoonlijnen, aantal inwoners van de gemeente en geschat gemiddeld gebruik van telefonie en diensten per mobiele telefoon.

31. In 2008 vroeg Tudela bijvoorbeeld een vergoeding van 41 348 EUR van Vodafone (gebaseerd op een marktaandeel van 32,54 %) en van 21 830 EUR aan Orange (gebaseerd op een marktaandeel van 17,18 %).

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

32. De drie gemeentelijke verordeningen zijn voor de Spaanse rechter aangevochten door mobieletelefonie-exploitanten die voor de levering van hun diensten gebruikmaken van faciliteiten die eigendom zijn van andere ondernemingen.

33. De klachten van Vodafone España, SA (hierna: „Vodafone") tegen de belastingverordeningen van Santa Amalia en van Tudela, en van France Telecom España, SA (hierna: „Orange") tegen de belastingverordening van Torremayor zijn verworpen. Deze beslissingen zijn elk afzonderlijk bestreden voor het Tribunal Supremo, dat het Hof de volgende prejudiciële vragen heeft gesteld:

„1) Moet artikel 13 van [de machtigingsrichtlijn] aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een vergoeding voor rechten om faciliteiten te installeren op het gemeentelijke publieke domein kan worden gevraagd aan ondernemingen die geen exploitant van het netwerk zijn maar het gebruiken voor de levering van mobieletelefoniediensten?

37 — 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 (belastingverordening inzake de heffing op het bijzondere gebruik van het plaatselijke publieke domein door ondernemingen die diensten van algemeen belang aanbieden; hierna: „belastingverordening van Santa Amalia"), vastgesteld door het gemeentebestuur Santa Amalia.

38 — Ordenanza Fiscal reguladora de las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonica móvil en el término municipal de Tudela (belastingverordening inzake de heffing op het privatieve of bijzondere gebruik van het plaatselijke publieke domein door ondernemingen die mobieletelefoniediensten aanbieden op het grondgebied van Tudela; hierna: „belastingverordening van Tudela").

2) Indien de heffing als verenigbaar wordt beschouwd met artikel 13 van [de machtigingsrichtlijn], voldoen de omstandigheden waarin de bestreden plaatselijke verordening de vergoeding oplegt aan de vereisten van objectiviteit, evenredigheid en non-discriminatie van dit artikel, en aan de noodzaak om het optimale gebruik van de betrokken hulpbronnen te waarborgen?

3) Heeft artikel 13 van de machtigingsrichtlijn rechtstreekse werking?"

34. Bij beschikking van 18 maart 2011 heeft het Hof de drie zaken gevoegd.

35. De Spaanse en de Poolse regering, de Europese Commissie, Vodafone, Orange en de gemeente Tudela hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

36. Ter terechtzitting van 18 januari 2012 hebben alle partijen, behalve de Poolse regering, hun standpunt mondeling toegelicht.

Feiten

37. Voordat ik inga op de voorgelegde vragen, lijkt het mij zinvol in grote lijnen te weten wat telecommunicatie inhoudt en waarom mobieletelefonie-exploitanten gebruikmaken van faciliteiten die eigendom zijn van derden. [39]

38. Telecommunicatie is het verzenden en ontvangen van informatie op afstand. Daarvoor is vereist (i) een zender die de informatie in een signaal omvormt, (ii) een medium dat als signaaldrager dient, en (iii) een ontvanger die het signaal weer omvormt in informatie. Een apparaat dat én als zender én als ontvanger dient, wordt een zender-ontvanger genoemd. Een mobiele telefoon is een zender-ontvanger, want hij kan stemgeluid omvormen in een signaal en ontvangen signalen weer omvormen in geluid.

39. Een verzameling van zenders en ontvangers kan een netwerk vormen. Binnen een netwerk kan een router worden gebruikt om ervoor te zorgen dat de juiste ontvanger het verzonden signaal opvangt. Als het signaal over een grote afstand wordt verzonden, kan het door een repeater worden versterkt. Een „elektronischecommunicatienetwerk" bestaat dus uit „transmissiesystemen en in voorkomend geval de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen [...]". [40]

40. Informatie kan worden overgedragen door middel van draadloze technologie of via een zendinrichting, zoals een draad of kabel. De atmosfeer, radiogolven en glasvezel zijn voorbeelden van media. Mobieletelefonie-exploitanten maken meestal gebruik van radiogolven als medium, vastetelefonie-exploitanten daarentegen meer van kabels en andere fysieke middelen.

41. Mobieletelefonie-exploitanten hebben toegang tot vaste en mobiele netwerken nodig om hun klanten een „elektronischecommunicatiedienst", ofwel een „gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronischecommunicatienetwerken" te leveren. [41]

39 — Bij het opstellen van dit exposé over de feiten heb ik kunnen putten uit de informatieve webpagina's van de Internationale Unie voor Telecommunicatie en de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling.

40 — Artikel 2, sub a, van de kaderrichtlijn. Deze definitie is vervangen door een nieuwe, maar vergelijkbare definitie in artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2009/140.

41 — Artikel 2, sub c, van de kaderrichtlijn.

42. Als de betrokken exploitant eigenaar is van een netwerk, kunnen zijn klanten bellen naar en gebeld worden door anderen die tot hetzelfde netwerk behoren. Die exploitant is mogelijk eigenaar van alle of een deel van de infrastructuur die het netwerk vormt en waardoor de betrokken dienst(en) geleverd kunnen worden. Waarschijnlijk willen zijn klanten echter ook communiceren met klanten van andere exploitanten die een vergelijkbare dienst leveren maar tot een ander netwerk behoren, dat eigendom is van andere (al dan niet concurrerende) ondernemingen. Deze klanten kunnen mobiel bellen of via een vaste lijn of allebei, mogelijk via verschillende netwerken.

