FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 13. december 2001 [1]

I — Indledning

1. I den foreliggende sag har Verwaltungsgerichtshof (Østrig) forelagt to præjudicielle spørgsmål.

2. Det første spørgsmål vedrører fortolkningen af artikel 5a, stk. 3, i Rådets direktiv 90/387/EØF af 28. juni 1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net (ONP — Open Network Provision) [2], som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/51/EF af 6. oktober 1997 [3]. Verwaltungsgerichtshof ønsker nærmere bestemt oplyst, om denne bestemmelse, som giver visse parter ret til at indgive klage til en uafhængig myndighed, har direkte virkning.

3. Det andet spørgsmål, som vedrører fortolkningen af artikel 82 EF, artikel 86 EF og artikel 2 i Kommissionens direktiv 96/2/EF af 16. januar 1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår mobil- og personkommunikation [4] og artikel 9 og 11 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester [5], drejer sig om lovligheden af yderligere tildelinger af DCS-1800-frekvenser. DCS-1800-standarden er en del af det eksisterende GSM-mobiltelefonisystem (Global System for Mobile Communication). Besvarelsen af det andet spørgsmål er efter den forelæggende rets opfattelse kun fornøden, hvis artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 har direkte virkning.

II — Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

4. Artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 bestemmer:

»3. Medlemsstaterne sørger for, at parter, som en afgørelse fra det nationale myndig-

1 — Originalsprog: nederlandsk.

2 — EFT L 192, s. 1. Henvisninger til det nævnte direktiv i dette forslag til afgørelse vedrører den ved direktiv 97/51 ændrede affattelse.

3 — EFT L 295, s. 23.

4 — EFT L 20, s. 59.

5 — EFT L 117, s. 15.

hedsorgan får virkning for, har mulighed for at indklage afgørelsen til en uafhængig myndighed på nationalt plan.«

5. Artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2, som har betydning for besvarelsen af den forelæggende rets andet spørgsmål, bestemmer [6]:

»3. Medlemsstaterne må ikke begrænse [kombinationer] af mobilkommunikationsteknologier/-systemer, navnlig ikke, hvor der står multistandardudstyr til disposition. Når medlemsstaterne udvider eksisterende licenser til at omfatte sådanne kombinationer, skal de sikre, at en sådan udvidelse er begrundet i henhold til bestemmelserne i stk. 4.

4. Medlemsstaterne skal om nødvendigt vedtage foranstaltninger til at sikre, at bestemmelserne i denne artikel gennemføres under hensyntagen til kravet om at sikre en effektiv konkurrence mellem de operatører, der konkurrerer på de relevante markeder.«

6 — Selv om jeg i dette forslag til afgørelse som nedenfor anført ikke vil behandle det andet spørgsmål, vil jeg i denne retlige sammenhæng alligevel nævne visse bestemmelser, som er omhandlet i dette spørgsmål. Disse bestemmelser giver nemlig et godt billede af den retlige regulering på området og tjener i denne forbindelse til at belyse de bemærkninger, jeg fremsætter vedrørende det første spørgsmål.

6. Jeg henviser ligeledes til betragtningerne til direktiv 96/2. I ottende betragtning hedder det:

»I denne forbindelse bør der tages behørigt hensyn til behovet for at fremme nytilkomne operatørers investeringer på disse områder. Medlemsstaterne bør kunne undlade at give licens til eksisterende operatører, f.eks. operatører af GSM-systemer, der allerede opererer på deres område, hvis det kan påvises, at dette ville fjerne en effektiv konkurrence ved navnlig at styrke en dominerende stilling. Specielt gælder det, at i tilfælde, hvor en medlemsstat tildeler eller allerede har tildelt DCS 1800-licenser, må der kun tildeles nye eller supplerende licenser til eksisterende GSM- eller DCS 1800-operatører, hvis dette sker på vilkår, der sikrer en effektiv konkurrence.«

I femtende betragtning til direktiv 96/2 hedder det bl.a.:

»I forbindelse med mobil- og personkommunikationssystemer er radiofrekvenser en afgørende flaskehalsressource. Hvis medlemsstaterne tildeler radiofrekvenser til mobil- og personkommunikationssystemer efter andre kriterier end objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier, udgør dette en restriktion, der er uforenelig med traktatens artikel 90 sammenholdt med artikel 59, såfremt operatører fra andre medlemsstater stilles ufordelagtigt i

disse tildelingsprocedurer. Udviklingen af en effektiv konkurrence inden for telekommunikationssektoren kan være en objektiv begrundelse for at nægte at tildele frekvenser til operatører, der i forvejen har en dominerende stilling på et givet geografisk marked.«

7. Artikel 9, stk. 2, i direktiv 97/13 bestemmer:

»2. Når en medlemsstat har til hensigt at udstede en individuel tilladelse, skal den:

— udstede den individuelle tilladelse ved en åben, ikke-diskriminerende, gennemsigtig procedure og med henblik herpå lade samme procedure være gældende for alle ansøgere, medmindre der er en objektiv begrundelse for at skelne

