CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED

van 13 december 2001 [1]

I — Inleiding

1. In deze zaak heeft het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof twee vragen gesteld.

2. De eerste vraag betreft de uitleg van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) [2], zoals gewijzigd bij richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997. [3] Meer in het bijzonder vraagt het Verwaltungsgerichtshof naar de rechtstreekse werking van deze bepaling, die aan bepaalde partijen een recht toekent op een beroep bij een onafhankelijk lichaam.

3. Bij de tweede vraag — betreffende de uitleg van artikel 82 EG, artikel 86 EG en artikel 2 van richtlijn 96/2/EG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie [4] en de artikelen 9 en 11 van richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten [5] — gaat het om de toelaatbaarheid van bepaalde toewijzingen van extra frequenties voor DCS 1800. DCS 1800 maakt deel uit van de bestaande systemen voor GSM-telefonie. Deze tweede vraag behoeft van de verwijzende rechter slechts beantwoording voorzover aan artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG rechtstreekse werking toekomt.

II — Het juridisch kader

Europees recht

4. Artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG luidt als volgt:

„3. De lidstaten dragen ervoor zorg dat er op nationaal niveau geschikte mechanis-

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

2 — PB L 192, blz. 1. Waar in deze conclusie wordt verwezen naar die richtlijn, betreft dit een verwijzing naar de tekst zoals die luidt na wijziging bij richtlijn 97/51.

3 — PB L 295, blz. 23.

4 — PB L 20, blz. 59.

5 — PB L 117, blz. 15.

men bestaan zodat een partij die door een besluit van de nationale regelgevende instantie wordt geschaad, het recht heeft bij een onafhankelijk lichaam in beroep te gaan."

5. De leden 3 en 4 van artikel 2 van richtlijn 96/2/EG, van belang voor de tweede vraag van de verwijzende rechter, hebben de volgende inhoud [6]:

„3. De lidstaten stellen geen beperkingen aan combinaties van mobiele technologieën en systemen, met name indien multinorm-apparatuur beschikbaar is. Wanneer bestaande vergunningen worden uitgebreid zodat zij ook op dergelijke combinaties betrekking hebben, zorgen de lidstaten ervoor dat een dergelijke uitbreiding in het licht van de bepalingen van lid 4 gerechtvaardigd is.

4. Indien nodig stellen de lidstaten maatregelen voor de tenuitvoerlegging van dit artikel vast, waarin rekening wordt gehouden met de verplichting te zorgen voor daadwerkelijke mededinging tussen de exploitanten die op de betrokken markten met elkaar concurreren."

6 — Hoewel ik in deze conclusie, naar zal blijken, niet toekom aan de beantwoording van de tweede vraag citeer ik in dit juridisch kader toch enkele bepalingen die in het kader van de tweede vraag ter discussie staan. Deze bepalingen geven namelijk een goed beeld van het wettelijk stelsel en dienen hier ter illustratie van het door mij gestelde, met betrekking tot de eerste vraag.

6. Ik wijs ook op de overwegingen van de considerans van richtlijn 96/2/EG. In de achtste overweging valt het volgende te lezen:

„In het kader hiervan moet naar behoren rekening worden gehouden met de noodzaak investeringen van nieuwe marktpartijen op deze gebieden te stimuleren. Lidstaten dienen de mogelijkheid te hebben, af te zien van het verlenen van een vergunning aan bestaande exploitanten, bijvoorbeeld aan exploitanten van GSM-systemen die reeds op hun grondgebied aanwezig zijn, wanneer kan worden aangetoond dat dit de daadwerkelijke mededinging zou uitschakelen, in het bijzonder doordat een machtspositie zou worden uitgebreid. Met name wanneer een lidstaat DCS 1800-vergunningen verleent of reeds verleend heeft, mogen aan bestaande exploitanten van GSM- of DCS 1800-systemen alleen in omstandigheden die daadwerkelijke mededinging garanderen, nieuwe of aanvullende vergunningen worden verleend."

De vijftiende overweging stelt onder meer het volgende:

„In verband met systemen voor mobiele en persoonlijke communicatie zijn de daarvoor noodzakelijke radiofrequenties een cruciaal knelpunt. Als de lidstaten deze radiofrequenties voor mobiele en persoonlijke communicatiesystemen toewijzen op grond van andere dan objectieve, doorzichtige en niet-discriminerende criteria, vormt dit een met artikel 90 juncto artikel 59 van het Verdrag onverenigbare beperking, wanneer exploitanten uit andere lidstaten in

zulke toewijzingsprocedures worden benadeeld. De stimulering van daadwerkelijke concurrentie in de telecommunicatiesector kan een objectieve reden zijn om te weigeren frequenties toe te wijzen aan exploitanten die reeds een machtspositie op de betrokken geografische markt hebben."

