Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
SHARPSTON
föredraget den 22 mars 2012 [1]

Förenade målen C-55/11, C-57/11 och C-58/11

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

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal Supremo (Spanien))

”Elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster — Auktorisationsdirektivet — Avgifter för rättigheter att installera faciliteter — Direkt effekt”

1. Begäran om förhandsavgörande avser frågan huruvida, och i så fall under vilka förhållanden, medlemsstaterna enligt artikel 13 i direktiv 2002/20/EG [2] (auktorisationsdirektivet) får ta ut en avgift av operatörer, som använder ett nät i syfte att tillhandahålla mobila teletjänster [3] men som inte är innehavare av nätet, för rättigheter att installera faciliteter på kommunal offentlig egendom. Domstolen har även ställts frågan huruvida bestämmelsen har direkt effekt.

Tillämpliga bestämmelser

Europeiska unionens direktiv om elektronisk kommunikation

Direktiv 97/13/EG [4]

2. Med direktiv 97/13/EG fastställdes gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet, grundat på principer som ”bör omfatta alla typer av auktorisation som krävs för tillhandahållande av alla slags teletjänster och för etablering och/eller drift av all slags infrastruktur för tillhandahållande av teletjänster”. [5]

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektivet) (EUT L 108, s. 21).

3 — Operatörer som använder ett nät i syfte att tillhandahålla mobila teletjänster kommer nedan att kallas mobiltelefonioperatörer.

4 — Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet (EGT L 117, s. 15).

5 — Skäl 2 i ingressen till direktiv 97/13.

3. Artiklarna 6 och 11 behandlade avgifter som medlemsstaterna hade rätt att införa för förfaranden vid allmän auktorisation respektive individuella tillstånd. I artikel 11.2 föreskrevs följande:

”... medlemsstaterna [får], när det gäller användning av knappa resurser, tillåta sina nationella regleringsmyndigheter att införa avgifter som avspeglar behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av dessa resurser. Avgifterna skall vara icke-diskriminerande och särskild hänsyn skall tas till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens.”

2002 års paket

4. Sedan 2002 har elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster reglerats genom främst ett paket om fem sammankopplade direktiv:[6] ramdirektivet[7], auktorisationsdirektivet[8], tillträdesdirektivet[9], direktivet om samhällsomfattande tjänster[10] samt direktivet om integritet och elektronisk kommunikation[11]. Nedan kommer jag att gemensamt benämna dessa som ”2002 års paket”.

– Ramdirektivet

5. I artikel 8 i ramdirektivet formuleras de allmänna mål och regleringsprinciper som medlemsstaterna har att säkerställa vid genomförandet av 2002 års paket:

”…

2. De nationella regleringsmyndigheterna skall främja konkurrens vid tillhandahållandet av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster samt tillhörande faciliteter och tjänster och därvid bland annat

a) säkerställa att användarna … får maximalt utbyte när det gäller urval, pris och kvalitet,

b) säkerställa att det inte uppstår någon snedvridning eller begränsning av konkurrensen inom sektorn för elektronisk kommunikation,

…

3. De nationella regleringsmyndigheterna skall bidra till utvecklingen av den inre marknaden bland annat genom att

a) avlägsna kvarvarande hinder för tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät, tillhörande faciliteter och elektroniska kommunikationstjänster på det europeiska planet,

…”

6 — Genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 (EUT L 337, s. 37) ändrades vissa bestämmelser i dessa direktiv, dock inte artikel 13 i auktorisationsdirektivet. Direktivet skulle införlivas senast den 25 maj 2011. Tvisten vid den nationella domstolen rör kommunala föreskrifter som antogs före ändringen. Jag kommer därför genomgående i detta förslag att hänvisa till bestämmelserna i 2002 års paket enligt deras lydelse före ändringen.

7 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektivet) (EGT L 108, s. 33).

8 — Se fotnot 2 ovan.

9 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (tillträdesdirektivet) (EGT L 108, s. 7).

10 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (direktivet om samhällsomfattande tjänster) (EGT L 108, s. 51).

11 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktivet om integritet och elektronisk kommunikation) (EGT L 201, s. 37).

6. I artikel 11, med rubriken ”Ledningsrätter”[12], föreskrivs att medlemsstaterna måste beakta principerna om öppenhet och icke-diskriminering när myndigheterna prövar en ansökan om rättigheter att installera faciliteter på, över eller under offentlig eller privat egendom.

7. Enligt artikel 12.1 ska medlemsstaterna främja gemensamt utnyttjande av faciliteter som installerats på, över eller under offentlig eller privat egendom.

8. Genom artikel 26 upphävdes direktiv 97/13.[13] Till skillnad från direktiv 97/13, som innehåller artiklarna 6 och 11, innehåller inte ramdirektivet någon uttrycklig bestämmelse om vilka avgifter som medlemsstaterna har rätt att införa. Bestämmelser härom återfinns i auktorisationsdirektivet.

– Auktorisationsdirektivet

9. Auktorisationsdirektivet ”upprätta[r] en rättslig ram för att säkerställa friheten att tillhandahålla elektronisk kommunikation och elektroniska tjänster, med förbehåll för endast de villkor som fastställs i detta direktiv och eventuella begränsningar i enlighet med [artikel 52.1 FEUF] …”.[14] Av skäl 31 i ingressen framgår att ”[m]ed ett system för allmän auktorisation blir det inte längre möjligt att hänföra administrativa kostnader och därmed avgifter till enskilda företag, utom för beviljande av nyttjanderätter till nummer, radiofrekvenser och rätt att installera faciliteter”.

10. Syftet med auktorisationsdirektivet är ”att genomföra en inre marknad för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster genom harmonisering och förenkling av de bestämmelser och villkor som gäller för auktorisation av sådana nät och tjänster, så att dessa lättare kan tillhandahållas inom [EU]”.[15]

11. Genom direktivet inrättas ett system för utfärdande av allmän auktorisation. När auktorisation väl har beviljats får medlemsstaterna inte längre göra tillhandahållandet av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster avhängigt något ”uttryckligt beslut eller någon annan administrativ handling från den nationella regleringsmyndigheten”.[16] De ska tillämpa ett system för utfärdande av allmänna auktorisationer för tillhandahållandet av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster som är så lite betungande som möjligt[17] och tillerkänna företagen vissa rättigheter enligt EU:s lagstiftning.[18]

12. Av artikel 4.1 b i auktorisationsdirektivet framgår att ett företag som erhållit en allmän auktorisation har rätt att ”få [sin ansökan] om den rätt att installera faciliteter som behövs [bedömd] i enlighet med artikel 11 i [ramdirektivet]”.[19] Medlemsstaterna får bestämma huruvida sådana rättigheter ska tillerkännas ”andra företag än leverantörer av elektroniska kommunikationsnät eller kommunikationstjänster”.[20]

12 — Begreppet ”ledningsrätter” (*rights of way*) förefaller ha en mer vidsträckt innebörd i direktivet än vad som är allmänt vedertaget i rättssystem som använder engelska språket (möjligen även i dem som använder andra språk) och innefattar här rätten att installera faciliteter på, över och under mark, inte enbart rätten att passera ett område. För att undvika missförstånd kommer jag att ange begreppet inom citattecken i detta förslag, för att markera att det är dess betydelse enligt direktivet som avses.