— opstille rimelige tidsfrister og bl.a. underrette ansøgeren om deres afgørelser snarest muligt og senest seks uger efter ansøgningens modtagelse. Medlemsstaterne kan forlænge denne frist til fire måneder i objektivt begrundede tilfælde, som udtrykkeligt er angivet i dette direktiv. Især hvor der er tale om sammenlignende udbudsprocedure kan medlemsstaterne forlænge fristen yderligere med op til fire måneder. [...]«

8. Samme direktivs artikel 11 har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne sikrer, at eventuelle gebyrer, som virksomhederne afkræves som led i tilladelsesprocedurerne, kun har til formål at dække administrationsomkostningerne i forbindelse med udstedelsen, forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af den gældende ordning for individuelle tilladelser. Gebyret for en individuel tilladelse skal stå i rimeligt forhold til det ydede arbejde, og der skal på hensigtsmæssig vis offentliggøres tilstrækkeligt detaljerede og let tilgængelige oplysninger herom.

2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne, hvis der kun er knappe ressourcer, tillade, at det nationale tilsynsmyndighed pålægger yderligere afgifter for at sikre, at sådanne ressourcer udnyttes optimalt. Disse afgifter skal være ikke-diskriminerende og navnlig tage hensyn til behovet for at støtte udviklingen af nyskabende tjenester og konkurrence.«

Nationale bestemmelser

9. Telekommunikationsgesetz (østrigsk lov om telekommunikation)[7] bestemmer, at tildelingen af frekvenser, der er reserveret til offentlige mobilkommunikationstjenester, sker ved en licens i henhold til den fremgangsmåde, som er fastsat i lovens §§ 22 ff. Licensen tildeles af det nationale myndighedsorgan til den ansøger, som sikrer den mest effektive udnyttelse af frekvenserne, hvilket fastslås på grundlag af størrelsen af den tilbudte betaling for benyttelsen. Tildelingen sker efter principperne om et åbent, rimeligt og ikke-diskriminerende offentligt udbud. Tildeling af yderligere frekvenser til en licenshaver til samme tjeneste er en udvidelse af den bestående licens og skal ske ifølge licensbestemmelserne. Såfremt licensen ikke indeholder bestemmelser herom, finder den normale fremgangsmåde anvendelse.

10. Telekom-Control-Kommission er udpeget som det nationale myndighedsorgan[8]. Telekom-Control-Kommissionen har bl.a. fået overdraget opgaven med hensyn til tildeling, annullation og tilbagekaldelse af licenser såvel som godkendelse af overdragelser og ændringer af licenser. Telekom-Control-Kommission er oprettet ved lov som et uafhængigt kollegialt organ. Den består af tre medlemmer, som udpeges af forbundsregeringen. Et af medlemmerne skal være dommer. Telekom-Control-Kommission træffer afgørelse som første og sidste instans.

11. Telekom-Control-Kommissions afgørelser kan i henhold til artikel 144, stk. 1, i Bundes-Verfassungsgesetz (forbundsforfatningen, herefter »B-VG«) indbringes for Verfassungsgerichtshof (den østrigske forfatningsdomstol). Verfassungsgerichtshofs prøvelsesret er imidlertid begrænset. Verfassungsgerichtshof kan kun efterprøve, om der foreligger en krænkelse af en forfatningssikret ret eller en retskrænkelse som følge af anvendelsen af en forfatningsstridig bekendtgørelse, lov eller traktat.

12. Der er i de østrigske bestemmelser, som finder anvendelse i denne sag, ikke hjemmel til at indbringe Telekom-Control-Kommissions afgørelser af andre grunde end de nævnte. Sager, som Telekom-Control-Kommission har truffet afgørelse i, ligger uden for Verwaltungsgerichtshofs (den østrigske forvaltningsdomstols) kompetence. I henhold til B-VG's artikel 133, nr. 4, er sager, som er afgjort i sidste instans af et kollegialt organ, hvis medlemmer tæller mindst én dommer, udelukket fra Verwaltungsgerichtshofs kompetence, medmindre andet er udtrykkeligt fastsat. Dette er ikke tilfældet for så vidt angår afgørelser truffet af Telekom-Control-Kommission, der må anses for at være et kollegialt organ som omhandlet i artikel 133, nr. 4.

7 — BGBl I 1997/100.

8 — Telekom-Control-Kommission savner kompetence inden for bestemte sagsområder, som ikke har relevans for denne sag. På disse områder er Telekom-Control GmbH udpeget som nationalt myndighedsorgan.

13. De østrigske bestemmelser er dog i mellemtiden blevet ændret. Siden den 1. juli 2000 har Verwaltungsgerichtshof haft kompetence til at behandle sager, der anlægges til efterprøvelse af Telekom-Control-Kommissions afgørelser. Dette er som anført af Kommissionen under retsmødet årsagen til, at Kommissionen ikke har anlagt en traktatbrudssag mod Republikken Østrig.