7. In artikel 9, lid 2, van richtlijn 97/13/EG wordt het volgende bepaald:

„2. Indien een lidstaat voornemens is individuele vergunningen te verlenen:

— geschiedt dit door middel van open, niet-discriminerende en transparante procedures en door daartoe alle aanvragers aan dezelfde procedures te onderwerpen, tenzij er een objectieve reden voor het maken van onderscheid is,

en

— stelt hij redelijke termijnen vast; de lidstaat dient, onder andere, zo spoedig mogelijk doch niet later dan zes weken nadat hij de aanvraag heeft ontvangen, aan de aanvrager een besluit over de aanvraag mede te delen. In de bepalingen die voor de tenuitvoerlegging van deze richtlijn worden aangenomen, mogen de lidstaten deze termijn tot vier maanden verlengen in objectief gerechtvaardigde gevallen die specifiek in die bepalingen worden omschreven. [...]"

8. Artikel 11 van diezelfde richtlijn stelt:

„1. De lidstaten dragen er zorg voor dat iedere vergoeding die van ondernemingen als onderdeel van machtigingsprocedures wordt verlangd, uitsluitend strekt tot dekking van de administratiekosten die voortvloeien uit de afgifte van, het beheer van, de controle van en het toezicht op de naleving van de toepasselijke individuele vergunningen. De vergoedingen voor een individuele vergunning dienen in verhouding te staan tot het ermee gepaard gaande werk en op geëigende wijze en met voldoende bijzonderheden te worden bekendgemaakt, zodat deze informatie gemakkelijk toegankelijk is.

2. Indien gebruik moet worden gemaakt van schaarse hulpbronnen, kunnen de lidstaten, in weerwil van lid 1, hun nationale regelgevende instanties toestaan heffingen te innen om een optimaal gebruik van deze hulpbronnen te waarborgen. Die heffingen dienen niet-discriminerend te zijn en met name rekening te houden met de noodzaak de ontwikkeling van innovatieve diensten en concurrentie te bevorderen."

Nationaal recht

9. De Telekommunikationsgesetz [7] bepaalt dat de verdeling van frequenties voor openbare mobiele telecommunicatie plaatsvindt door middel van concessieverlening, overeenkomstig de procedure van artikel 22 en volgende van die wet. De nationale regelgevende instantie verleent de concessie aan de partij die het meest efficiënte gebruik van de frequenties garandeert, hetgeen wordt bepaald aan de hand van het bedrag van de vergoeding voor het gebruik, dat door de betrokkene wordt aangeboden. De toewijzing geschiedt volgens open, rechtvaardige en non-discriminatoire principes, op basis van een openbare offerteaanvraag. De toewijzing van aanvullende frequenties aan een concessiehouder voor dezelfde dienst, is een uitbreiding van de bestaande concessie en geschiedt volgens de bepalingen van de concessie. Bevat die daarover geen bepalingen, dan wordt de normale procedure toegepast.

10. De Telekom-Control-Kommission is aangewezen als nationale regelgevende instantie [8]. Aan de Telekom-Control-Kommission is onder meer bevoegdheid toegekend ter zake de toekenning, de onttrekking en de herroeping van concessies en de toestemming bij overdracht en wijzigingen van concessies. De Telekom-Control-Kommission is bij wet ingesteld als een onafhankelijke collegiale instantie. Zij bestaat uit drie leden, die door de Bondsregering worden benoemd. Een van de leden moet rechter zijn. Zij beslist in hoogste (en enige) instantie.

11. Tegen een besluit van de Telekom-Control-Kommission kan, krachtens § 144, lid 1, Bundes-Verfassungsgesetz (hierna: „B-Vg") bij het Verfassungsgerichtshof beroep worden ingesteld. De toetsingsbevoegdheid van het Verfassungsgerichtshof is beperkt. Het hof gaat slechts na of er sprake is van schending van een grondwettelijk gewaarborgd recht of van schending van een recht door toepassing van een onrechtmatige verordening, een onrechtmatige wet of een onrechtmatig verdrag.