13 — Artikel 26 i ramdirektivet.

14 — Skäl 3 i ingressen till auktorisationsdirektivet. Se även artikel 3.1.

15 — Artikel 1.1 i auktorisationsdirektivet.

16 — Artikel 3.2 i auktorisationsdirektivet. Se även skäl 8 i ingressen.

17 — Skäl 7 i ingressen till auktorisationsdirektivet. En allmän auktorisation är en rättslig ram genom vilken en medlemsstat ”säkerställ[er] rättigheter för tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät eller kommunikationstjänster och genom vilken [en medlemsstat] fastställ[er] sektorsspecifika skyldigheter som kan gälla för alla eller vissa typer av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster i enlighet med det här direktivet” (artikel 2.2 a i auktorisationsdirektivet). I bilagan till auktorisationsdirektivet uppställs villkor som får knytas till allmänna auktorisationer.

18 — Artikel 4 i auktorisationsdirektivet. Se även skäl 10 i ingressen.

19 — Se ovan punkt 6.

20 — Skäl 14 i ingressen till auktorisationsdirektivet.

13. Ett företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster och som erhållit en allmän auktorisation har även rätt att ”förhandla om samtrafik med och, i förekommande fall, få tillträde till eller samtrafik med andra leverantörer … enligt villkoren i och i enlighet med [tillträdesdirektivet]”. [21]

14. Om medlemsstaterna tar ut ”administrativa avgifter … av företag som tillhandahåller ett nät eller en tjänst i enlighet med allmän auktorisation eller som har beviljats nyttjanderätt” ska dessa avgifter uppfylla villkoren som uppställs i artikel 12.1 i auktorisationsdirektivet. De ska således

”a) sammanlagt täcka enbart de administrativa kostnader som uppkommer för förvaltning, kontroll och genomförande av systemet med den allmänna auktorisationen, samt för nyttjanderätter och för de särskilda skyldigheter som avses i artikel 6.2, som får inbegripa … lagstiftningsarbete som inbegriper utarbetande och genomförande av sekundärrätt och förvaltningsbeslut, t.ex. beslut om tillträde och samtrafik, och

b) åläggas de enskilda företagen på ett objektivt, öppet redovisat och proportionellt sätt så att de administrativa tilläggskostnaderna och de därmed sammanhängande avgifterna minimeras”.

15. I artikel 13 i auktorisationsdirektivet föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna får låta den berörda myndigheten införa avgifter för nyttjanderätter till radiofrekvenser eller nummer eller för rättigheter att installera faciliteter på, över eller under offentlig eller privat egendom, varvid avgifterna skall beakta behovet av en optimal användning av dessa resurser. Medlemsstaterna skall säkerställa att avgifterna är sakligt motiverade, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella till det avsedda syftet, och att de tar hänsyn till de mål som avses i artikel 8 i [ramdirektivet].” [22]

– Tillträdesdirektivet

16. Genom tillträdesdirektivet ”harmoniseras … det sätt på vilket medlemsstaterna reglerar tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter”. [23] Det konstateras att ”[e]n operatör kan äga underliggande nät eller faciliteter, eller helt eller delvis hyra nät och faciliteter”. [24]

17. ”Tillträde” innebär att ”faciliteter och/eller tjänster görs tillgängliga för ett annat företag på fastställda villkor, med eller utan ensamrätt, i syfte att tillhandahålla elektroniska kommunikationstjänster”. Det omfattar ”tillträde till nätelement samt tillhörande faciliteter, vilket kan inbegripa anslutning av utrustning på fast eller icke-fast väg …; tillträde till fysisk infrastruktur inbegripet byggnader, ledningar och master; tillträde till relevanta programvarusystem …; tillträde till fasta nät och mobilnät”. [25]

21 — Artikel 4.2 a i auktorisationsdirektivet.

22 — I den engelska språkversionen (liksom i de flesta övriga språkversioner) av denna bestämmelse talas om rätt att installera *faciliteter* och om behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av *resurser*. I vissa andra språkversioner (särskilt i den spanska, den franska och den portugisiska) används dock ordet resurser för båda begreppen. Läsarna bör ha distinktionen mellan dessa begrepp i åtanke när de läser förslaget till avgörande på ett av språken i den senare kategorin, särskilt med avseende på betydelsen av den första meningen i artikel 13 vid prövningen av den andra frågan som ställts.

23 — Artikel 1.1 i tillträdesdirektivet.

24 — Skäl 3 i ingressen till tillträdesdirektivet.

25 — Artikel 2 a i tillträdesdirektivet.

18. ”Samtrafik” innebär ”den fysiska och logiska sammankopplingen av allmänna kommunikationsnät som används av samma eller ett annat företag för att göra det möjligt för ett företags användare att kommunicera med samma eller ett annat företags användare eller få tillgång till tjänster som erbjuds av ett annat företag”. [26]

Direktiv 2002/77/EG [27]

19. I direktiv 2002/77 uppställs styrande principer för konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster. Artikel 2.3 stadgar att ”[m]edlemsstaterna skall säkerställa att det inte införs eller bibehålls några begränsningar för tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster … över tredje parts infrastruktur eller genom gemensam drift av telenät, andra installationer och lokaliteter”. Detta ska gälla utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i 2002 års paket.

Nationell lagstiftning

20. Genom allmän lag nr 32/2003 [28] införlivades 2002 års paket med den spanska rättsordningen. I artikel 49.3 i den allmänna lagen föreskrivs följande:

”… de avgifter som tas ut för nyttjandet av radiofrekvenser, nummer och den offentliga egendom som behövs för att installera elektroniska kommunikationsnät [ska] beakta behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av dessa resurser med hänsyn till såväl värdet på den egendom som får nyttjas som till resursernas knapphändighet. Avgifterna ska vara sakligt motiverade, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella till det avsedda syftet …”

21. Enligt spansk lag åtnjuter kommunerna ett visst självbestämmande i frågor rörande skatter och avgifter på teleområdet. Genom kungligt lagdekret nr 2/2004 [29] antogs en omarbetad version av lagen om kommunernas ekonomiska förvaltning. [30] Enligt denna får kommunala myndigheter ta ut avgifter för exklusivt eller särskilt nyttjande av offentlig egendom, särskilt ytor på, under och över kommunens allmänna vägar. [31]

22. Det finns två olika sätt att beräkna vilken avgift som ska tas ut. Enligt den allmänna beräkningsmetoden ska avgiftens storlek bestämmas utifrån marknadsvärdet på nyttjandet av egendomen om den inte hade varit offentligt ägd. [32] Enligt den särskilda beräkningsmetoden grundar sig avgiften på 1,5 procent av operatörens bruttoomsättning i den berörda kommunen (minskat med kostnaderna för samtrafik). [33] Den sistnämnda beräkningsmetoden förefaller vara den som tillämpas vid hög utnyttjandegrad och där det är svårt att värdera nyttjandet av den offentligt ägda marken. Den allmänna beräkningsmetoden tillämpas vid lägre utnyttjandegrad eller mer sporadiskt nyttjande. Den särskilda beräkningsmetoden får inte användas för att beräkna vilken avgift som ska tas ut av mobiltelefonioperatörer.