43. Aanbieders van elektronischecommunicatiediensten moeten dus zorgen voor interconnectie tussen hun netwerken en toegang hebben tot infrastructuur als routers, glasvezel of koperen kabels die eigendom zijn van andere ondernemingen, zodat hun klanten kunnen bellen en gebeld kunnen worden. Interconnectie is een type toegang tussen exploitanten van openbare netwerken.[42] Exploitanten stellen in onderling overleg een prijs vast en sluiten overeenkomsten om interconnectie en andere vormen van toegang te verkrijgen.

Beoordeling

Eerste vraag

44. Het Tribunal Supremo wenst in wezen te vernemen of een vergoeding die wordt opgelegd aan ondernemingen die geen exploitant zijn van een bestaand netwerk maar van dit netwerk gebruikmaken om mobieletelefoniediensten te leveren, een vergoeding is voor „rechten om faciliteiten te installeren op, boven of onder openbare of particuliere eigendom [...] die ten doel [heeft] een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen" in de zin van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn.

Aan het Hof voorgelegde standpunten

45. Het Tribunal Supremo, Vodafone, Orange, de Commissie en de Poolse regering voeren aan dat de tekst van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn, gelezen binnen de context van de andere richtlijnen in het pakket van 2002, geen steun biedt aan een dergelijke uitlegging. Krachtens artikel 13 kunnen lidstaten een vergoeding heffen voor de installatie, maar niet voor het gebruik van fysieke infrastructuur op, boven of onder openbare eigendom.

46. De Spaanse regering en de gemeente Tudela daarentegen betogen dat mobieletelefonie-exploitanten onder deze omstandigheden openbaar eigendom gebruiken. Door enkel de eigenaren van faciliteiten een vergoeding te vragen zouden exploitanten van vaste telefonie in een nadelige concurrentiepositie worden gebracht, omdat zij het merendeel van de netwerken in eigendom hebben; dat zou bovendien in strijd zijn met het beginsel van neutrale technologie. De Spaanse regering betoogt derhalve dat onder de uitdrukking „[v]ergoedingen voor [...] rechten om faciliteiten te installeren" ook vergoedingen vallen voor het *gebruik* van dergelijke faciliteiten die eigendom zijn van andere ondernemingen.[43]

42 — Zie de definitie hierboven, in punt 18.

43 — In haar schriftelijke opmerkingen lijkt de gemeente Tudela hetzelfde standpunt in te nemen en stelt zij een teleologische uitlegging van artikel 13 voor. Niettemin betoogt de gemeente Tudela – en dat kwam ter terechtzitting nog duidelijker naar voren – dat de vergoeding die in het hoofdgeding aan de orde is niet onder de eerste volzin van artikel 13 valt en het haar daarom vrij staat de vergoeding te heffen (ondanks dat zij aanvaardt dat gebruikers van faciliteiten net zozeer plaatselijk publiek domein gebruiken als ondernemingen die faciliteiten installeren). Zie eveneens punten 65 en 70 hierna.

Betekenis van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn

47. Artikel 13 bestaat uit twee volzinnen. De eerste volzin bepaalt dat de lidstaten „de gebruiksrechten voor radiofrequenties of nummers of rechten om faciliteiten te installeren op, boven of onder openbare of particuliere eigendom [kunnen] onderwerpen aan vergoedingen die ten doel hebben een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen". Als lidstaten dergelijke vergoedingen heffen, moeten zij volgens de tweede volzin „ervoor [zorgen] dat deze vergoedingen objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het beoogde doel en zij [...] rekening [houden] met de doelstellingen van artikel 8 van [de kaderrichtlijn]".

48. Op grond van de eerste volzin mogen lidstaten een vergoeding heffen ter zake van drie welbepaalde feiten (het verlenen van drie gedefinieerde rechten); in de tweede volzin worden de voorwaarden gesteld waaraan deze vergoedingen moeten voldoen. Vergoedingen die aan sommige of aan alle voorwaarden in de tweede volzin voldoen, maar niet worden geheven ter zake van een van de in de eerste volzin omschreven feiten, zijn niet toegestaan.

49. Bij de eerste vraag gaat het er dus om of het gebruik van faciliteiten die eigendom zijn van een andere onderneming een feit is waarvoor een vergoeding in de zin van de eerste volzin van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn kan worden gevraagd.[44]

50. Naar mijn mening is dat niet het geval.

51. Volgens mij wil het installeren van faciliteiten zeggen, het plaatsen van tastbare infrastructuur met behulp waarvan elektronischecommunicatienetwerken en -diensten kunnen worden geleverd. Voor de toepassing van artikel 13 is de vergoeding verschuldigd door de onderneming die het recht om dergelijke faciliteiten te installeren houdt, ongeacht wie de eigenaar ervan is.

52. Bij gebreke van een bijzondere definitie in de betrokken richtlijn moet aan het begrip „faciliteiten" mijns inziens zijn normale betekenis worden gegeven, namelijk van fysieke middelen of uitrusting die voor een bepaalde handeling vereist zijn. In een context van telecommunicatie betekent dat de fysieke uitrusting die nodig is voor het verzenden en ontvangen van informatie op afstand. Met het „installeren" van dergelijke uitrusting kan enkel bedoeld worden, deze fysiek plaatsen zodat zij gedurende enige tijd voor dat doel kan dienen.