12. Het Oostenrijkse recht, zoals dat van toepassing is voor het hoofdgeding, voorziet niet in een beroep op andere dan de genoemde gronden. Aangelegenheden waarover de Telekom-Control-Kommission heeft beslist, zijn naar Oostenrijks nationaal recht aan de bevoegdheid van het Verwaltungsgerichtshof onttrokken. Krachtens § 133, punt 4, B-Vg, heeft het Verwaltungsgerichtshof geen rechtsmacht ten aanzien van aangelegenheden waarover een ander collegiaal orgaan waarvan ten minste één rechter deel uitmaakt in hoogste instantie beslist, tenzij een beroep bij het Verwaltungsgerichtshof uitdrukkelijk toelaatbaar wordt verklaard. Dit is niet gebeurd voor beslissingen van de Telekom-Control-Kommission, die als een in § 133, punt 4, genoemd collegiaal orgaan kan worden beschouwd.

7 — Telecommunicatiewet, BGBl. I, 1997, nr. 100.

8 — Voor sommige onderwerpen, hier niet van belang, is de Telekom-Control-Kommission niet bevoegd. Voor die onderwerpen is als nationale regelgevende instantie aangewezen: Telekom-Control GmbH.

13. Overigens is de Oostenrijkse nationale wetgeving inmiddels gewijzigd. Vanaf 1 juli 2000 is het Verwaltungsgerichtshof bevoegd kennis te nemen van beroepen tegen besluiten van de Telekom-Control-Kommission. Dit was ook de reden waarom de Commissie geen inbreukactie jegens de Republiek Oostenrijk heeft doorgezet, zo liet de Commissie weten tijdens de mondelinge behandeling van de onderhavige zaak.

14. Voor de beantwoording van de tweede vraag van de verwijzende rechter is § 125, lid 3, van de Telekommunikationsgesetz van belang. Dit artikellid luidt als volgt:

„De instantie mag bestaande houders van een concessie voor het verrichten van de gereserveerde telefoondienst door middel van mobiele telefoons in de sector digitale cellulaire mobiele communicatie, indien nodig, bijkomende frequenties ter grootte van telkens 5 MHz uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiebereik toewijzen, wanneer sedert de inwerkingtreding van het concessiebesluit voor de in 1997 te verlenen DCS 1800-concessie ten minste drie jaren zijn verstreken. Vóór dat tijdstip kunnen aan de bestaande concessiehouders slechts dan aanvullende frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiebereik worden toegewezen, wanneer hun abonneecapaciteit, met gebruikmaking van alle economisch verdedigbare technische mogelijkheden, aantoonbaar is uitgeput."

15. Voor de toewijzing van „het resterende voor DCS 1800 gereserveerde frequentiebereik" wordt in 1998 een lid 3a toegevoegd aan § 125 van de Telekommunikationsgesetz [9], dat bepaalt dat in ieder geval een verdere concessie met een nationale voorzieningsplicht en daarnaast verschillende andere, niet-nationale concessies zullen worden verleend, waarbij weer de houders van bestaande concessies van het verlenen van een verdere concessie met nationale voorzieningsplicht uitgesloten zijn. De houders van bestaande concessies kunnen wel verzoeken om de toewijzing van nieuwe frequenties, maar zij mogen die frequenties niet gebruiken vóór de afloop van de in § 125, lid 3, genoemde termijn van drie jaar.

III — Feitelijk en procedureel kader

16. Op grond van concessiebesluiten van de bevoegde minister van 6 november 1996 en 23 juli 1997 kan Mobilkom Austria AG (hierna: „Mobilkom") aanspraak maken op een frequentiespectrum van 2 x 8 MHz (39 kanalen) in het 900 MHz-gebied. Mobilkom is de rechtsopvolger van de voormalige monopolist op het gebied van post en telecommunicatie in Oostenrijk (Post & Telekom Austria AG). De overheid is meerderheidsaandeelhouder.

9 — BGBl. I, 1998, nr. 98.

17. Krachtens besluiten van de minister van 25 januari 1996 en 23 juli 1997, die na een openbare aanbesteding zijn genomen, beschikt Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (thans max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH; hierna: „max.mobil") over eenzelfde recht. Deze aanbieder betaalde een bedrag van 4 miljard ATS als concessievergoeding. Een even hoge vergoeding was op 2 juli 1996 opgelegd aan de rechtsvoorganger van Mobilkom. De plicht tot betaling rust thans bij Mobilkom.