26 — Artikel 2 b i tillträdesdirektivet.

27 — Kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EUT L 249, s. 21).

28 — Ley General de Telecomunicaciones (nedan kallad den allmänna lagen).

29 — Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (nedan kallad det kungliga lagdekretet).

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

31 — Artikel 20.1 och 20.2 i det kungliga lagdekretet.

32 — Artikel 24.1 a i det kungliga lagdekretet.

33 — Artikel 24.1 c i det kungliga lagdekretet.

23. Kommunerna Torremayor, Santa Amalia och Tudela (med flera) har genomfört den allmänna lagen och det kungliga lagdekretet. [34]

24. Kommunen Torremayor har avgiftsbelagt följande:

”… exklusivt eller särskilt nyttjande av ytor på, under och över kommunala allmänna vägar för företag och organ som använder offentlig egendom i syfte att utföra tjänster av allmänt intresse eller som berör majoriteten eller en väsentlig andel av kommunens invånare.” [35]

25. Bland de avgiftsbelagda tjänsterna ingår tillhandahållandet av mobila teletjänster. [36]

26. Av artikel 2.2 i avgiftsförordningen i Torremayor framgår att rätt till särskilt nyttjande föreligger ”när det för utförandet av tjänsten krävs tillgång till antenner, installationer eller nät som anlagts på, under eller över kommunala allmänna vägar, oberoende av vem som äger faciliteterna i fråga”.

27. I artikel 3.1 anges vilka som är skyldiga att betala avgiften. I artikel 3.2 föreskrivs följande:

”De företag och organ som avses i föregående punkt är betalningsskyldiga för den avgift som föreskrivs i denna lag såväl i egenskap av ägare till de nät som används för tjänsternas utförande som, när de inte äger nämnda nät, i egenskap av innehavare av rätten att nyttja, samtrafikera eller tillträda nämnda nät.”

28. Santa Amalia kommun har antagit en likalydande förordning. [37] Den som antagits av Tudela kommun [38] har motsvarande lydelse.

29. De kommunala myndigheterna använder sig av samma beräkningsmetod för att fastställa avgiftens storlek.

30. För att beräkna avgiftens storlek multipliceras en grundavgift med en koefficient som motsvarar den betalningsskyldige operatörens marknadsandel. Grundavgiften fastslås genom att använda en beräkningsmetod som tar i beaktande sådana faktorer som uppskattad genomsnittlig telefonanvändning per kommunal enhet, andelen mobil telefoni, antal fasta telefoner som installerats i kommunen, antal invånare i kommunen och uppskattad genomsnittlig användning av mobila telefoner och tjänster per mobiltelefon.

31. Som ett exempel påförde Tudela kommun år 2008 Vodafone en avgift om 41 348 EUR, beräknat på en marknadsandel om 32,54 procent, och Orange en avgift om 21 830 EUR, beräknat på en marknadsandel om 17,18 procent.

Förfarandet och tolkningsfrågorna

32. Talan väcktes vid spanska domstolar mot respektive kommuns avgiftsförordning av mobiltelefonioperatörer som använder faciliteter som ägs av andra företag för att tillhandahålla sina tjänster.

34 — Cirka 1 390 kommuner synes ha genomfört den relevanta lagstiftningen, i enlighet med någon av de två regelmodeller som lagts fram av Federación Española de Municipios y Provincias. Det finns över 8 000 kommuner i Spanien.

35 — Artikel 2.1 i Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento del dominio público a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general, antagen av Ayuntamiento de Torremayor (nedan kallad avgiftsförordningen i Torremayor).

36 — Artikel 2.3 i avgiftsförordningen i Torremayor.

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, antagen av Pleno del Ayuntamiento de Santa Amalia (nedan kallad avgiftsförordningen i 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 telefónica móvil en el término municipal de Tudela (nedan kallad avgiftsförordningen i Tudela).

33. Den talan som Vodafone España SA (nedan kallat Vodafone) väckte mot avgiftsförordningen i Santa Amalia och avgiftsförordningen i Tudela, och den talan som France Telecom España SA (nedan kallat Orange) väckte mot avgiftsförordningen i Torremayor ogillades. Samtliga tre avgöranden överklagades till Tribunal Supremo (högsta domstolen) som beslutade att framställa en begäran om förhandsavgörande beträffande följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska artikel 13 i [auktorisationsdirektivet] tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken en avgift för rätten att installera faciliteter på kommunal offentlig egendom, får tas ut av operatörer som, utan att vara ägare av nätet, använder det i syfte att tillhandahålla mobila teletjänster?

2) För det fall den aktuella avgiften ska anses förenlig med artikel 13 i [auktorisationsdirektivet], uppfyller då de villkor på vilka avgiften tas ut enligt den omtvistade lokala förordningen kraven i denna bestämmelse på att dels vara sakligt motiverade, proportionella och icke-diskriminerande, dels säkerställa en optimal användning av de aktuella faciliteterna?

3) Har artikel 13 i [auktorisationsdirektivet] direkt effekt?”

34. Genom beslut av den 18 mars 2011 förenade domstolen de tre målen.

35. Skriftliga yttranden har inkommit från den spanska och den polska regeringen, Europeiska kommissionen, Vodafone, Orange och Tudela kommun.

36. Samtliga av dessa, med undantag för den polska regeringen, utvecklade sin talan vid förhandlingen den 18 januari 2012.

Bakgrund

37. Innan de frågor som hänskjutits av den nationella domstolen behandlas, anser jag att det kan vara på sin plats att få en övergripande förståelse för vad som krävs för telekommunikation och varför mobiltelefonioperatörer använder faciliteter som ägs av andra företag än de själva. [39]

38. Med telekommunikation avses sändande och mottagande av information över avstånd. För detta krävs, för det första, en sändare som omvandlar informationen till en signal, för det andra, ett medium som överför signalen och, för det tredje, en mottagare som omvandlar signalen till information. En anordning som används både som sändare och mottagare kallas sändtagare. En mobiltelefon är en sändtagare eftersom den omvandlar röstmeddelanden till signaler och mottar och omvandlar signaler innehållande röstmeddelanden.

39. Flera sändare och mottagare sammankopplade bildar ett nätverk. Inom ett nätverk kan en router tillse att den sända signalen når rätt mottagare. Om en signal överförs över ett stort avstånd kan en repeater användas för att förstärka den. Ett ”elektroniskt kommunikationsnät” utgörs således av ”system för överföring och i tillämpliga fall utrustning för koppling eller dirigering samt andra resurser som medger överföring av signaler via tråd, via radio, på optisk väg eller via andra elektromagnetiska överföringsmedier”. [40]

39 — När jag sammanställde denna bakgrundsinformation hade jag stor hjälp av Internationella teleunionens och Organisationen för ekonomiskt samarbete och utvecklings informativa webbplatser.