14. Telekommunikationsgesetz' § 125, stk. 3, har betydning for besvarelsen af den forelæggende rets andet spørgsmål. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»Myndigheden kan om nødvendigt tildele virksomheder, der allerede er indehavere af en licens til levering af teletjenesteydelser inden for området for digitale celleopbyggede mobiltelefoner, yderligere frekvenser af en størrelsesorden på 5 MHz hver inden for det frekvensområde, som er reserveret DCS 1800-standarden, når der er forløbet mindst tre år fra det tidspunkt, hvor den meddelelse, hvorved ansøgeren fik tildelt en DCS 1800-licens for 1997, er blevet endelig. Før denne periode er forløbet, kan eksisterende licensindehavere kun tildeles yderligere frekvenser inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden, når det godtgøres, at deres kundekapacitet ved anvendelse af alle økonomisk forsvarlige tekniske muligheder er fuldt udnyttet.«

15. For så vidt angår tildelingen af »den resterende del af det frekvensområde, som er reserveret DCS 1800-standarden« blev der i 1998 indsat et stk. 3a i Telekommunikationsgesetz' § 125 [9], der bestemmer, at i hvert fald én yderligere licens skal tildeles med en forsyningspligt, som gælder hele forbundsstaten, mens der kan tildeles flere andre licenser, som ikke gælder hele forbundsstaten, idet indehaveren af bestående licenser dog er udelukket fra tildeling af en yderligere licens med en forsyningspligt, som gælder hele forbundsstaten. Indehavere af bestående licenser kan dog søge om tildeling af nye frekvenser, men må ikke udnytte disse før udløbet af den i lovens § 125, stk. 3, fastsatte treårsfrist.

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

16. Mobilkom Austria AG (herefter »Mobilkom«) fik ved den kompetente ministers afgørelser af 6. november 1996 og 23. juli 1997 tildelt en licens til 2 x 8 MHz (39 kanaler) inden for 900 MHz-området. Mobilkom er det selskab, som efterfulgte den tidligere monopolindehaver på post- og telekommunikationsområdet i Østrig (Post & Telekom Austria AG). Hovedparten af selskabets aktier ejes af det offentlige.

9 — BGBl I 1998/98.

17. På grundlag af ministerens afgørelser af 25. januar 1996 og 23. juli 1997, som er truffet efter et offentligt udbud, blev Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (nu max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, herefter »max.mobil«) tildelt en tilsvarende licens. Dette selskab betalte en licensafgift på 4 mia. ATS. En frekvensafgift af tilsvarende størrelse var den 2. juli 1996 blevet forlangt af forgængeren for Mobilkom. Det er nu Mobilkom, som er afgiftspligtig.

18. Den 19. august 1997 fik Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (herefter »sagsøgeren«) efter et offentligt udbud tildelt en licens inden for DCS 1800-området. Sagsøgeren betalte herfor en afgift på 2,3 mia. ATS. Selskabet blev tildelt frekvensblokke på 2 × 16,8 MHz (84 kanaler) og fik stillet en udvidelse på 2 x 22,5 MHz (112 kanaler) i udsigt, når der var opnået et kundegrundlag på 300 000 abonnenter og en dækningsgrad på 75%.

19. Ved afgørelse af 10. august 1998 tildelte Telekom-Control-Kommission Mobilkom en yderligere frekvensblok til DCS 1800 som en udvidelse af den tidligere tildelte licens. Denne yderligere frekvensblok blev tildelt pr. 1. januar 1999, havde et frekvensområde på 2 x 5 MHz (24 kanaler), og var bestemt til ydelse af digitale mobilkommunikationstjenester via basisstationer i delstaten Wien. En ansøgning om tildeling af en yderligere frekvensblok på 2 x 3,4 MHz inden for det frekvensområde, der var reserveret for DCS 1800-området, blev afslået. Denne afgørelse af 10. august 1998 var udstedt med hjemmel i Telekommunikationsgesetz' § 125, stk. 3. Det er denne afgørelse, der nu er indbragt for Verwaltungsgerichtshof til prøvelse.

20. Sagsøgeren indbragte afgørelsen af 10. august 1998 for Verfassungsgerichtshof. Verfassungsgerichtshof fastslog i en afgørelse af 24. februar 1999, at der ikke var tale om, at sagsøgerens rettigheder var blevet krænket ved den anfægtede afgørelse, hverken i form af krænkelse af en forfatningssikret ret, eller gennem anvendelse af en retsstridig almengyldig retsakt. Sagsøgte blev derfor frifundet.

21. I præmisserne til sin afgørelse nævner Verfassungsgerichtshof også artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387. Verfassungsgerichtshof anser indholdet af denne bestemmelse for »med hensyn til muligheden for at indklage et nationalt myndighedsorgans afgørelse at være tilstrækkelig præcist til, at den i henhold til EF-Domstolens faste praksis [...] [10] kan have direkte virkning, for så vidt som der er en effektiv rekursadgang til en uafhængig (højere) instans«. Det fremgår ikke af direktivet, hvilket nationalt organ der har kompetence.

10 — Verfassungsgerichtshof henviser her til dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357.

22. Verfassungsgerichtshof udleder endvidere af B-VG's artikel 131, stk. 1, første afsnit, og artikel 133, nr. 4, at »der for så vidt angår afgørelser truffet af kollegiale domstolslignende organer kun kan blive tale om rekurs til Verwaltungsgerichtshof«. B-VG's artikel 133, nr. 4, synes imidlertid at stå i vejen for en rekursadgang til Verwaltungsgerichtshof. Fællesskabsrettens forrang — Verfassungsgerichtshof går herved ud fra, at artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 har direkte virkning — medfører imidlertid, at B-VG's artikel 133, nr. 4, ikke finder anvendelse inden for direktivets anvendelsesområde. En sag, der anlægges ved Verwaltungsgerichtshof til prøvelse af en afgørelse fra Telekom-Control-Kommission i dennes egenskab af »nationalt myndighedsorgan«, skal således admitteres.