18. Op 19 augustus 1997 werd de concessie in het DCS 1800-bereik verleend, op grond van een openbare aanbesteding, aan Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, de verzoeker in het hoofdgeding (verder: „Connect Austria"). Connect Austria diende voor deze concessie een vergoeding van 2,3 miljard ATS te betalen. Haar werd een frequentiespectrum van 2 x 16,8 MHz (84 kanalen) toegewezen. Haar werd tevens een uitbreiding tot 2 x 22,5 MHz (112 kanalen) in het vooruitzicht gesteld bij het bereiken van een aantal van 300 000 abonnees en een voorzieningsgraad van 75 %.

19. Bij besluit van 10 augustus 1998 wees de Telekom-Control-Kommission een aanvullend frequentiespectrum voor DCS 1800 toe aan Mobilkom, als uitbreiding van de haar eerder verleende concessie. Dit aanvullende frequentiespectrum werd per 1 januari 1999 toegekend, had een grootte van 2 x 5 MHz (24 DCS 1800-kanalen) en was bestemd voor het aanbieden van GSM-telefonie, met gebruikmaking van basisstations in de deelstaat Wenen. Een verzoek om toewijzing van een verder frequentiespectrum van 2 x 3,4 MHz uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiebereik werd afgewezen. Dit besluit van 10 augustus 1998 berustte op § 125, lid 3, van de Telekommunikationsgesetz. Het is dit besluit dat thans voor het Verwaltungsgerichtshof wordt bestreden.

20. Tegen het besluit van 10 augustus 1998 stelde Connect Austria beroep in bij het Verfassungsgerichtshof. Dit oordeelde bij beslissing van 24 februari 1999, dat verzoekster door het bestreden besluit niet in een grondwettelijk gewaarborgd recht was geschaad, noch dat haar rechten waren geschaad wegens de toepassing van een onrechtmatige regeling. Het beroep werd afgewezen.

21. In de motivering van zijn beslissing gaat het Verfassungsgerichtshof voorts in op artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG. Het Verfassungsgerichtshof acht de inhoud van deze bepaling „wat het recht op een beroepsprocedure tegen het besluit van een nationale regelgevende instantie betreft, voldoende nauwkeurig om in de zin van de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen [...] [10] in zoverre rechtstreekse werking te hebben, dat er een doeltreffend rechtsmiddel bij een onafhankelijke instantie moet bestaan". Uit de richtlijn blijkt niet, welke nationale instantie bevoegd is.

10 — Het Verfassungsgerichtshof verwijst naar het arrest van 19 november 1991, Francovich e.a.(C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357).

22. Het Verfassungsgerichtshof leidt vervolgens uit de §§ 131, lid 1, eerste regel, en 133, punt 4, B-Vg af, „dat tegen besluiten van collegiale instanties met een rechterlijk karakter slechts een beroep bij het Verwaltungsgerichtshof in aanmerking komt". Het Verfassungsgerichtshof zet uiteen dat § 133, vierde regel, B-Vg in de weg lijkt te staan aan een beroep bij het Verwaltungsgerichtshof. Evenwel, de voorrang van het gemeenschapsrecht — het Verfassungsgerichtshof gaat uit van een rechtstreekse werking van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG — brengt mee dat voor het toepassingsgebied van de richtlijn § 133, punt 4, B-Vg buiten toepassing moet blijven. Tegen een besluit van de Telekom-Control-Kommission in haar rol als „nationale regelgevende instantie" kan dus beroep worden ingesteld bij het Verwaltungsgerichtshof.

23. In de redenering van het Verfassungsgerichtshof speelt mee dat de mogelijkheid om zich tot het Verfassungsgerichtshof zelf te wenden, niet kan worden beschouwd als een recht om in beroep te gaan in de zin van artikel 5 bis, lid 3, van de genoemde richtlijn. Het Verfassungsgerichtshof heeft namelijk maar een beperkte toetsingsbevoegdheid. De aan het Verwaltungsgerichtshof opgedragen controle op de rechtmatigheid van het bestuur voldoet wel aan de vereisten van het gemeenschapsrecht.

24. Op grond van bovenstaande redenering verwees het Verfassungsgerichtshof het beroep bij beschikking van 3 maart 1999, gebaseerd op § 144, lid 3, B-Vg, voor afdoening naar het Verwaltungsgerichtshof.