40 — Artikel 2 a i ramdirektivet. Denna definition har sedermera ersatts av en ny men liknande definition i artikel 1.2 a i direktiv 2009/140.

40. Information kan överföras antingen trådlöst eller trådbundet genom exempelvis tråd eller kabel. Radiovågor och optisk fiberkabel är olika typer av överföringsmedier. Mobiltelefonioperatörer använder främst radiovågor som överföringsmedium, medan operatörer av fast telefoni främst använder kablar och andra fysiska hjälpmedel.

41. Mobiltelefonioperatörer behöver tillgång till såväl det fasta nätet som mobilnätet för att kunna tillhandahålla sina kunder en ”elektronisk kommunikationstjänst”, eller ”en tjänst som vanligen tillhandahålls mot ersättning och som helt eller huvudsakligen utgörs av överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät”. [41]

42. Om en operatör är ägare av ett nätverk kan operatörens kunder ringa och ta emot samtal från andra som är knutna till samma nät. Operatören kan äga hela eller delar av den infrastruktur som nätverket består av och som krävs för tillhandahållandet av tjänsten eller tjänsterna i fråga. Operatörens kunder kommer dock även att vilja komma i förbindelse med kunder som använder andra operatörer med liknande tjänster men som är knutna till andra nät som ägs av andra företag, som kan, men inte måste, vara konkurrenter. Dessa kunder kan använda mobiltelefon eller fast telefon, eller båda, som i sin tur kan vara kopplade till separata nät.

43. För att deras kunder ska kunna ringa och ta emot samtal behöver därför operatörerna som tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster bedriva samtrafik över nätverk och få tillträde till sådan infrastruktur som routrar, optisk fiberkabel och koppartråd som ägs av andra företag. Samtrafik är en typ av tillträde som genomförs mellan operatörer av allmänna nät. [42] Operatörerna kommer överens om ett pris och ingår avtal rörande samtrafik och andra former av tillträde.

Bedömning

Den första tolkningsfrågan

44. Tribunal Supremo har i huvudsak ställt frågan huruvida den avgift som tas ut av operatörer som, utan att vara ägare av det befintliga nätet, använder det i syfte att tillhandahålla mobiltelefoni utgör en avgift för ”rättigheter att installera faciliteter på, över eller under offentlig eller privat egendom, … [som] skall beakta behovet av en optimal användning av dessa resurser” enligt artikel 13 i auktorisationsdirektivet.

Yttranden som har inkommit till domstolen

45. Tribunal Supremo, Vodafone, Orange, kommissionen och den polska regeringen har gjort gällande att ordalydelsen i artikel 13 i auktorisationsdirektivet, läst mot bakgrund av övriga direktiv i 2002 års paket, inte ger stöd för någon sådan tolkning. Artikel 13 ger medlemsstaterna rätt att införa en avgift för installation, men inte för nyttjande, av fysisk infrastruktur på, över eller under offentlig egendom.

41 — Artikel 2 c i ramdirektivet.

42 — För definition av samtrafik, se punkt 18 ovan.

46. Den spanska regeringen och Tudela kommun har däremot gjort gällande att mobiltelefonioperatörer genom sitt nyttjande tar den offentliga egendomen i anspråk. Att endast införa avgifter för innehavarna av faciliteter skulle ge operatörer av fast telefoni en konkurrensnackdel eftersom dessa äger merparten av näten. Detta skulle även strida mot principen om neutral teknik. Den spanska regeringen anser därför att uttrycket ”avgifter för … rättigheter att installera faciliteter” ger stöd för införandet av avgifter för *användningen* av faciliteter som ägs av andra operatörer. [43]

Artikel 13 i auktorisationsdirektivet

47. Artikel 13 består av två meningar. Enligt den första meningen får medlemsstaterna införa ”avgifter för nyttjanderätter till radiofrekvenser eller nummer eller för rättigheter att installera faciliteter på, över eller under offentlig eller privat egendom, varvid avgifterna skall beakta behovet av en optimal användning av dessa resurser”. För det fall medlemsstaterna inför sådana avgifter ska de ”säkerställa att avgifterna är sakligt motiverade, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella till det avsedda syftet, och att de tar hänsyn till de mål som avses i artikel 8 i [ramdirektivet]”.

48. Medlemsstaterna ges enligt första meningen rätt att införa en avgift i tre specifika situationer (vid beviljandet av tre klart definierade nyttjanderätter), medan den andra meningen uppställer vilka krav som avgifterna måste uppfylla. Avgifter som uppfyller vissa eller samtliga krav i andra meningen men som inte faller in under någon av typsituationerna i första meningen får inte införas.

49. Den första tolkningsfrågan rör således huruvida användning av faciliteter som ägs av en annan operatör utgör någon sådan typsituation som kan medföra avgiftsskyldighet enligt första meningen i artikel 13 i auktorisationsdirektivet. [44]

50. Jag anser att så inte är fallet.

51. Enligt min uppfattning innebär installation av faciliteter ett inrättande av infrastruktur, rent materiellt, vars användning möjliggör tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster. Enligt artikel 13 uppkommer en avgiftsskyldighet för den operatör som äger rättigheter att installera sådana faciliteter, oavsett vem som äger dem.

52. I avsaknad av en specifik definition i det tillämpliga direktivet får begreppet ”faciliteter” enligt min mening förstås så, att det avser fysiska hjälpmedel eller utrustning som krävs för att göra något. I telesammanhang innebär det den fysiska utrustning som krävs för att sända och ta emot information över ett avstånd. Att ”installera” sådan utrustning kan vidare bara få betydelsen att fysiskt inrätta sådan utrustning för att uppfylla detta syfte under en viss tid.

43 — I sitt skriftliga yttrande gav Tudela kommun intrycket av att ha intagit samma ståndpunkt och förordade en teleologisk tolkning av artikel 13. Samtidigt, vilket framkom mer tydligt vid förhandlingen, har Tudela kommun gjort gällande att första meningen i artikel 13 inte tar sikte på en sådan avgift som är föremål för talan vid den nationella domstolen, varför något hinder mot avgiftsbeläggandet inte föreligger (oaktat att de godtagit att användarna av faciliteterna har tillgång till offentlig egendom i lika stor utsträckning som dem som installerat dessa). Se även punkterna 65 och 70 nedan.

44 — Frågan skiljer sig alltså från den som avsågs i de förenade målen C-544/03 och C-545/03, Mobistar och Belgacom (REG 2005, s. I-7723), angående en årlig avgift för innehav av sådan infrastruktur som pyloner, antenner och master, bedömd enligt artikel 49 EG (numera artikel 56 FEUF) och den då gällande gemenskapslagstiftningen om konkurrens på marknaden för telekommunikation.