23. Det har spillet en rolle for Verfassungsgerichtshofs overvejelser, at muligheden for at opnå prøvelse ved Verfassungsgerichtshof ikke kan anses for at være en mulighed for at indklage afgørelsen som omhandlet i direktivets artikel 5a, stk. 3. Verfassungsgerichtshof har nemlig kun en begrænset efterprøvelseskompetence. Den kontrol med forvaltningens lovmæssighed, som Verwaltungsgerichtshof foretager, opfylder derimod fællesskabsrettens krav.

24. På grundlag af disse præmisser henviste Verfassungsgerichtshof ved kendelse af 3. marts 1999 i henhold til B-VG's artikel 144, stk. 3, sagen til Verwaltungsgerichtshof til afgørelse.

De præjudicielle spørgsmål

25. Den østrigske Verwaltungsgerichtshof her herefter ved kendelse af 24. november 1999, indgået til Domstolens Justitskontor den 2. december 1999, forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal artikel 5a, stk. 3, i Rådets direktiv 90/387/EØF, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/51/EF, fortolkes således, at denne bestemmelse har umiddelbar virkning i den forstand, at den fortrænger en modstående national kompetenceforskrift og fastlægger den kompetence, som en bestemt »uafhængig myndighed«, der er etableret på nationalt plan, har til efter en »egnet procedure« at behandle klager, som en berørt part indgiver over en afgørelse fra det nationale myndighedsorgan?

2) Dersom det første spørgsmål besvares bekræftende, spørges: Skal artikel 82 EF og artikel 86, stk. 1, EF samt artikel 2, stk. 3 og 4, i Kommissionens direktiv 96/2/EF, artikel 9, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13 EF eller andre fællesskabsretlige bestemmelser fortolkes således, at de er til hinder for en national regel, hvorefter der kan tildeles yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, til virksomheder, der allerede har licens på at levere

teletjenesteydelser inden for det reserverede område for digitale celleopbyggede mobiltelefoner, inden udløbet af en treårsperiode regnet fra det tidspunkt, da en meddelelse af en DCS 1800-licens til en ansøger er blevet endelig, når det godtgøres, at deres kundekapacitet ved anvendelse af alle økonomisk forsvarlige tekniske muligheder er fuldt udnyttet, idet frekvenstildelingen kan ske, uden at der kræves betaling herfor, ligesom tildelingen kan ske til en offentlig virksomhed med en markedsdominerende stilling på 900 MHz-området?« [11]

26. Sagsøgeren i hovedsagen, Connect Austria, sagsøgte i hovedsagen, Telekom-Control-Kommission, samt Mobilkom Austria AG, den østrigske regering, den svenske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen. Under retsmødet den 11. oktober 2001 har disse parter bortset fra den svenske regering mundtligt uddybet deres standpunkter.

IV — Det første spørgsmål

Skriftlige indlæg

27. Sagsøgeren har af princippet om fællesskabsrettens forrang udledt, at Verwaltungsgerichtshof har kompetence. B-VG's artikel 133, nr. 4, kan som følge af bestemmelsen i artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 ikke anvendes. Under retsmødet har sagsøgeren anført, at Verwaltungsgerichtshof er den højeste retsinstans, som har almindelig kompetence til at udøve judiciel kontrol med den østrigske forvaltning. Det ligger fast, at der ikke er nogen anden ret, som har kompetence med hensyn til at afgøre tvisten i hovedsagen. Der kan derfor heller ikke opstå nogen kompetencekonflikt.

28. Mobilkom har fremført et helt andet argument. Artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 finder ifølge selskabet ikke anvendelse i den foreliggende sag. Bestemmelsen giver telekommunikationsudbyderne mulighed for at indklage de af det nationale myndighedsorgans afgørelser, der retter sig til dem, vedrørende adgang til og samtrafik mellem netværk. Den giver ikke nogen konkurrenceretlig beskyttelse. Berørte tredjemænd har ingen mulighed for at indgive klage på grundlag af bestemmelsen. Mobilkom opfordrer derfor til, at de spørgsmål, som er forelagt Domstolen, omformuleres.

29. Både den østrigske og den svenske regering har påpeget, at direktivets artikel 5a, stk. 3, ikke har direkte virkning, da bestemmelsen ikke er ubetinget og tilstrækkelig præcis som krævet i Domstolens faste praksis. Medlemsstaterne skal således anordne gennemførelsesforanstaltninger. De skal udpege det kompetente

11 — Fodnoten vedrører kun den nederlandske originalversion.

organ og fastlægge dets organisation. Den svenske regering har med henvisning til Dorsch Consult-dommen [12] anført, at udpegelsen af en kompetent ret hører under medlemsstaternes kompetence, og at dette ikke er et anliggende for Domstolen.