Prejudiciële vragen

25. Vervolgens heeft het Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk) bij beschikking van 24 november 1999, ingekomen ter griffie van het Hof op 2 december 1999, verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG aldus worden uitgelegd, dat die bepaling rechtstreekse werking heeft in die zin, dat zij, door een ermee strijdige nationale bevoegdheidsregel te verdringen, een bepaald, op nationaal niveau bestaand ‚onafhankelijk lichaam' als ‚geschikt mechanisme' voor het beroep van een betrokken partij tegen een besluit van de nationale regelgevende instantie aanwijst?

2) Voor het geval dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: Moeten de artikelen 82 en 86, lid 1, EG, de artikelen 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2/EG, de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13/EG, of andere bepalingen van het gemeenschapsrecht aldus worden uitgelegd, dat zij in de weg staan aan een nationaal voorschrift dat bepaalt, dat aan bestaande houders van een concessie voor het aanbieden van mobiele telefonie aanvullende frequenties voor DCS 1800 mogen worden toegewezen, onder de volgende omstandigheden:

— de abonneecapaciteit van de bestaande concessiehouders is, met gebruikmaking van alle econo-

misch verdedigbare technische mogelijkheden, aantoonbaar uitgeput;

— onder de bestaande concessiehouders bevindt zich een publieke onderneming met een machtspositie op de markt van GSM 900;

— er zijn nog geen drie jaar verstreken sinds de datum waarop de beslissing uit 1997, waarbij de concessie werd toegekend, definitief is geworden, en

— er wordt geen afzonderlijke vergoeding verlangd voor het gebruik van de aanvullende frequenties?" [11]

26. Bij het Hof zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de verzoekster in het hoofdgeding, Connect Austria, de verweerder in het hoofdgeding, de Telekom-Control-Kommission en verder door Mobilkom Austria, de Oostenrijkse regering, de Zweedse regering en de Commissie. Ter terechtzitting van het Hof de dato 11 oktober 2001, hebben al deze betrokkenen, behoudens de Zweedse regering, hun standpunt mondeling toegelicht.

IV — De eerste vraag

Ingediende opmerkingen

27. Connect Austria leidt de bevoegdheid van het Verwaltungsgerichtshof af uit de voorrang van het gemeenschapsrecht. Gelet op de inhoud aan artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG dient § 133, punt 4, van de B-Vg hier buiten toepassing te blijven. Ter zitting wijst Connect Austria erop dat het Verwaltungsgerichtshof de hoogste rechter is met een algemene bevoegdheid tot rechterlijke controle op de Oostenrijkse administratie. Het staat vast dat geen ander gerecht bevoegd is tot kennisneming van de betreffende geschillen; een bevoegdheidsconflict is dan ook niet denkbaar.

28. Mobilkom brengt een geheel ander punt naar voren. Artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG heeft volgens Mobilkom geen betrekking op de onderhavige zaak. Deze bepaling geeft een recht op beroep aan de telecommunicatie-aanbieders tegen tot hem gerichte besluiten van de nationale regelgevende instantie rond de toegang tot netwerken en interconnectie. Het artikel geeft geen mededingingsrechtelijke bescherming. Derden-belanghebbenden kunnen aan dit artikel geen beroepsrecht ontlenen. Mobilkom geeft het Hof in overweging de aan het Hof gestelde vraag om deze reden te herformuleren.

29. Zowel de Oostenrijkse als de Zweedse regering wijst er op dat artikel 5 bis, lid 3, geen rechtstreeks effect heeft, aangezien de bepaling geen onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige inhoud heeft, hetgeen wordt vereist door de vaste rechtspraak van het Hof. De lidstaten moeten namelijk aanvullende maatregelen nemen. Zij wijzen

11 — Ten behoeve van de leesbaarheid van de tweede vraag in het Nederlands heb ik de structuur van deze vraag ingrijpend veranderd, uiteraard onder handhaving van de zakelijke inhoud.

de bevoegde instantie aan en bepalen op welke wijze deze wordt georganiseerd. De Zweedse regering stelt, onder verwijzing naar het arrest Dorsch Consult [12], dat de aanwijzing van een bevoegde rechter tot de nationale jurisdictie behoort en dat het Hof daarin niet treedt.

30. De Oostenrijkse regering voert nog een ander punt aan. De bevoegdheid van het Verfassungsgerichtshof voldoet zowel aan de algemene beginselen van een effectieve rechtsbescherming als aan de vereisten van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG. Ter zitting zet de Oostenrijkse regering haar standpunt als volgt uiteen. De Telekom-Control-Kommission moet volgens haar worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG en is bovendien — indien zij als hoogste instantie oordeelt — verplicht om prejudiciële vragen te stellen. Indien zij deze verplichting niet nakomt en geen prejudiciële vragen stelt, wordt dit naar Oostenrijks recht beschouwd als een schending van een constitutioneel recht, waartegen beroep bij het Verfassungsgerichtshof openstaat.