53. Deze uitlegging vindt steun in artikel 2, sub e, van de kaderrichtlijn, waarin „bijbehorende faciliteiten" worden omschreven als „de bij een elektronischecommunicatienetwerk en/of een elektronischecommunicatiedienst behorende faciliteiten die het aanbieden van diensten via dat netwerk en/of dienst mogelijk maken en/of ondersteunen".[45] „Toegang" tot faciliteiten omvat onder andere toegang tot „materiële infrastructuur waaronder gebouwen, kabelgoten en masten".[46] Het gedeeld gebruik van faciliteiten behelst „fysieke collocatie en gedeeld gebruik van leidingen, gebouwen, masten, antennes of antennesystemen".[47]

44 — Deze vraag verschilt dus van de vraag in het arrest van 8 september 2005, Mobistar en Belgacom (C-544/03 en C-545/03, Jurispr. blz. I-7723), waarin het ging om een jaarlijkse belasting op de eigendom van infrastructuur als pylonen, masten en antennes die werd beoordeeld in het licht van artikel 49 EG (thans artikel 56 VWEU) en de op dat moment geldende gemeenschapsregelgeving voor de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten.

45 — In de gewijzigde versie van de kaderrichtlijn worden onder „bijbehorende faciliteiten" begrepen „gebouwen of toegangen tot gebouwen, bekabeling van gebouwen, antennes, torens en andere ondersteunende constructies, kabelgoten, kabelbuizen, masten, mangaten en straatkasten"; zie artikel 1, lid 2, sub e, van richtlijn 2009/140.

46 — Artikel 2, sub a, van de toegangsrichtlijn.

47 — Punt 23 van de considerans van de kaderrichtlijn. Mijn uitlegging van de term „faciliteiten" in artikel 13 van de machtigingsrichtlijn staat er niet aan in de weg dat deze term in andere richtlijnen van het pakket van 2002 ruimer kan worden opgevat. Zie bijvoorbeeld bijlage I bij de universeledienstrichtlijn, deel B.

54. Artikel 13, in samenhang met deze definities in de andere gekoppelde richtlijnen, wijst er dus op dat de term „faciliteiten" enkel kan worden uitgelegd als fysieke infrastructuur die de levering van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten mogelijk maakt.

55. Voorwerp en doel van artikel 13 bevestigen deze uitlegging.

56. Krachtens artikel 13 mogen lidstaten een vergoeding heffen omdat de geïnstalleerde faciliteiten gebruikmaken van openbaar (of particulier) eigendom op een zodanige wijze dat de beschikbaarheid van dat eigendom voor andere gebruikswijzen en doelstellingen erdoor wordt beperkt.

57. Artikel 13 impliceert dat „doorgangsrechten" „schaarse" hulpbronnen zijn, evenals radiofrequenties en nummers.[48] Het gebruik ervan moet daarom worden beheerd. Krachtens artikel 13 kan een lidstaat daartoe een vergoeding heffen „die ten doel [heeft] een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen".

58. De installatie van bijvoorbeeld een mast op publiek domein betekent dat bepaalde „doorgangsrechten" op dat domein niet [meer] kunnen worden verleend. Nationale autoriteiten willen wellicht ook voorkomen dat masten bijvoorbeeld in een stadscentrum of vlak bij een bos worden geïnstalleerd. Met het oog daarop heeft de wetgever aanvaard dat „[g]edeeld gebruik van faciliteiten [...] voordelen [kan] opleveren voor de ruimtelijke ordening, de volksgezondheid of het milieu en [...] derhalve door de nationale regelgevende instanties [dient] te worden aangemoedigd op basis van vrijwillige overeenkomsten"[49], en dat „[d]e ontwikkeling van de elektronischecommunicatiemarkt met bijbehorende infrastructuur [...] schadelijk [kan] zijn voor het milieu en het landschappelijk schoon"[50]. Ik ben het niet met de gemeente Tudela eens dat publiek domein in algemene zin minder schaars is dan nummers en radiofrequenties, noch dat artikel 13 een grondslag biedt om een vergoeding te heffen van alle *begunstigden* van faciliteiten die op dat domein zijn geïnstalleerd.

59. Ik ben het evenmin eens met de Spaanse regering dat de beschikbaarheid van „doorgangsrechten" door *gebruik* van faciliteiten van een andere onderneming door een mobieletelefonie-exploitant op dezelfde manier wordt aangetast als door installatie van die faciliteiten. De gemeente Tudela heeft ook aangevoerd dat gebruik van faciliteiten een vorm is van gebruik van openbaar eigendom waarop deze geïnstalleerd zijn. Dat lijkt mij niet juist.

60. Als een onderneming een kabel legt onder een openbare weg om signalen over te dragen, zij het tussen vaste telefoons, zij het tussen mobiele en vaste telefoons, is het „doorgangsrecht" noodzakelijk voor het leggen van de kabel zolang de kabel geïnstalleerd blijft. Als de kabel eenmaal gelegd is, wordt de beschikbaarheid van „doorgangsrechten" niet meer gewijzigd door het gebruik ervan, hoeveel signalen er ook via de kabel worden doorgegeven.[51] Weliswaar profiteren andere gebruikers dan de onderneming die de faciliteiten heeft geïnstalleerd ook van de aan haar verleende „doorgangsrechten", maar in een door concurrentie gekenmerkte markt moet worden verondersteld dat de prijs die voor dat gebruik („toegang") is overeengekomen, een vergoeding voor dat voordeel inhoudt.