53. Ett sådant synsätt stöds av artikel 2 e i ramdirektivet som beskriver ”tillhörande faciliteter” som ”faciliteter i samband med ett elektroniskt kommunikationsnät och/eller en elektronisk kommunikationstjänst som möjliggör och/eller stöder tillhandahållande av tjänster via det nätet och/eller den tjänsten”. [45] Tillträde till faciliteter omfattar, bland annat, ”tillträde till fysisk infrastruktur inbegripet byggnader, ledningar och master”. [46] Gemensamt utnyttjande av ”faciliteter” omfattar ”fysisk samlokalisering och gemensamt utnyttjande av ledningar, byggnader, master, antenner eller antennsystem”. [47]

54. Artikel 13 jämförd med dessa definitioner i övriga sammankopplade direktiv ger således stöd för att ”faciliteter” inte ska tolkas på annat sätt än enbart i betydelsen fysisk infrastruktur som möjliggör tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

55. En sådan tolkning stöds av syftet och ändamålet med artikel 13.

56. Artikel 13 tillåter medlemsstaterna att ta ut en avgift eftersom de installerade faciliteterna anlagts på offentlig (eller privat) egendom, vilket medför en minskad tillgång till egendomen för annat nyttjande och andra ändamål.

57. I artikel 13 är det underförstått att ”ledningsrätter”, liksom radiofrekvenser och nummer, utgör ”knappa resurser”. [48] Dessa nyttjanderätter måste därför förvaltas. Medlemsstaterna har enligt artikel 13 möjlighet att göra detta genom att införa en avgift som ska ”beakta behovet av en optimal användning av dessa resurser”.

58. Uppförandet av exempelvis en mast på offentlig mark innebär att vissa andra ”ledningsrätter” inte kan beviljas för samma mark. Nationella myndigheter kan även vilja begränsa uppförandet av master, exempelvis i en stadskärna eller i närheten av en skog. Lagstiftaren medgav därför att ”[g]emensamt utnyttjande av faciliteter kan vara till nytta av skäl som rör stadsplanering, folkhälsa eller miljö och bör främjas av nationella regleringsmyndigheter på grundval av frivilliga överenskommelser” [49] och att ”[u]tvecklingen av marknaden för elektroniska kommunikationstjänster, med tillhörande infrastruktur, skulle kunna få negativa effekter på miljön och landskapet”. [50] I motsats till Tudela kommun, anser jag inte att offentlig mark, generellt sett, utgör en resurs som är mindre knapp än nummer och radiofrekvenser. Jag finner inte heller att artikel 13 ger utrymme för att ta ut en avgift av samtliga som *drar fördel av* faciliteter som installerats på marken.

59. Jag håller inte heller med spanska regeringen om att en mobiltelefonioperatörs *användning* av ett annat företags faciliteter påverkar tillgången till ”ledningsrätter” på samma sätt som installationen av faciliteterna. Tudela kommun har även gjort gällande att nyttjandet innebär att offentlig mark tas i anspråk. Enligt mig är detta en felaktig uppfattning.

45 — I den ändrade versionen av ramdirektivet omfattar ”tillhörande faciliteter” även ”byggnader eller tillträde till byggnader, kablar, antenner, torn och andra stödkonstruktioner, ledningar, rör, master, inspektionsbrunnar och kopplingsskåp”, se artikel 1.2 e i direktiv 2009/140.

46 — Artikel 2 a i tillträdesdirektivet.

47 — Skäl 23 i ingressen till ramdirektivet. Min tolkning av begreppet ”faciliteter” i artikel 13 i auktorisationsdirektivet utesluter inte en bredare definition av samma begrepp i övriga direktiv i 2002 års paket. Se till exempel del B i bilaga I till direktivet om samhällsomfattande tjänster.

48 — Detta är förenligt med gemenskapens och medlemsstaternas åtaganden i Världshandelsorganisationen (WTO) vad beträffar telekommunikationsnät och kommunikationstjänster. Av Världshandelsorganisationens referensdokument (WTO Reference Paper) av den 24 april 1996 framgår att ”fördelning eller utnyttjande av knappa resurser, däribland frekvenser och nummer, ska utföras på ett objektivt, lämpligt, öppet och icke-diskriminerande sätt” (punkt 6 första meningen). Skäl 29 i ingressen till ramdirektivet hänvisar till de åtaganden som gemenskapen och medlemsstaterna gjort inom ramen för Världshandelsorganisationen i fråga om standarder och regelverk för telenät och teletjänster.

49 — Skäl 23 i ingressen till ramdirektivet.

50 — Skäl 24 i ingressen till tillträdesdirektivet.

60. När ett företag installerar en kabel för signalöverföring, mellan fasta telefoner eller mellan mobiltelefoner och fasta telefoner, under en allmän väg, är det själva installationen som kräver ”ledningsrätt” så länge kabeln är på plats. Oavsett hur många signaler som överförs genom kabeln påverkas inte tillgången till ”ledningsrätter” av nyttjandet av kabeln när den väl har installerats.[51] Visserligen kan även andra dra nytta av ”ledningsrätterna” än dem som beviljats dessa och som ombesörjt installationen av faciliteterna. På en konkurrensutsatt marknad får emellertid det avtalade priset för nyttjandet (för ”tillträdet” med andra ord) antas omfatta även ersättning för denna tillgång.

61. Vidare skulle en tolkning av artikel 13 med innebörden att medlemsstaterna har rätt att införa avgifter för nyttjandet av faciliteter stämma dåligt överens med de allmänna målen som uppställts i artikel 8 i ramdirektivet.[52]

62. Enligt artikel 8.2 b i detta direktiv ska de nationella myndigheterna ”säkerställa att det inte uppstår någon snedvridning eller begränsning av konkurrensen inom sektorn för elektronisk kommunikation”. Domstolen har fastslagit att detta ”endast kan säkerställas om de olika ekonomiska aktörerna kan tillförsäkras lika möjligheter”.[53]

63. Enligt min mening kan man inte säga att lika möjligheter har tillförsäkrats i en situation där företagen som äger faciliteterna som används för att tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster kan få tillbaka vad de betalat i avgift för rättigheten att installera dessa genom den ersättning de kommer överens om med operatörerna som nyttjar faciliteterna om, som i förevarande fall, dessa operatörer även måste betala en avgift för sitt nyttjande till kommunerna. Detta skulle innebära att konkurrensen snedvrids eftersom företagen som nyttjar faciliteterna utsätts för en dubbel ekonomisk belastning, vilket skulle kunna avhålla operatörer från att ta sig in på marknaden och resultera i högre priser för konsumenterna.

64. Om man inför en avgift för nyttjandet av andra företags faciliteter skulle det, beroende på avgiftens storlek, kunna utgöra incitament för både nya och befintliga operatörer att installera sina egna faciliteter och expandera sina egna nät istället för att eftersträva tillträde till andras. Jag menar dock inte att påstå att investeringar i ny infrastruktur inte skulle kunna förbättra konkurrensvillkoren och försvaga den dominerande ställning som ägs av de företag som äger större delar av den befintliga infrastrukturen. Men andra farhågor är att såväl trycket på befintliga ”ledningsrätter” som kostnaderna för tillhandahållandet av tjänster kan komma att öka. Detta stämmer illa överens med att medlemsstaterna ska främja gemensamt utnyttjande av faciliteter och egendom[54] och ska ”utöva sina skyldigheter på ett sätt som främjar effektivitet, hållbar konkurrens och största möjliga nytta för slutanvändarna”.[55]

65. Slutligen anser jag att artikel 13 i auktorisationsdirektivet inte kan tolkas så att det utgör stöd för att införa avgifter för nyttjande av faciliteter som ägs av andra företag eftersom sådant nyttjande helt enkelt inte omfattas av direktivet.