31. De Commissie wijst erop dat artikel 5 bis, lid 3, hetzelfde karakter heeft als artikel 41 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [13], dat in het arrest Dorsch Consult in geding was. Wat betreft het rechtstreeks effect van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG stelt de Commissie: qua inhoud heeft deze bepaling rechtstreeks effect aangezien justitiabelen er een beroepsrecht aan kunnen ontlenen. Qua procedure heeft de bepaling geen rechtstreeks effect. Het nationale recht zal moeten bepalen bij welke instantie zij hun beroepsrecht kunnen uitoefenen. Evenwel, de vereisten van richtlijnconforme interpretatie en van een effectieve bescherming van de rechten van justitiabelen brengen mee dat de nationale autoriteiten — zoals in casu het Verwaltungsgerichtshof — moeten nagaan of een beroepsrecht tegen beslissingen van de regelgevende autoriteit op het gebied van de telecommunicatie bestaat. Indien een zodanig beroepsrecht, dat voldoet aan richtlijn 90/387/EEG, niet bestaat kunnen de betrokkenen een schadevergoeding eisen van de lidstaat, wegens het niet tijdig omzetten van de richtlijn. [14]

32. In concreto stelt de Commissie dat artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG niet goed is omgezet in de Oostenrijkse wetgeving nu er geen onafhankelijke instantie is, die de rechtmatigheid van de beschikkingen van de nationale regelgevende autoriteit controleert.

12 — Arrest van het Hof van 17 september 1997 (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961).

13 — PB L 209, blz. 1.

14 — Zie het arrest van 24 september 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Jurispr. blz. I-5411).

Het arrest Dorsch Consult

33. Terecht wordt in veel ingediende opmerkingen een vergelijking getrokken tussen de onderhavige casus en het arrest Dorsch Consult. In laatstgenoemd arrest ging het om de mogelijke rechtstreekse werking van een richtlijnbepaling in een situatie waarin een richtlijn — de genoemde richtlijn 92/50 inzake de overheidsopdrachten voor dienstverlening [15] — niet tijdig was omgezet. In concreto was de vraag aan de orde of de beroepsinstanties die de lidstaten hadden aangewezen op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen ook bevoegd zijn om kennis te nemen van beroepen betreffende overheidsopdrachten voor dienstverlening, zulks zonder dat de nationale wetgever hen de bevoegdheid uitdrukkelijk had toegekend. Het Hof redeneert als volgt. [16]

34. Allereerst gaat het Hof ten algemene in op de zorg voor een adequate rechtsgang bij geschillen over individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend. Het Hof stelt dat het zich niet inlaat met de beslechting van bevoegdheidsvragen die op het niveau van de nationale rechterlijke organisatie kunnen rijzen bij de kwalificatie van bepaalde op het gemeenschapsrecht gebaseerde rechtssituaties. Het is de rechtsorde van elke lidstaat die de rechterlijke instantie moet aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend. De relatieve bevoegdheid van nationale gerechtelijke instanties is derhalve een zaak van de lidstaten. Wel zijn de lidstaten daarbij gehouden in elk geval een effectieve bescherming van de rechten van justitiabelen te verzekeren.

35. Vervolgens stelt het Hof richtlijn 92/50 aan de orde. Deze richtlijn verplicht de lidstaten weliswaar de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat ter zake van overheidsopdrachten voor dienstverlening doeltreffend beroep kan worden ingesteld, doch schrijft niet voor aan welke nationale instanties deze bevoegdheid moet worden verleend. Dit behoeven niet dezelfde instanties te zijn als de lidstaten hebben aangewezen voor vergelijkbare procedures ter zake van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen.

36. Het Hof gaat nu verder op de betekenis van de niet tijdige omzetting van richtlijn 92/50. Het Hof herinnert eraan dat de verplichtingen die voortvloeien uit een richtlijn gelden voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten gelden, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Dit geldt ook voor de verplichting tot richtlijnconforme uitleg van bepalingen van nationaal recht.

37. Justitiabelen hebben, zo stelt het Hof vast, onder bepaalde voorwaarden het recht om zich in rechte op een richtlijn te

15 — Zie punt 31 van mijn conclusie.