48 — Dat strookt met de verplichtingen die de EU en de lidstaten in de Wereldhandelsorganisatie zijn aangegaan op het vlak van de regulering van telecommunicatienetwerken en -diensten. De WTO Reference Paper van 24 april 1996 bepaalt dat procedures voor de toewijzing en het gebruik van schaarse hulpbronnen, waaronder frequenties, nummers en doorgangsrechten, op een objectieve, tijdige, transparante en niet-discriminerende wijze ten uitvoer worden gelegd (eerste volzin van punt 6). In punt 29 van de considerans van de kaderrichtlijn worden de WTO-verplichtingen die de EU en de lidstaten zijn aangegaan met betrekking tot normen en het regelgevingskader voor telecommunicatienetwerken en -diensten genoemd.

49 — Punt 23 van de considerans van de kaderrichtlijn.

50 — Punt 24 van de considerans van de toegangsrichtlijn.

51 — Het is evident dat ondernemingen deze faciliteiten pas *na* hun installatie kunnen inzetten voor het gebruik waarvoor zij bestemd zijn.

61. Bovendien is uitlegging van artikel 13 als een machtiging aan de lidstaten om een vergoeding te heffen voor gebruik van faciliteiten moeilijk te verenigen met de doelstellingen die in artikel 8 van de kaderrichtlijn zijn neergelegd. [52]

62. Artikel 8, lid 2, sub b, van die richtlijn bepaalt dat nationale instanties ervoor zorgen dat „er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is". Het Hof heeft beslist dat die doelstelling „slechts kan worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers". [53]

63. Mijns inziens wordt niet voor gelijke kansen gezorgd indien ondernemingen die eigenaar zijn van faciliteiten die voor de levering van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten worden gebruikt, de vergoeding voor rechten om die te installeren kunnen terugwinnen door middel van de prijs die zij overeenkomen met exploitanten die de faciliteiten gebruiken, als gemeenten van deze exploitanten ook een vergoeding vragen voor dat gebruik (zoals in het hoofdgeding). Onder deze omstandigheden wordt de mededinging vervalst omdat de gebruiker van de faciliteiten een dubbele financiële last draagt. Exploitanten kunnen er daardoor van worden weerhouden toe te treden tot de markt, en het kan leiden tot hogere prijzen voor consumenten.

64. Het opleggen van een vergoeding voor het gebruik van de faciliteiten van een andere onderneming kan – afhankelijk van de hoogte ervan – nieuwe en bestaande exploitanten aanmoedigen, te investeren in eigen faciliteiten en hun eigen netwerk op te zetten in plaats van toegang proberen te verkrijgen tot die van anderen. Hoewel ik niet wil ontkennen dat investeren in nieuwe infrastructuur de concurrentieverhoudingen verbetert en machtsposities ondergraaft van ondernemingen die aanzienlijke delen van de bestaande infrastructuur in eigendom hebben, speelt ook dat de beschikbare toegang tot „doorgangsrechten" verder onder druk kan komen te staan en dat de kosten van dienstverlening kunnen stijgen. Dat is moeilijk te verenigen met de verplichting van de lidstaten om gedeeld gebruik van faciliteiten en eigendom aan te moedigen [54] en hun bevoegdheid uit te oefenen op een wijze die „bevorderlijk is voor efficiëntie en duurzame concurrentie en die de eindgebruikers het grootste voordeel biedt". [55]

65. Tot slot kan artikel 13 van de machtigingsrichtlijn volgens mij niet aldus worden gelezen dat het vergoedingen voor het gebruik van faciliteiten die eigendom zijn van een andere onderneming bestrijkt, want dat gebruik valt gewoon niet binnen de werkingssfeer van die richtlijn.

66. Het doel van de machtigingsrichtlijn is een juridisch kader te scheppen „dat de vrijheid waarborgt om elektronischecommunicatienetwerken en -diensten te leveren uitsluitend onder de in deze richtlijn bepaalde voorwaarden" [56], en de regels en voorwaarden inzake machtigingen te harmoniseren en vereenvoudigen [57]. De voorwaarden hebben betrekking op algemene machtiging van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, gebruiksrechten voor radiofrequenties en nummers en rechten om faciliteiten te installeren. [58]

52 — De verwijzing naar artikel 8 van die richtlijn is in artikel 13 van de machtigingsrichtlijn opgenomen nadat het Parlement zich bezorgd had betoond dat uiteenlopende vergoedingstelsels in de lidstaten een belemmering voor de interne markt zouden vormen. Zie het gewijzigde voorstel voor de machtigingsrichtlijn [COM(2001) 372 def.], blz. 4.

53 — Zie ook arrest van 10 maart 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, Jurispr. blz. I-1575, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 — Artikel 12, lid 1, van de kaderrichtlijn. Onder de in artikel 12, lid 2, en punt 23 van de considerans van deze richtlijn omschreven omstandigheden kunnen de lidstaten gedeeld gebruik van faciliteiten voorschrijven.

55 — Artikel 5, lid 1, van de toegangsrichtlijn.

56 — Punt 3 van de considerans van de machtigingsrichtlijn.

57 — Artikel 1, lid 1, van de machtigingsrichtlijn.

58 — De bijlage bij de machtigingsrichtlijn bevat een volledige lijst van voorwaarden die kunnen worden verbonden aan algemene machtigingen (deel A), rechten om radiofrequenties te gebruiken (deel B) en rechten om nummers te gebruiken (deel C).