30. Den østrigske regering har fremført et yderligere argument. Verfassungsgerichtshofs kompetence er tilstrækkelig såvel i forhold til det almindelige princip om en effektiv domstolsbeskyttelse som i forhold til de i artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 opstillede krav. Under retsmødet har den østrigske regering uddybet dette synspunkt som følger: Telekom-Control-Kommission må anses for at være en ret i artikel 234 EF's forstand og er således — når den træffer afgørelse i sidste instans — forpligtet til at forelægge præjudicielle spørgsmål. Hvis myndigheden ikke overholder denne forpligtelse og ikke forelægger præjudicielle spørgsmål, vil dette i henhold til østrigsk ret blive anset for en tilsidesættelse af en forfatningssikret ret, som kan indbringes for Verfassungsgerichtshof.

31. Kommissionen har anført, at artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 kan sidestilles med artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [13], som er omhandlet i Dorsch Consult-dommen. Vedrørende den direkte virkning af artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 har Kommissionen anført: Denne bestemmelse har efter sit indhold direkte virkning, idet den giver den enkelte en klageret. Den har imidlertid ikke direkte virkning for så vidt angår proceduren. Det må følge af national ret, ved hvilken instans denne klageret kan udøves. Desuden følger det af en direktivkonform fortolkning og en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder, at de nationale instanser — som her Verwaltungsgerichtshof — skal efterprøve, om der er mulighed for at indklage myndighedsorganets afgørelser på telekommunikationsområdet. Hvis en sådan klagemulighed, som er påkrævet i henhold til direktiv 90/387, ikke foreligger, kan de berørte kræve erstatning af medlemsstaten som følge af, at direktivet ikke er blevet gennemført inden for den fastsatte frist [14].

32. I det foreliggende tilfælde er artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 efter Kommissionens opfattelse ikke gennemført korrekt i østrigsk ret, idet der ikke er noget uafhængigt organ, som efterprøver retmæssigheden af de nationale myndigheders afgørelser.

12 — Dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Sml. I, s. 4961.

13 — EFT L 209, s. 1.

14 — Jf. dom af 24.9.1998, sag C-111/97, EvoBus Austria, Sml. I, s. 5411, præmis 22, og domskonklusionen.

Dorsch Consult-dommen

33. Der er i flere af de indgivne indlæg med rette foretaget en sammenligning mellem den foreliggende sag og Dorsch Consult-dommen. Denne dom vedrørte spørgsmålet, om en direktivbestemmelse havde direkte virkning i et tilfælde, hvor et direktiv — direktiv 92/50 om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [15] — ikke var blevet gennemført inden for den fastsatte frist. Nærmere bestemt var spørgsmålet, om de instanser, som i henhold til medlemsstaternes ret har kompetence til at behandle klager over procedurer for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, også var beføjede til at behandle klager over procedurer for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, selv om den nationale lovgiver ikke udtrykkeligt havde tildelt dem denne kompetence. Domstolens argumentation var følgende [16].

34. Domstolen undersøgte først generelt pligten til at sørge for en passende adgang til retlig prøvelse i tvister, der vedrører individuelle rettigheder, som følger af fællesskabsretten. Den fastslog, at det ikke tilkommer Domstolen at medvirke ved afgørelsen af de kompetencespørgsmål, som den nærmere afgrænsning af visse på fællesskabsretten hvilende retspositioner kan give anledning til inden for det nationale domstolssystem. Det er op til hver enkelt medlemsstat i sin nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister, der vedrører borgernes individuelle rettigheder, som følger af fællesskabsretten. De nationale retters indbyrdes kompetence er derfor et anliggende for medlemsstaterne. Medlemsstaterne er dog herved under alle omstændigheder forpligtet til at sikre en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder.

35. Herefter omtaler Domstolen direktiv 92/50. Dette direktiv forpligter ganske vist medlemsstaterne til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt kan indgives klage vedrørende indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, men angiver ikke, hvem de kompetente nationale instanser er, ligesom det ikke angiver, at det skal være de samme instanser som dem, medlemsstaterne har oprettet vedrørende indgåelse af offentlige bygge- og anlægssamt indkøbskontrakter.

36. Domstolen behandler herefter betydningen af, at direktiv 92/50 ikke er blevet gennemført inden for den fastsatte frist. Den erindrer om, at de forpligtelser for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Dette gælder også for forpligtelsen til i videst muligt omfang at fortolke nationale retsforskrifter i overensstemmelse med direktivet.

37. Borgerne kan under visse omstændigheder for domstolene gøre et direktiv gældende over for en medlemsstat, som

15 — Jf. punkt 31 i dette forslag til afgørelse.

16 — Dommens præmis 40 ff. Domstolen har fulgt den samme argumentation i EvoBus Austria-dommen (nævnt i fodnote 14).

ikke har efterkommet direktivet, uden at denne mindstegaranti kan berettige en medlemsstat til at undlade rettidigt at træffe egnede foranstaltninger med henblik på at gennemføre direktivet. Såfremt en direktivkonform fortolkning af de nationale bestemmelser ikke er mulig, kan de berørte retssubjekter under anvendelse af de relevante procedurer i national ret rejse krav om erstatning for skade, der er lidt som følge af den manglende gennemførelse af direktivet inden for den fastsatte frist.