16 — Punten 40 e.v. het arrest. Het Hof volgt dezelfde redenering in het arrest van 24 september 1998, EvoBus Austria (aangehaald in voetnoot 14).

beroepen tegenover een lidstaat die zijn verplichtingen niet nakomt, overigens zonder dat deze minimumwaarborg een rechtvaardiging vormt voor het verzuim van een lidstaat om tijdig de benodigde uitvoeringsmaatregelen te nemen. Indien een richtlijnconforme uitleg niet mogelijk is, kunnen de belanghebbenden volgens procedures van nationaal recht vergoeding vorderen van de schade die zij hebben geleden doordat de richtlijn niet binnen de gestelde termijn is omgezet.

38. Aan de hand van deze redenering beantwoordt het Hof de aan hem gestelde vraag als volgt. Uit richtlijn 92/50 vloeit niet voort „dat, nu deze richtlijn niet binnen de gestelde termijn is omgezet, de ter zake van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen bevoegde beroepsinstanties van de lidstaten ook bevoegd zijn om kennis te nemen van beroepen betreffende procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening. De eisen van een uitlegging van het nationale recht in overeenstemming met richtlijn 92/50 en van een effectieve bescherming van de rechten van de justitiabelen gebieden de nationale rechter evenwel, na te gaan of aan de desbetreffende bepalingen van nationaal recht voor de justitiabelen een recht van beroep ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening kan worden ontleend. In omstandigheden als die van het onderhavige geval dient de nationale rechter in het bijzonder na te gaan, of dit recht van beroep voor dezelfde instanties kan worden uitgeoefend als die welke zijn voorzien ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken." [17]

17 — Arrest Dorsch Consult, punt 46.

39. Kort gezegd, in een situatie waarin een richtlijn niet is omgezet, kan de justitiabele niet rechtstreeks aan het gemeenschapsrecht een beroepsrecht ontlenen. Dit beroepsrecht zou — maar dat is aan de nationale rechter — kunnen worden ontleend aan de richtlijnconforme uitleg van het nationale recht. Hiertoe suggereert het Hof vervolgens een geschikte voorziening uit het nationale recht.

Oordeel

40. Naar mijn oordeel kan het Hof zich in de onderhavige zaak baseren op de redenering en het oordeel in de zaak Dorsch Consult. Ik onderscheid bij de toepassing in de onderhavige zaak van die redenering en dat oordeel een aantal stappen.

41. De eerste stap is voor mij de vaststelling dat artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG niet adequaat is omgezet. In dit verband breng ik allereerst de vaste rechtspraak van het Hof inzake artikel 249 EG in herinnering volgens welke elke lidstaat verplicht is om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van een richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren.

42. Richtlijn 90/387/EEG maakt deel uit van een pakket aan communautaire maatregelen in de jaren negentig met als doel de liberalisatie van de telecommunicatiesector te realiseren. Er was vaak gedetailleerde regelgeving nodig, om ervoor te zorgen dat nieuwkomers daadwerkelijk toegang zouden krijgen tot een markt, die tot dan toe door een monopolist was beheerst. Kenmerk van een groot deel van deze regelgeving is dat deze verplichtingen oplegt aan de voormalige monopolist, waarvan de nieuwkomers op de markt moeten kunnen profiteren. Ter illustratie wijs ik hier op de overwegingen bij richtlijn 96/2/EG. [18] De noodzaak om investeringen van nieuwe marktpartijen te stimuleren kon er zelfs toe leiden dat bestaande exploitanten van GSM-systemen geen vergunning konden krijgen voor DCS 1800. Zo had in casu artikel 125 van de Oostenrijkse Telekommunikationsgesetz tot gevolg dat de bestaande marktpartijen Mobilkom en max.mobil slechts onder zeer restrictieve voorwaarden in aanmerking konden komen voor een frequentie voor DCS 1800. Op die manier moest worden gegarandeerd dat nieuwkomers op de markt als Connect Austria ook echt tot de Oostenrijkse GSM-markt konden toetreden.

43. In een dergelijk stelsel, dat tot doel heeft bestaande ongelijkheid tussen — potentiële — marktpartijen weg te nemen, moet niet alleen worden voorzien in een evenwichtige materiële normstelling, maar ook in een evenwichtige en effectieve uitvoering.

18 — Zie punt 6 van deze conclusie.