67. Een heffing of vergoeding valt dus binnen de werkingssfeer van de machtigingsrichtlijn als zij wordt opgelegd ter zake van toegang tot de markt voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten of tot hulpbronnen als nummers, radiofrequenties en „doorgangsrechten". In dat geval kunnen lidstaten enkel heffingen of vergoedingen opleggen voor de doelstellingen en onder de voorwaarden die in de artikelen 12 en 13 worden beschreven.[59] Zij mogen geen andere heffingen of vergoedingen opleggen. Die conclusie strookt met de beslissing van het Hof dat lidstaten uit hoofde van de machtigingsprocedures geen andere heffingen of vergoedingen mogen opleggen dan waarin richtlijn 97/13 voorziet.[60] Deze richtlijn is door de kaderrichtlijn ingetrokken.[61] Anders dan de gemeente Tudela denk ik dus niet dat het een lidstaat vrij staat een vergoeding te heffen die niet onder artikel 12 of 13 van de machtigingsrichtlijn valt.

68. Een vergoeding als in het hoofdgeding aan de orde wordt geheven ter zake van toegang tot en interconnectie met de faciliteiten die eigendom zijn van een andere onderneming en wordt daarom beheerst door de toegangsrichtlijn.

69. De toegangsrichtlijn „voorziet in rechten en verplichtingen voor exploitanten en voor ondernemingen die interconnectie met en/of toegang tot hun netwerken of bijbehorende faciliteiten wensen".[62] Zij is gebaseerd op het inzicht dat „sommige ondernemingen gebruikmaken van door anderen verschafte infrastructuur voor het aanbieden van hun diensten"[63] en dat er „[i]n een open en concurrentiegerichte markt [...] geen beperkingen [dienen] te bestaan die ondernemingen verhinderen onderling toegangs- en interconnectieregelingen [...] aan te gaan"[64]. In artikel 5 worden de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de nationale regelgevende instanties met betrekking tot toegang en interconnectie beschreven en omstandigheden opgesomd waarin overheidsinterventie is toegestaan om, in gevallen waarin commerciële onderhandelingen mislukken, te zorgen voor passende toegang en interconnectie en interoperabiliteit tussen diensten.[65] Die verantwoordelijkheid moet worden uitgeoefend „op een wijze die bevorderlijk is voor efficiëntie en duurzame concurrentie en die de eindgebruikers het grootste voordeel biedt".[66] Met het oog daarop kunnen nationale instanties verplichtingen opleggen aan ondernemingen om toegang te verlenen en te zorgen voor interconnectie om de mededinging te vergroten en de in de artikelen 9 tot en met 13 van de toegangsrichtlijn genoemde verplichtingen op te leggen.[67]

70. De toegangsrichtlijn verleent nergens een bevoegdheid om gebruikers een vergoeding voor toegang tot en interconnectie met de faciliteiten van een andere onderneming te vragen.[68] Hoewel lidstaten over een zekere discretionaire marge beschikken om de vorm, middelen en wijze van tenuitvoerlegging van richtlijnen te kiezen, dunkt mij dat een vergoeding van het type dat in het

59 — Ik onderschrijf niet het standpunt van de Commissie dat artikel 13 derogeert aan artikel 12. Deze bepalingen zien op verschillende feiten waarvoor een heffing of vergoeding kan worden opgelegd. De bewoordingen wekken bovendien de indruk dat de in de twee bepalingen omschreven heffingen en vergoedingen elkaar niet uitsluiten: artikel 12 bepaalt bijvoorbeeld dat een administratieve bijdrage kan worden opgelegd aan ondernemingen waaraan een gebruiksrecht is verleend, en artikel 13 staat lidstaten toe een vergoeding te vragen voor dat recht zelf. Hoe dan ook, de uitlegging van artikel 12 is aan de orde in andere zaken die momenteel bij het Hof aanhangig zijn; zie bijvoorbeeld zaak C-485/11, Commissie/Frankrijk.

60 — Arrest van 21 juli 2011, Telefónica de España (C-284/10, Jurispr. blz. I-6991, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Op grond van artikel 13 van de universeledienstrichtlijn kunnen richtlijnen een mechanisme opleggen om de nettokosten van universeledienstverplichtingen te verdelen.

61 — Zie hierboven, punt 8.

62 — Artikel 1, lid 2, van de toegangsrichtlijn.

63 — Punt 6 van de considerans van de toegangsrichtlijn.

64 — Punt 5 van de considerans van de toegangsrichtlijn.

65 — Punt 6 van de considerans van de toegangsrichtlijn.

66 — Artikel 5, lid 1, van de toegangsrichtlijn.

67 — De artikelen 5 en 8, lid 1, van de toegangsrichtlijn.

68 — Met name in de bepalingen waarin lidstaten onder bepaalde omstandigheden wordt toegestaan de prijzen te controleren in markten met inefficiënte mededinging en kosten van toegang en interconnectie, wordt geen melding gemaakt van de bevoegdheid om een vergoeding te vragen voor het gebruik van faciliteiten of van de noodzaak rekening te houden met de verschuldigde vergoeding bij het opzetten van bijvoorbeeld een regeling voor het terugverdienen van kosten of een tariferingsmethode.

hoofdgeding aan de orde is, een aanmerkelijk beletsel vormt voor de vrijheid van mobieletelefonie-exploitanten om hun diensten te verlenen, en niet kan dienen om de doelstellingen van de toegangsrichtlijn of de andere daarmee samenhangende richtlijnen te verwezenlijken of de verplichtingen uit hoofde van deze richtlijnen ten uitvoer te leggen.

71. Ik ben dan ook van mening artikel 13 van de machtigingsrichtlijn lidstaten niet toestaat mobieletelefonie-exploitanten een vergoeding op te leggen voor hun gebruik van faciliteiten die op openbaar eigendom zijn geïnstalleerd en eigendom zijn van een andere onderneming, omdat een dergelijke vergoeding niet ter zake van „doorgangsrechten" wordt geheven.