38. På grundlag af denne argumentation besvarer Domstolen det præjudicielle spørgsmål med, at det ikke følger af direktiv 92/50, at »de instanser, som af medlemsstaterne er oprettet til at behandle klagesager vedrørende fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, ved manglende gennemførelse af dette direktiv inden for den fastsatte frist også kan behandle klager vedrørende fremgangsmåder for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Imidlertid følger det af kravet om, at national ret skal fortolkes i overensstemmelse med direktiv 92/50, og af kravet om en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder, at den nationale domstol skal bedømme, om de relevante regler i national ret giver mulighed for at indrømme borgerne en klageadgang i sager vedrørende indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Under omstændigheder som de i denne sag foreliggende har den nationale domstol navnlig pligt til at bedømme, om den nævnte klageadgang kan udøves for de samme instanser som dem, der er oprettet for sager vedrørende indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter« [17].

17 — Dorsch Consult-dommen, præmis 46.

39. Kort sagt kan borgerne i et tilfælde, hvor et direktiv ikke er blevet gennemført, ikke umiddelbart gøre krav på en klageadgang i henhold til fællesskabsretten. En sådan klageadgang kan eventuelt følge af en direktivkonform fortolkning af de nationale bestemmelser, hvilket imidlertid er et anliggende for den nationale domstol. Domstolen foreslår således, at der indføres hertil egnede bestemmelser i national ret.

Vurdering

40. Efter min opfattelse kan Domstolen i den foreliggende sag støtte sig på argumentationen og bedømmelsen i Dorsch Consult-dommen. Ved anvendelsen heraf i den foreliggende sag har jeg delt behandlingen op i en række trin.

41. Det første trin er efter min opfattelse konstateringen af, at artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 ikke er blevet gennemført korrekt i østrigsk ret. I denne forbindelse erindrer jeg om Domstolens faste praksis vedrørende artikel 249 EF, hvorefter medlemsstaterne er forpligtet til i deres nationale retsorden at træffe alle egnede foranstaltninger til at sikre, at et direktiv får fuld virkning i henhold til sit formål.

42. Direktiv 90/387 hører til blandt en række fællesskabsforanstaltninger fra 1990'erne, der som formål havde en liberalisering af kommunikationssektoren. Det var ofte nødvendigt at udstede detaljerede forskrifter for at sikre nytilkomne operatørers faktiske adgang til et marked, der indtil da havde været omfattet af et monopol. Det er kendetegnende for hovedparten af disse forskrifter, at de pålagde den tidligere monopolindehaver forpligtelser til fordel for de nytilkomne operatører. Til illustration heraf henviser jeg til betragtningerne til direktiv 96/2 [18]. Behovet for at fremme nytilkomne operatørers investeringer på disse områder kunne endog føre til, at medlemsstaterne kunne undlade at tildele DCS 1800-licenser til eksisterende GSM-operatører. I det foreliggende tilfælde fulgte det således af § 125 i den østrigske Telekommunikationsgesetz, at de eksisterende operatører Mobilkom og max.mobil kun på meget strenge betingelser kunne komme i betragtning til en DCS 1800-frekvens. Herved skulle det sikres, at nytilkomne operatører som f.eks. sagsøgeren faktisk kunne få adgang til det østrigske GSM-marked.

43. I et sådant system, der har til formål at udligne den bestående ulighed mellem — potentielle — operatører, må der ikke alene sikres en afbalanceret materiel lovgivning, men også en afbalanceret og faktisk gennemførelse heraf.

44. I den forbindelse spiller de nationale myndighedsorganer en vigtig rolle. Deres indgriben skal, som det bl.a. også fremgår af niende betragtning til direktivet, være præget af uafhængighed, ja sågar upartiskhed. De skal ikke kun være uafhængige af operatørerne, men også af de statslige myndigheder, for så vidt som dette er påkrævet, fordi staten ofte stadig har økonomiske interesser i den tidligere monopolindehaver. En sådan uafhængig instans — som hovedsageligt består af sagkyndige på det pågældende fagområde, og som i det højeste er undergivet en indirekte parlamentarisk kontrol — hører netop kun hjemme i en retsstat, når dens beslutninger kan efterprøves ved domstolene. Det er i dette perspektiv, jeg ser artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387, som bestemmer, at »parter, som en afgørelse fra det nationale myndighedsorgan får virkning for, [skal have] mulighed for at indklage afgørelsen til en uafhængig myndighed på nationalt plan«.

45. De nationale myndighedsorganer som f.eks. Telekom-Control-Kommission har først og fremmest en administrativ funktion, som de er blevet overdraget af de statslige myndigheder. Til deres kerneopgaver hører bl.a. tildelingen af licenser. De må således anses for at være forvaltningsmyndigheder og har i modsætning til, hvad den østrigske regering har anført, ingen domstolslignende funktion. I forbindelse med tildelingen af licenser er de betingelser for

18 — Jeg har allerede citeret betragtningerne i punkt 6 ovenfor.

at kunne forelægge spørgsmål til præjudiciel afgørelse, som Domstolen har opstillet i overensstemmelse med artikel 234 EF, med sikkerhed ikke opfyldt. Jeg henviser på dette punkt til den nyligt afsagte dom i Salzmann-sagen [19], hvoraf det fremgår, at de nationale retter kun kan forelægge spørgsmål for Domstolen, hvis der verserer en tvist for dem, og hvis de skal træffe afgørelse i en sag, der skal afsluttes med en retsafgørelse.