51 — Det ter sig ju uppenbart att företag kan nyttja dessa faciliteter i sitt avsedda syfte endast *efter* att faciliteterna installerats.

52 — Hänvisningen till artikel 8 i artikel 13 i auktorisationsdirektivet infördes mot bakgrund av att parlamentet befarade att skillnader mellan medlemsstaternas avgiftssystem skulle skapa hinder för den inre marknaden. Se Ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (KOM(2001) 372 slutlig), s. 4.

53 — Se även dom av den 10 mars 2011 i mål C-85/10, Telefónica Móviles (REU 2011, s. I-1575), punkt 30 och där angiven rättspraxis.

54 — Artikel 12.1 i ramdirektivet. Medlemsstaterna kan till och med föreskriva om gemensamt utnyttjande, under de förutsättningar som anges i artikel 12.2 och skäl 23 i ingressen till nämnda direktiv.

55 — Artikel 5.1 i tillträdesdirektivet.

66. Syftet med auktorisationsdirektivet är att upprätta en rättslig ram som ska ”säkerställa friheten att tillhandahålla elektronisk kommunikation och elektroniska tjänster, med förbehåll för endast de villkor som fastställs i [direktivet]” [56] och som ska harmonisera och förenkla de bestämmelser och villkor som gäller för auktorisation. [57] Villkoren som uppställs rör allmänna auktorisationer av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, nyttjanderätter till radiofrekvenser och nummer samt rättigheter för att installera faciliteter. [58]

67. Auktorisationsdirektivet omfattar således sådana avgifter som påförs i samband med tillträde till marknaden för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, eller tillgång till sådana resurser som nummer, radiofrekvenser och ”ledningsrätter”. För sådana nyttjanderätter får medlemsstaterna påföra avgifter endast om det sker i enlighet med det syfte och de villkor som anges i artiklarna 12 och 13. [59] Några andra avgifter får inte lov att införas. Denna slutsats är förenlig med domstolens avgörande att medlemsstaterna inte får påföra andra avgifter för auktorisationsförfarandet än de som anges i direktiv 97/13, [60] upphävt genom ramdirektivet. [61] Till skillnad från Tudela kommun anser jag därför inte att en medlemsstat får påföra någon avgift som inte har stöd i artiklarna 12 eller 13 i auktorisationsdirektivet.

68. Den avgift som är föremål för talan vid den nationella domstolen har införts för tillträde till och samtrafik med faciliteter som ägs av andra företag och därför är det tillträdesdirektivet som ska tillämpas.

69. I tillträdesdirektivet ”fastställs rättigheter och skyldigheter för operatörer och för företag som önskar samtrafik och/eller tillträde till deras nät eller tillhörande faciliteter”. [62] Direktivet bygger på tanken att ”några företag är beroende av infrastruktur som tillhandahålls av andra för att kunna tillhandahålla sina tjänster” [63] och att ”[p]å en öppen och konkurrensutsatt marknad bör det inte finnas några begränsningar som hindrar företag från att förhandla om förutsättningarna för tillträde och samtrafik mellan dem”. [64] Artikel 5 beskriver under vilka omständigheter ingripanden från myndigheternas sida är befogade för att säkerställa tillfredsställande tillträde, samtrafik och samverkan mellan tjänster om kommersiella förhandlingar misslyckas. [65] Myndigheterna ska utöva sina skyldigheter ”på ett sätt som främjar effektivitet, hållbar konkurrens och största möjliga nytta för slutanvändarna”. [66] I detta syfte har de nationella myndigheterna rätt att förplikta företag att tillhandahålla tillträde och bedriva samtrafik som ett sätt att öka konkurrensen, liksom att införa de skyldigheter som anges i artiklarna 9–13. [67]

56 — Skäl 3 i ingressen i auktorisationsdirektivet.

57 — Artikel 1.1 i auktorisationsdirektivet.

58 — Bilagan till auktorisationsdirektivet innehåller en uttömmande förteckning över villkor som får knytas till allmänna auktorisationer (del A), nyttjanderätter till radiofrekvenser (del B) och nyttjanderätter till nummer (del C).

59 — Jag håller inte med kommissionen om att artikel 13 utgör ett undantag från artikel 12. Bestämmelserna behandlar skilda situationer där avgifter kan bli aktuella. Av ordalydelsen följer även att den ena avgiften inte utesluter den andra, eftersom artikel 12 till exempel tar sikte på administrativa avgifter som tas ut av företag som har beviljats nyttjanderätt, medan artikel 13 ger medlemsstaterna rätt att ta ut en avgift på grund av själva nyttjanderätten. Tolkningen av artikel 12 är under alla omständigheter föremål för talan i andra mål vid domstolen, se till exempel mål C-485/11, kommissionen mot Frankrike.

60 — Dom av den 21 juli 2011 i mål C-284/10, Telefónica de España (REU 2011, s. I-6991), punkt 19 och där angiven rättspraxis.

61 — Se punkt 8 ovan.

62 — Artikel 1.2 i tillträdesdirektivet.

63 — Skäl 6 i ingressen till tillträdesdirektivet.

64 — Skäl 5 i ingressen till tillträdesdirektivet.

65 — Skäl 6 i ingressen till tillträdesdirektivet.

66 — Artikel 5.1 i tillträdesdirektivet.

67 — Artiklarna 5 och 8.1 i tillträdesdirektivet.

70. Inte någonstans i tillträdesdirektivet kan man finna stöd för rätten att kräva en avgift av användarna för tillträde till och samtrafik med andra företags faciliteter.[68] Även om jag godtar att det i viss mån står medlemsstaterna fritt att välja hur direktiv ska genomföras framstår det för mig som att den avgift som är föremål för talan vid den nationella domstolen utgör ett betydande hinder för friheten för mobiltelefonioperatörer att tillhandahålla sina tjänster och inte kan sägas uppfylla något av målen i tillträdesdirektivet eller i de sammankopplade direktiven, eller innebära att någon av de skyldigheter som uppställs i dessa direktiv uppfylls.

71. Mot denna bakgrund finner jag att artikel 13 i auktorisationsdirektivet inte ger medlemsstaterna rätt att påföra mobiltelefonioperatörer en avgift för användningen av faciliteter som installerats på offentlig egendom och ägs av andra företag, eftersom en sådan avgift inte utgör vederlag för någon ”ledningsrätt”.

Den andra tolkningsfrågan

72. Den andra tolkningsfrågan hänför sig till betydelsen av andra meningen i artikel 13 i auktorisationsdirektivet.

73. Som anförts ovan anser jag inte att artikel 13 ger stöd för införandet av en sådan avgift som är föremål för talan vid den nationella domstolen.[69] Till följd av detta blir den andra tolkningsfrågan överflödig.