Tweede vraag

72. De tweede vraag heeft betrekking op de betekenis van de tweede volzin van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn.

73. Zoals ik al zei ben ik van mening dat artikel 13 geen grondslag biedt voor het heffen van vergoedingen van het type dat in het hoofdgeding aan de orde is.[69] De tweede vraag behoeft in dat geval niet te worden beantwoord.

74. Voor het geval het Hof mijn conclusie over de eerste vraag echter niet onderschrijft, zal ik ingaan op de betekenis van het vereiste dat vergoedingen „objectief gerechtvaardigd [...] en niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het beoogde doel".[70] In dat geval staat het aan de nationale rechter om te beslissen of de litigieuze vergoedingen aan deze voorwaarden voldeden.

75. De tweede vraag heeft daarnaast betrekking op de betekenis van de zinsnede „een optimaal gebruik van [het betrokken middel] te waarborgen".[71] Mij dunkt dat dit vereiste behoort bij de eerste volzin van artikel 13.[72] Als een vergoeding daaraan niet voldoet, is het niet nodig de voorwaarden in de tweede volzin in overweging te nemen.

De voorwaarde dat de vergoeding objectief gerechtvaardigd moet zijn

76. Naar mijn mening is een vergoeding uit hoofde van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn niet objectief gerechtvaardigd als de waarde ervan niet gekoppeld is aan de intensiteit van het gebruik van de „schaarse" hulpbron en de huidige en toekomstige waarde van dat gebruik. In dat verband bevat de considerans van de machtigingsrichtlijn de overweging dat een vergoeding voor het recht om faciliteiten te installeren mag worden opgelegd aan individuele ondernemingen.[73]

69 — Zie hierboven, punten 47-71.

70 — Het vereiste van transparantie wordt in de tweede vraag niet genoemd.

71 — Het Hof heeft beslist dat de nationale autoriteiten, „gezien de ingewikkelde economische beoordelingen die voor de vaststelling van de hoogte van de vergoedingen nodig zijn" „niet mogen worden verplicht om daarbij starre criteria te hanteren, zolang zij zich aan de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende limieten houden": arrest van 22 mei 2003, Connect Austria (C-462/99, Jurispr. blz. I-5197, punt 92). Zie ook arrest Telefónica Móviles España, aangehaald in voetnoot 53, punt 25.

72 — Zie hierboven, punten 62-64.

73 — Punt 31 van de considerans.

77. Lidstaten kunnen mijns inziens geen vergoedingen heffen voor rechten om faciliteiten te installeren die ten doel zouden hebben een optimaal gebruik van de „doorgangsrechten" te waarborgen, maar niet zijn vastgesteld op basis van parameters die verband houden met die doelstelling, zoals intensiteit, duur en waarde van het gebruik dat de onderneming maakt van het betrokken eigendom of alternatieve gebruikswijzen van dat eigendom.[74]

78. Als het Hof aanvaardt dat een vergoeding voor het *gebruik* van faciliteiten onder de eerste volzin valt, moeten mijns inziens dezelfde beginselen van toepassing zijn. Onder deze omstandigheden tast het gebruik van faciliteiten de beschikbaarheid van „doorgangsrechten" aan. Het moet dus mogelijk zijn de hoogte van de vergoeding vast te stellen op een manier die in overeenstemming is met het gebruik van de „schaarse" hulpbron en alternatieven gebruikswijzen.

79. Een vergoeding die gebaseerd is op de bruto-inkomsten van een onderneming wordt waarschijnlijk in de eerste plaats geheven om inkomen te genereren, en dat is geen objectieve rechtvaardiging voor een vergoeding in de zin van artikel 13.[75] Daarnaast heeft het Hof beslist dat de berekening van een vergoeding (beschreven in artikel 13 van de machtigingsrichtlijn) op basis van de omzet van de onderneming het verschuldigde bedrag aanzienlijk verhoogt en „een aanzienlijke belemmering voor het vrije verkeer van telecommunicatiediensten doet ontstaan".[76] Dat vermoedelijk vooral exploitanten met een machtspositie door de vergoeding worden getroffen, doet aan die conclusie niet af.

De voorwaarde dat de vergoeding in verhouding staat tot het beoogde doel

80. Een vergoeding staat niet in verhouding tot het beoogde doel als zij is gebaseerd op parameters en vastgesteld op een niveau die verder gaan dan nodig is om te waarborgen dat optimaal gebruik wordt gemaakt van de „schaarse" hulpbron die de vergoeding probeert te beschermen.

81. Dat geldt ook als de vergoeding ofwel zo hoog is dat ondernemingen ervan worden weerhouden te investeren in netwerken en faciliteiten en de mededinging erdoor wordt belemmerd, ofwel zo laag dat zij niet bijdraagt tot efficiënt beheer van de hulpbron.[77]

82. Ik ben het echter niet met het Tribunal Supremo eens dat de vergoeding onder alle omstandigheden hoger moet zijn naarmate de „schaarse" hulpbron intensiever wordt gebruikt. Ik kan mij bijvoorbeeld een situatie indenken waarin een vergoeding voor rechten om faciliteiten te installeren wordt verlaagd naargelang een onderneming haar faciliteiten ter beschikking stelt aan andere ondernemingen. Onder deze omstandigheden kan een *lagere* vergoeding voor intensiever gebruik bijdragen tot een optimaal gebruik van de hulpbron.

83. De gemeente Tudela betoogt voorts dat haar vergoeding dient te worden berekend aan de hand van parameters die de marktwaarde weerspiegelen van het openbaar eigendom waarop de faciliteiten zijn geïnstalleerd.