46. Den østrigske regerings opfattelse, hvorefter de nationale myndighedsorganer selv skulle kunne forelægge spørgsmål til præjudiciel afgørelse, er derfor åbenbart urigtig. Herudover henviser jeg desuden til, at dette heller ikke — selv om Domstolen måtte dele den østrigske regerings opfattelse — ville føre til, at betingelserne i artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 var opfyldt. I henhold til denne bestemmelse skal der nemlig være mulighed for at indklage myndighedsorganets afgørelse. Det følger imidlertid af direktivets ordlyd, at myndighedsorganet ikke selv kan være klageinstans vedrørende sine egne afgørelser.

47. Klageadgangen er efter min opfattelse et uundværligt element i den ordning, som er fastlagt ved direktivet, og mere generelt i ordningen for liberalisering af telekommunikationslovgivningen. Bortset fra, at alle bestemmelser i et EF-direktiv skal gennemføres nøjagtigt og fuldstændigt, betyder dette, at klageadgangen ikke må undergives en restriktiv fortolkning. En indskrænkning af klageadgangen eller af arten af de beslutninger, der kan indklages, er efter min opfattelse ikke tilladt.

48. Jeg har i øvrigt hverken i direktivets tekst eller i betragtningerne hertil fundet støtte for Mobilkoms opfattelse, hvorefter artikel 5a, stk. 3, ikke omfatter retstvister vedrørende Telekom-Control-Kommissions tildeling af frekvenser. Artikel 5a har almengyldig karakter og skal sikre, at de nationale myndighedsorganer træffer deres afgørelse under overholdelse af de fornødne garantier. Det kan ikke være rigtigt, at tredjemænd, som berøres direkte af afgørelserne, ikke har mulighed for at indklage disse. Det gælder så meget desto mere, som artikel 5a, stk. 3, netop har til formål at beskytte nytilkomne operatørers interesser, som f.eks. det sagsøgende selskab.

49. Desuden opfylder den begrænsede prøvelse, som i henhold til østrigsk ret foreta-

19 — Dom af 14.6.2001, sag C-178/99, Sml. I, s. 4421, præmis 13 og 14.

ges af Verfassungsgerichtshof, efter min opfattelse ikke betingelserne i bestemmelsen om ret til at indgive klage. Det er for mig klart, at artikel 5a, stk. 3, giver en ubegrænset klageret. Alle tænkelige argumenter for, at en afgørelse er ulovlig, skal derfor kunne fremsættes.

50. Det ligger herefter efter min opfattelse fast, at Republikken Østrig ikke har gennemført artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 korrekt, idet der for så vidt angår (visse) afgørelser fra Telekom-Control-Kommission ikke er givet en klagemulighed, som opfylder direktivets krav.

51. Det andet trin i anvendelsen af Dorsch Consult-dommen vedrører den eventuelle direkte virkning af artikel 5a, stk. 3. Det fremgår efter min opfattelse af Dorsch Consult-dommen, at artikel 5a, stk. 3, ikke kan have direkte virkning. Domstolenes indbyrdes kompetence er et anliggende for medlemsstaterne. Det er medlemsstaterne — og dermed ikke fællesskabslovgiver — der skal udpege en kompetent ret. Dette er opgavefordelingen mellem Fællesskabet og medlemsstaterne på området for domstolsbeskyttelse. Fællesskabsretten kan på området for domstolsbeskyttelse opstille materielle krav og gør det da også ofte. Det tilkommer derefter medlemsstaterne at sikre den faktiske gennemførelse af domstolsbeskyttelsen gennem deres eget domstolssystem. Det er på denne baggrund, jeg forstår Kommissionens bemærkning om, at artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 har indholdsmæssig, men ikke processuel direkte virkning.

52. Jeg når til den samme konklusion på grundlag af Domstolens retspraksis vedrørende direktivers direkte virkning. Borgerne kan kun påberåbe sig de bestemmelser i et ikke gennemført direktiv, som er ubetingede og tilstrækkeligt præcise. På dette punkt deler jeg Kommissionens opfattelse, hvorefter artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 er tilstrækkeligt præcis og ubetinget for så vidt angår bestemmelsens indhold, men at dette dog ikke betyder, at borgerne kan påberåbe sig den ved de nationale domstole. Den nationale lovgivers mellemkomst er under alle omstændigheder nødvendig med henblik på at fastlægge, hvilken ret der har kompetence til at behandle klagesagerne.

53. Denne konklusion er tillige i overensstemmelse med den nyligt afsagte dom i Gharehveran-sagen [20]. I denne dom fastslog Domstolen, at en arbejdstager kan gøre krav gældende over for medlemsstaten i tilfælde, hvor han i henhold til nationale bestemmelser i strid med et direktiv er blevet udelukket fra kredsen af personer,

20 — Dom af 18.10.2001, sag C-441/99, Sml. I, s. 7687.

som har krav på en bestemt betaling. Domstolen begrundede dette med, at den pågældende medlemsstat ikke kunne påberåbe sig, at den havde et skøn. I det foreliggende tilfælde er det anderledes: Udpegelsen af en kompetent ret ligger netop inden for medlemsstatens skøn.