74. För det fall domstolen skulle komma till en annan slutsats än jag ska jag emellertid undersöka den närmare innebörden av kraven att avgifterna ska vara ”sakligt motiverade, … icke-diskriminerande och proportionella till det avsedda syftet”.[70] Det är sedan upp till den nationella domstolen att pröva huruvida avgifterna i fråga uppfyller dessa krav.

75. Den andra tolkningsfrågan avser även innebörden av uttrycket ”behovet av en optimal användning av [resursen i fråga]”.[71] För mig förefaller detta krav vara kopplat till första meningen i artikel 13.[72] Om en avgift inte beaktar ett sådant behov är det oväsentligt att gå in på en prövning av villkoren i andra meningen.

Kravet att avgifterna ska vara sakligt motiverade

76. Enligt min mening är en avgift enligt artikel 13 i auktorisationsdirektivet inte sakligt motiverad om dess storlek inte är kopplad till de knappa resursernas utnyttjandegrad samt det nuvarande och framtida värdet av detta nyttjande. I detta avseende fastslås i auktorisationsdirektivet att avgifter får påföras enskilda företag för rätten att installera faciliteter.[73]

68 — I bestämmelserna rörande medlemsstaternas rätt att under vissa omständigheter kontrollera priserna på marknader där konkurrensen fungerar dåligt liksom kostnaderna för tillträde och samtrafik, görs framför allt ingen hänvisning till möjligheten att ålägga användarna av faciliteterna en avgift, inte heller till något behov att beakta avgiften för inrättandet av till exempel ett system för kostnadstäckning eller för prissättning.

69 — Se punkterna 47–71 ovan.

70 — I den andra tolkningsfrågan hänvisas inte till kravet om att vara öppet redovisande.

71 — Domstolen har slagit fast att ”komplicerade ekonomiska bedömningar krävs för att fastställa avgiftsbeloppen” och därför ”kan det inte krävas att de nationella myndigheterna … skall beakta strikta kriterier så länge de håller sig inom de gränser som följer av gemenskapsrätten”, se dom av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria (REG 2003, s. I-5197), punkt 92. Se även Telefónica Móviles (ovan fotnot 52), punkt 25.

72 — Se ovan punkterna 62–64.

73 — Skäl 31.

77. Medlemsstaterna får enligt min mening inte införa en avgift för rätten att installera faciliteter som visserligen påstås vara anpassad till behovet av en optimal användning av ”ledningsrätter” men som inte utgår från parametrar av betydelse för att uppnå optimal användning, som utnyttjandegrad, tidsutdräkt och värdet av ett företags nyttjande av egendomen i fråga, eller annan möjlig användning av denna egendom. [74]

78. För det fall domstolen skulle komma fram till att första meningen i artikel 13 ger stöd för att införa en avgift för *användning* av faciliteter anser jag att samma principer ska gälla. Användningen av faciliteter får under sådana omständigheter anses påverka tillgången till ”ledningsrätter”. Avgiftsbeloppet måste därför kunna fastställas så att det reflekterar den ”knappa” resursens utnyttjandegrad och annan möjlig användning.

79. En avgift vars storlek fastställs utifrån ett företags bruttointäkt tas troligen ut främst i syfte att skapa en inkomst för kommunen, vilket inte är ett legitimt syfte i den mening som avses i artikel 13. [75] Domstolen har härutöver uttalat att beräkningen av en avgift (som beskrivs i artikel 13 i auktorisationsdirektivet) som är baserad på ett företags omsättning blir betydligt högre och ”skapar ett betydande hinder för friheten att tillhandahålla teletjänster”. [76] Att avgiften framför allt påverkar operatörer i dominerande ställning förändrar inte denna bedömning.

Kravet att avgifterna ska vara proportionella

80. En avgift är inte proportionell om den baseras på parametrar och är bestämd till en nivå som går utöver vad som krävs för att säkerställa optimal användning av den ”knappa” resurs som avgiften är menad att värna.

81. Detsamma gäller då avgiften antingen är så hög att den avhåller företag från att investera i installationer av nät och faciliteter och hämmar konkurrensen, eller är så låg att den inte leder till en effektiv förvaltning av resurserna. [77]

82. Till skillnad från Tribunal Supremo finner jag emellertid inte att avgiften i samtliga fall ska vara högre ju mer omfattande nyttjandet av den ”knappa” resursen är. Det kan ju till exempel tänkas att situationen uppstår där en avgift för rättigheter att installera faciliteter sätts ned i proportion till i vilken utsträckning som företaget tillåter att andra företag nyttjar faciliteterna. Under sådana förhållanden skulle en *lägre* avgift för ökat nyttjande kunna bidra till optimalt utnyttjande av egendomen.

83. Tudela kommun har vidare hävdat att avgiften ska beräknas på grundval av parametrar som utgår från marknadsvärdet av den offentliga egendom som faciliteterna installerats på.

84. Även om avgiften skulle falla in under lydelsen av första meningen i artikel 13, vilket den inte gör, finner jag detta argument inte vara övertygande.

74 — I målet Telefónica Móviles instämde domstolen med den spanska regeringen och kommissionen att ”denna avgift ska fastställas till en rimlig nivå som bland annat återspeglar värdet på användningen av dessa [knappa] resurser. Detta kräver att den ekonomiska och tekniska situationen på den berörda marknaden beaktas” (ovan fotnot 52), punkt 28.

75 — Tudela kommun medgav i sin historiska beskrivning att det ursprungliga syftet med avgiften var att generera intäkter på grundval av de förmåner det innebar att använda kommunal offentlig mark, med andra ord av värdet av tjänsterna som tillhandahålls genom användandet av faciliteter som installerats på marken.

76 — Dom av den 18 september 2003 i de förenade målen C-292/01 och C-293/01, Albacom och Infostrada (REG 2003, s. I-9449), punkterna 39 och 40.

77 — Se även Telefónica Móviles (ovan fotnot 52), punkt 29.

85. I den beräkningsmetod som kommunerna använder är det endast antalet fasta telefoner som installerades i kommunen ett visst år som är den relevanta parametern. Den siffran säger dock inget om i vilken utsträckning mobiltelefonioperatörerna nyttjar faciliteter som ägs av andra företag. Inte heller står mobiltelefonioperatörernas marknadsandel på den lokala marknaden i uppenbart samband med nyttjandegraden av den kommunala mark som näten och faciliteterna installerats på, även om den kan vara kopplad till behovet av tillträde till och samtrafik med dessa nät och faciliteter.

86. Parametrarna genomsnittlig användning av mobil telefoni per kommunal enhet, antalet invånare och den genomsnittliga telefon- och tjänsteanvändningen per mobiltelefon kan ha ett samband med utnyttjandegraden av nät och faciliteter som ägs av andra företag. Trots detta saknar de till synes all anknytning till de faktiska mobiltelefonitjänster som tillhandahålls av den operatör som betalar avgiften och för vilka faciliteterna som installerats på offentlig egendom nyttjats.