84. Zelfs als de vergoeding onder de eerste volzin van artikel 13 kon worden gebracht (wat niet het geval is), ben ik niet overtuigd door dat argument.

74 — In het arrest Telefónica Móviles España onderschreef het Hof het standpunt van de Spaanse regering en de Commissie dat „het bedrag van deze heffing op een passend niveau wordt vastgesteld dat met name overeenstemt met de waarde van het gebruik van deze [schaarse] hulpbronnen, hetgeen vereist dat rekening wordt gehouden met de economische en technologische situatie op de betrokken markt"; aangehaald in voetnoot 53 hierboven, punt 28.

75 — In haar uiteenzetting van de historische achtergrond van de vergoeding leek de gemeente Tudela te aanvaarden dat de vergoeding aanvankelijk was bedoeld om inkomen te genereren op basis van de voordelen die voortvloeiden uit het gebruik van het plaatselijke publieke domein, dat wil zeggen op basis van de waarde van de diensten die waren verleend met behulp van faciliteiten die op dat domein waren geïnstalleerd.

76 — Arrest van 18 september 2003, Albacom en Infostrada (C-292/01 en C-293/01, Jurispr. blz. I-9449, punten 39 en 40).

77 — Zie ook arrest Telefónica Móviles España, aangehaald in voetnoot 53, punt 29.

85. In de formule die de gemeenten toepassen is het aantal vaste telefoonlijnen die in een gegeven jaar in de gemeente zijn geïnstalleerd, de enige relevante parameter. Dat aantal houdt echter geen verband met het gebruik dat de mobieletelefonie-exploitant maakt van de faciliteiten die eigendom zijn van een andere onderneming. Evenmin is er een evidente correlatie tussen het marktaandeel van de mobieletelefonie-exploitant op de lokale markt en de intensiteit van het gebruik van gemeente-eigendom waarop de betrokken netwerken en bijbehorende faciliteiten zijn geïnstalleerd, zelfs als dat gekoppeld is aan de behoefte aan toegang tot en interconnectie met deze netwerken en faciliteiten.

86. Het gemiddelde mobieletelefoongebruik per stadsdeel, het aantal inwoners en het gemiddelde telefoon- en dienstengebruik per mobiele telefoon staan misschien wel in verband met de intensiteit van het gebruik van het netwerk en de faciliteiten van een andere onderneming. Niettemin lijkt het erop dat zij volstrekt geen verband houden met de daadwerkelijke mobieletelefoniediensten die zijn verleend door de exploitant die de vergoeding betaalt en waarvoor faciliteiten op openbaar eigendom zijn gebruikt.

De voorwaarde dat de vergoeding niet-discriminerend is

87. Een vergoeding is discriminerend wanneer „vergelijkbare situaties verschillend worden behandeld en daardoor bepaalde marktdeelnemers ten opzichte van anderen worden benadeeld, zonder dat dit verschil in behandeling door het bestaan van objectieve verschillen van een zeker gewicht wordt gerechtvaardigd”.[78] Dat gaat mogelijk op wanneer de vergoedingen die worden gevraagd van exploitanten die een vergelijkbaar gebruik maken van een hulpbron, niet gelijkwaardig zijn in economische termen, of wanneer de vergoedingen die worden gevraagd voor uiteenlopend gebruik juist wel gelijkwaardig zijn.[79]

88. Het is aan de verwijzende rechter uit te maken of mobiele- en vastetelefonie-exploitanten, ongeacht hun plaats van oprichting, die faciliteiten gebruiken die op, boven of onder openbaar eigendom zijn geïnstalleerd, in vergelijkbare omstandigheden verkeren. In dit verband is het mijns inziens van belang of zij afhankelijk zijn van vergelijkbare toegang tot en interconnectie met de op openbaar (of particulier) eigendom geïnstalleerde faciliteiten van een andere onderneming om hun diensten te verlenen en of er tussen hen een concurrentieverhouding bestaat.

89. Als de verwijzende rechter vaststelt dat zij in vergelijkbare omstandigheden verkeren, moet het bedrag dat zij verschuldigd zijn voor hun gebruik van de faciliteiten van een andere onderneming worden berekend aan de hand van dezelfde objectieve parameters. Dat strookt bovendien met de verplichting om discriminatie van het gebruik van bepaalde technologie te voorkomen.[80] Als bijvoorbeeld vastetelefonie-exploitanten die door interconnectie verbonden zijn met de faciliteiten van een andere onderneming de kosten van interconnectie van de aan de gemeente verschuldigde vergoeding kunnen aftrekken, moeten mobieletelefonie-exploitanten in vergelijkbare omstandigheden die mogelijkheid ook hebben.

90. Volgens mij is het voor de toepassing van artikel 13 niet relevant of de gebruiker de eigenaar van de faciliteiten is. Waar het om gaat in die bepaling is het feit waardoor de vergoeding verschuldigd wordt. Voor het vaststellen van de vergoeding van, enerzijds, telefonie-exploitanten die geen faciliteiten in eigendom hebben en, anderzijds, exploitanten die dat wel hebben en er een vergelijkbaar gebruik van maken, moet dus dezelfde formule worden toegepast. Onder deze omstandigheden, en ervan uitgaande dat naar nationaal recht ook een vergoeding verschuldigd is voor rechten om

78 — Arrest Connect Austria, aangehaald in voetnoot 71, punt 115 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook arrest van 2 april 2009, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (C-431/07 P, Jurispr. blz. I-2665, punt 114 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

79 — Zie ook arrest Telefónica Móviles España, aangehaald in voetnoot 53, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