54. Det tredje trin vedrører spørgsmålet, om en direktivkonform fortolkning kan give en løsning på problemet. I medfør af et af Domstolen ofte anvendt princip [21] er den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsforskrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, forpligtet til at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF.

55. I den foreliggende sag mener jeg ikke, at den direktivkonforme fortolkning er en frugtbar vej. Den ordning, som er oprettet ved den østrigske forfatning, er nemlig fuldstændig entydig og giver ikke anledning til fortolkning. Efter national ret har den østrigske Verwaltungsgerichtshof kun kompetence, når lovgiver udtrykkeligt har bestemt, at der kan anlægges sag ved denne ret. En direktivkonform fortolkning kan ikke ændre herpå. Hertil kommer, at Telekom-Control-Kommissions afgørelser i henhold til national ret efter et bestemt tidsrum ikke længere kan anfægtes, og at indførelsen af en klagemulighed — contra legem! — på grundlag af en direktivkonform fortolkning kraftigt ville indskrænke retssikkerheden for andre berørte.

56. Heller ikke Domstolens bemærkninger i Dorsch Consult-dommen ændrer min opfattelse. I denne dom pålægger Domstolen den nationale domstol at undersøge, om der af de nationale bestemmelser kan udledes en kompetence, navnlig hos instanser, der træffer afgørelse i åbenbart sammenlignelige tvister.

57. Også på dette punkt minder den foreliggende sag stærkt om de faktiske omstændigheder i Dorsch Consult-dommen. I begge tilfælde er det nærliggende at tillægge en bestemt national ret den omhandlede kompetence. Såfremt det anerkendes, at denne ret har denne kompetence, vil dette i ingen af de to tilfælde føre til et indgreb i det nationale domstolssystem eller til, at der opstår kompetencetvister. I Dorsch Consult-dommen var en instans blevet udpeget til at afgøre tvister af samme karakter som de i sagen omhandlede, og i den foreliggende sag er der tale om konflikter, der er af samme art som dem, den østrigske Verwaltungsgerichtshof har kompetence til at afgøre, men som af grunde,

21 — Jf. f.eks. dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8.

der ikke har noget med direktivet at gøre, er holdt uden for denne rets kompetence.

58. Den løsning, Domstolen valgte i Dorsch Consult-dommen, går ret beset ud på at opfordre den forelæggende ret til at efterprøve, om den ud fra en direktivkonform fortolkning af de nationale bestemmelser kan nå frem til, at den selv har kompetence. Jeg vil her lade det stå åbent, hvad den forelæggende ret efter denne efterprøvelse nåede frem til eller kunne være nået frem til. I det foreliggende tilfælde mener jeg dog ikke, at en sådan efterprøvelse giver mening. I henhold til østrigsk ret er der ingen tvivl om, at Verwaltungsgerichtshof ikke har kompetence. Dette står uomgængeligt fast.

59. Naturligvis — og dette er det fjerde og sidste trin — har den berørte, der som følge af den utilstrækkelige gennemførelse af artikel 5a i direktiv 90/387 har lidt skade, ret til at påberåbe sig direktivet i en erstatningssag anlagt mod Republikken Østrig. En sådan sag vil efter min opfattelse kunne føre til en tilkendelse af erstatning til den berørte[22], men derimod ikke til ændring af en allerede truffet afgørelse fra Telekom-Control-Kommission.

60. Sammenfattende mener jeg, at selv om artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 ikke er blevet gennemført i østrigsk ret, kan borgerne hverken påberåbe sig den direkte virkning af denne bestemmelse eller en direktivkonform fortolkning af national ret. De har alene mulighed for at rejse erstatningskrav mod den østrigske stat.

V — Det andet spørgsmål

61. Da jeg har besvaret det første spørgsmål benægtede, er det ikke fornødent at behandle det andet spørgsmål. Den forelæggende ret har kun ønsket svar på det andet spørgsmål for det tilfælde, at det første spørgsmål blev besvaret bekræftende. Efter min opfattelse er det desuden i tilstrækkelig grad godtgjort, at Verwaltungsgerichtshof ikke har kompetence til at træffe afgørelse i hovedsagen. Dermed har det andet spørgsmål ikke længere forbindelse med en reel retstvist. Det følger af fast retspraksis, at Domstolen ikke besvarer de forelagte spørgsmål i sådanne tilfælde.

22 — Jeg henviser herved til Domstolens faste praksis på grundlag af dom af 19.11.1991 i Francovich m.fl.-sagen (nævnt i fodnote 10).

VI — Forslag til afgørelse

62. På grundlag af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Verwaltungsgerichtshof forelagte spørgsmål som følger:

»1) I tilfælde, hvor artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387/EØF af 28. juni 1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net (ONP — Open Network Provision), som affattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/51/EF af 6. oktober 1997, ikke er blevet gennemført i national ret, eller kun er blevet utilstrækkeligt gennemført, kan borgerne ikke udlede en ret til efterprøvelse ved et uafhængigt organ direkte af direktivet. Hvis de nationale bestemmelser udtrykkeligt udelukker efterprøvelse, kan en sådan ret heller ikke udledes af princippet om direktivkonform fortolkning.

2) Det er ikke fornødent at besvare det andet spørgsmål.«