Kravet att avgifterna ska vara icke-diskriminerande

87. En avgift är diskriminerande då ”lika situationer behandlas olika, vilket innebär en nackdel för vissa företag jämfört med andra, utan att en sådan särbehandling är motiverad med hänsyn till att det föreligger icke obetydliga objektiva skillnader”.[78] Så kan vara fallet om operatörer påförs avgifter som inte är likvärdiga i ekonomiskt hänseende för jämförbart nyttjande av en resurs eller om likvärdiga avgifter påförs för olika typer av nyttjande.[79]

88. Det är upp till den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida mobiltelefonioperatörer och operatörer av fast telefoni, som nyttjar faciliteter som anlagts på, under eller över offentlig egendom, befinner sig i jämförbara situationer, oavsett var bolagen har bildats. I detta hänseende finner jag det vara av betydelse dels huruvida tillträde till och samtrafik med faciliteter installerade på offentlig (eller privat) egendom, som ägs av andra företag, i syfte att tillhandahålla sina tjänster, är jämförbart, dels huruvida det rör sig om konkurrerande företag.

89. För det fall den hänskjutande domstolen skulle finna att situationerna är jämförbara, måste avgifterna för nyttjandet av andras faciliteter beräknas utifrån samma objektiva parametrar. Detta är även i linje med medlemsstaternas åtagande att hindra diskriminering relaterad till att särskild teknik används.[80] Om till exempel operatörer av fast telefoni, som utövar samtrafik med andra företags faciliteter, har möjlighet att minska avgiften till kommunen med sina kostnader för samtrafik måste mobiltelefonioperatörer under liknande omständigheter ges samma möjlighet.

90. Vem som är ägare av faciliteterna är enligt mig ovidkommande för artikel 13. Avgörande för bestämmelsen är istället grunden för avgiftsskyldigheten. Samma beräkningsmetod måste alltså gälla för att fastställa avgiftsskyldigheten för operatörer som inte äger faciliteter och för dem som gör det, när deras nyttjande är jämförbart. Om så är fallet, och förutsatt att nationell lag även ålägger en avgift för rättigheten att installera faciliteter, skulle det innebära, om svaret på den första tolkningsfrågan är jakande, att vissa företag kan tvingas betala en avgift både för installationen *och* för nyttjandet. Detta blir den logiska följden om den spanska regeringens resonemang godtas.[81]

78 — Målet Connect Austria (ovan fotnot 70), punkt 115 och där angiven rättspraxis. Se även dom av den 2 april 2009 i mål C-431/07 P, Bouygues (REG 2009, s. I-2665), punkt 114 och där angiven rättspraxis.

79 — Se även Telefónica Móviles (ovan fotnot 52), punkt 31 och där angiven rättspraxis.

80 — Skäl 18 i ingressen till ramdirektivet.

81 — Jag anser att under sådana omständigheter kan inte operatörer som nyttjar andra företags faciliteter undvika att betala en avgift genom att investera i utvecklingen av sin egen infrastruktur.

91. Företag som installerar faciliteter, oavsett om de är operatörer av mobiltelefoni eller inte, kan tvärtom inte sägas vara i en jämförbar situation med situationen för mobiltelefonioperatörer som nyttjar ett annat företags faciliteter. Den förres nyttjande av offentlig mark har en direkt inverkan på tillgången till resursen och minskar ägarens ensamrätt till denna. Den senares nyttjande har däremot inte någon sådan inverkan. I ekonomiska termer kan dessa två typer av nyttjande inte bedömas som likvärdiga.

Slutsats

92. Mot denna bakgrund finner jag att svaret på den andra tolkningsfrågan är att en avgift inte uppfyller kraven på att vara sakligt motiverad, proportionell och icke-diskriminerande om den grundar sig på ett företags intäkter eller marknadsandelar eller andra parametrar som inte är kopplade till tillgången till en ”knapp” resurs till följd av ett företags faktiska nyttjande av resursen.

Den tredje tolkningsfrågan

93. Med den tredje tolkningsfrågan önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida artikel 13 i auktorisationsdirektivet har direkt effekt.

94. Det framgår av domstolens fasta praxis att en bestämmelse i ett direktiv som till sitt innehåll är ovillkorlig och tillräckligt precis kan åberopas gentemot en medlemsstat vid nationella domstolar om medlemsstaten underlåtit att införliva direktivet eller införlivat direktivet felaktigt eller inte inom rätt tid. [82]

95. Den tredje tolkningsfrågan har uppkommit eftersom Vodafone och Orange åberopat artikel 13 i auktorisationsdirektivet för att angripa avgifterna som införts i de tre kommunerna. Spanska regeringen och Tudela kommun anser att svaret på den tredje tolkningsfrågan är ovidkommande mot bakgrund av att avgifterna inte strider mot auktorisationsdirektivet.

96. Enligt min mening har artikel 13 direkt effekt.

97. Som flertalet parter framhållit i sina yttranden har domstolen i domen i målet Connect Austria slagit fast att artikel 11.2 i direktiv 97/13 hade direkt effekt. [83] Bestämmelsen reglerade avgifter ”när det gäller användning av knappa resurser” och ”som avspeglar behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av dessa resurser”. Den upphävdes genom ramdirektivet. [84]

98. Jag tycker att formuleringen i artikel 13 i auktorisationsdirektivet är mer klar och precis än den är i artikel 11.2 i direktiv 97/13. [85] Förutsättningarna för medlemsstaterna att införa avgifter enligt artikel 13 har angetts i otvetydiga ordalag och artikel 13 kräver inga genomförandeåtgärder för att den ska kunna åberopas av en enskild gentemot en medlemsstat som infört en avgift som saknar stöd i artikel 13.

99. Enligt min mening är svaret på den tredje tolkningsfrågan att artikel 13 i auktorisationsdirektivet har direkt effekt.

82 — Dom av den 3 mars 2011 i mål C-203/10, Auto Nikolovi (REU 2011, s. I-1083), punkt 61 och där angiven rättspraxis.

83 — Ovan fotnot 70.

84 — Se ovan punkt 8.

85 — Till skillnad från Tudela kommun, anser jag att det saknar betydelse för domstolens prövning av den tredje tolkningsfrågan att Tribunal Supremo redan gjort en laglighetsprövning av avgifterna *utan* att ta hänsyn till EU:s lagstiftning. Resonemanget att parternas blotta oenighet kring innebörden av begreppet ”installera faciliteter” visar att artikel 13 inte är klar och precis och att bestämmelsen av denna anledning skulle sakna direkt effekt finner jag inte övertygande.

Förslag till avgörande

100. Mot bakgrund av anförda överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Tribunal Supremo har ställt på följande sätt:

1. Artikel 13 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv) ger inte medlemsstaterna rätt att påföra mobiltelefonioperatörer en avgift för användningen av faciliteter som installerats på offentlig egendom och ägs av ett annat företag.

2. Andra meningen i artikel 13 i auktorisationsdirektivet ska tolkas så, att en avgift inte uppfyller kraven på att vara sakligt motiverad, proportionell och icke-diskriminerande samt på att säkerställa ett optimalt utnyttjande av de aktuella resurserna om den grundar sig på ett företags intäkter eller marknadsandelar eller andra parametrar som inte är kopplade till tillgången till en ”knapp” resurs till följd av ett företags faktiska nyttjande av resursen.

3. Artikel 13 i auktorisationsdirektivet har direkt effekt.