80 — Punt 18 van de considerans van de kaderrichtlijn.

faciliteiten te installeren, leidt een bevestigend antwoord op de eerste vraag ertoe dat bepaalde ondernemingen mogelijk zowel voor het installeren als voor het gebruiken van faciliteiten een vergoeding moeten betalen. Dat is de logische consequentie als het betoog van de Spaanse regering wordt aanvaard. [81]

91. Ondernemingen (al dan niet mobieletelefonie-exploitanten) die faciliteiten installeren, verkeren daarentegen niet in dezelfde omstandigheden als mobieletelefonie-exploitanten die faciliteiten van een andere onderneming gebruiken. Het gebruik van publiek domein door de eerste groep is rechtstreeks van invloed op de beschikbaarheid van toegang tot die hulpbron en vormt een beperking op de uitsluitende rechten van de eigenaar. Het gebruik door de tweede groep heeft dat gevolg niet. In economische termen kunnen de twee soorten gebruik niet als gelijkwaardig worden beschouwd.

Conclusie

92. Ik ben derhalve van mening dat het antwoord op de tweede vraag moet zijn dat een vergoeding is vastgesteld onder voorwaarden die niet voldoen aan de vereisten van een objectieve rechtvaardiging, evenredigheid en non-discriminatie, als zij gebaseerd is op de inkomsten of het marktaandeel van een onderneming en op andere parameters die geen verband houden met de beschikbaarheid van toegang tot een „schaarse" hulpbron als gevolg van het gebruik dat een onderneming daadwerkelijk van die hulpbron maakt.

Derde vraag

93. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 13 van de machtigingsrichtlijn rechtstreekse werking heeft.

94. Het is vaste rechtspraak dat een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling van een richtlijn in een procedure voor een nationale rechter kan worden ingeroepen tegenover een lidstaat, als die lidstaat heeft verzuimd de richtlijn om te zetten of dat te laat of op onjuiste wijze heeft gedaan. [82]

95. De derde vraag rijst omdat Vodafone en Orange zich bij de betwisting van de door de drie gemeenten opgelegde vergoedingen op artikel 13 van de machtigingsrichtlijn beroepen. De Spaanse regering en de gemeente Tudela stellen dat de derde vraag niet beantwoord hoeft te worden omdat de vergoeding niet in strijd is met de machtigingsrichtlijn.

96. Mijns inziens heeft artikel 13 rechtstreekse werking.

97. Meerdere partijen hebben er in hun opmerkingen op gewezen dat het Hof in het arrest Connect Austria heeft geoordeeld dat artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 rechtstreekse werking had. [83] Die bepaling zag op heffingen voor de gevallen waarin „gebruik moet worden gemaakt van schaarse hulpbronnen" en „om een optimaal gebruik van deze hulpbronnen te waarborgen". Door de kaderrichtlijn is deze bepaling ingetrokken. [84]

81 — Me dunkt ook dat exploitanten die de faciliteiten van andere ondernemingen gebruiken onder deze omstandigheden niet onder de vergoeding uitkomen door in de ontwikkeling van hun eigen infrastructuur te investeren.

82 — Arrest van 3 maart 2011, Auto Nikolovi (C-203/10, Jurispr. blz. I-1083, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

83 — Aangehaald in voetnoot 71.

84 — Zie hierboven, punt 8.

98. Artikel 13 van de machtigingsrichtlijn is duidelijker en nauwkeuriger geformuleerd dan artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13.[85] De omstandigheden waaronder lidstaten een vergoeding krachtens artikel 13 kunnen opleggen zijn in dat artikel in ondubbelzinnige termen beschreven en omzettingsmaatregelen zijn niet nodig om te bewerkstelligen dat een rechtzoekende er een beroep op kan doen tegen een lidstaat die een vergoeding oplegt in gevallen die niet onder artikel 13 vallen.

99. Mijns inziens moet op de derde vraag derhalve worden geantwoord dat artikel 13 van de machtigingsrichtlijn rechtstreekse werking heeft.

Conclusie

100. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de vragen van het Tribunal Supremo als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 13 van richtlijn 2002/20 van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn) staat de lidstaten niet toe mobieletelefonie-exploitanten een vergoeding op te leggen voor het gebruik van faciliteiten die op openbaar eigendom zijn geïnstalleerd en eigendom zijn van een andere onderneming.

2) De tweede volzin van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn moet aldus worden uitgelegd dat een vergoeding niet voldoet aan de vereisten van objectieve rechtvaardiging, evenredigheid en non-discriminatie en de noodzaak om het optimale gebruik van de betrokken hulpbronnen te waarborgen, als zij gebaseerd is op de inkomsten of het marktaandeel van een onderneming of op andere parameters die geen verband houden met de beschikbaarheid van toegang tot een ‚schaarse' hulpbron als gevolg van het gebruik dat een onderneming daadwerkelijk van die hulpbron maakt.

3) Artikel 13 van de machtigingsrichtlijn heeft rechtstreekse werking."

85 — Anders dan de gemeente Tudela ben ik van mening dat het niet relevant is voor het antwoord van het Hof op de derde vraag dat het Tribunal Supremo de rechtmatigheid van de vergoeding in het verleden heeft beoordeeld *zonder* het EU-recht erbij te betrekken. Ook ben ik niet overtuigd door het argument dat het enkele meningsverschil tussen partijen over de betekenis van de uitdrukking „faciliteiten installeren" aantoont dat de bewoordingen van artikel 13 onduidelijk en onnauwkeurig zijn, en de bepaling daarom niet rechtstreeks kan werken.