44. In dat kader spelen de nationale regelgevende instanties een belangrijke rol. Bij hun optreden staat, zo blijkt onder meer uit de negende overweging van de considerans bij de richtlijn, onafhankelijkheid casu quo onpartijdigheid voorop. Zij moeten onafhankelijk zijn van de marktpartijen, maar ook van diensten van de centrale overheid voorzover dit nodig is in verband met het vaak nog bestaande financiële belang van de overheid in de voormalige monopolist. En juist zo een onafhankelijke instantie — die in hoofdzaak wordt samengesteld uit deskundigen op het vakgebied en waarop het parlementaire toezicht op zijn hoogst indirect kan plaatsvinden — past slechts in een rechtsstaat wanneer op haar beslissingen een rechterlijk toezicht mogelijk is. In deze context plaats ik artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG, dat stelt dat „een partij die door een besluit van de nationale regelgevende instantie wordt geschaad, het recht heeft bij een onafhankelijk lichaam in beroep te gaan".

45. De nationale regelgevende instanties, zoals de Telekom-Control-Kommission, hebben primair een bestuurlijke functie, die zij hebben overgenomen van de centrale overheden. Tot hun kerntaken behoort onder andere de verlening van vergunningen. Zij zijn dan ook te beschouwen als bestuursorganen en hebben, anders dan de Oostenrijkse regering stelt, geen rechterlijke functie. Zeker bij de vergunningverlening wordt niet voldaan aan de eisen die

het Hof stelt aan de bevoegdheid om krachtens artikel 234 EG prejudiciële vragen te stellen. Ik verwijs op dit punt naar het recente arrest Salzmann [19], waaruit blijkt dat een bevoegdheid tot verwijzing naar het Hof enkel bestaat, indien bij de verwijzende instantie een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken vertoont van een rechterlijke uitspraak.

46. De stelling van de Oostenrijkse regering dat de nationale regelgevende instanties zelf prejudiciële vragen zouden kunnen stellen is dan ook evident onjuist. Ten overvloede wijs ik er nog op dat zelfs als het Hof de stelling van de Oostenrijkse regering zou onderschrijven, dit er niet toe zou leiden dat is voldaan aan artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG. Immers, volgens deze bepaling moet beroep open staan tegen een besluit van de regelgevende instantie. De regelgevende instantie kan niet zelf beroepsinstantie zijn, zo brengt de tekst van de richtlijn mee.

47. Het recht om in beroep te gaan is naar mijn oordeel onmisbaar in het stelsel van de richtlijn en meer in het algemeen in het stelsel van de liberalisering van de telecommunicatiewetgeving. Nog los van het gegeven dat alle bepalingen uit EG-richtlijnen nauwgezet en volledig moeten worden omgezet, betekent een en ander dat het recht in beroep te gaan niet beperkt mag worden uitgelegd. Een beperking van de omvang van het beroepsrecht of van de soorten besluiten waarvoor het beroep open staat acht ik niet toelaatbaar.

48. Noch in de tekst van de richtlijn, noch in de overwegingen bij de richtlijn vind ik dan ook enig argument terug voor de stelling van Mobilkom dat artikel 5 bis, lid 3, niet zou zien op geschillen over de toewijzing van frequenties door de Telekom-Control-Kommission. Artikel 5 bis heeft een algemeen karakter en beoogt te garanderen dat de besluitvorming door de nationale regelgevende instanties met de nodige waarborgen moet zijn omkleed. Het kan zeker niet zo zijn dat derden-belanghebbenden, die door het besluit rechtstreeks worden getroffen, geen beroepsrecht toekomt. Sterker nog, artikel 5 bis, lid 3, strekt juist mede ter bescherming van de belangen van nieuwkomers op de markt zoals Connect Austria.

49. Voorts kan naar mijn oordeel niet aan de voorziening met betrekking tot het

19 — Arrest van 14 juni 2001 (C-178/99, Jurispr. blz. I-4421, punten 13 en 14).

beroepsrecht worden voldaan via de beperkte toetsing door het Verfassungsgerichtshof, waarin de Oostenrijkse nationale wetgeving voorziet. Voor mij is het evident dat artikel 5 bis, lid 3, ziet op een recht op beroep in volle omvang. De onrechtmatigheid van het besluit op welke grond dan ook moet ter discussie kunnen staan.

50. Dit zo zijnde, staat het voor mij vast dat Oostenrijk in gebreke is gebleken bij de omzetting van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG, nu tegen (bepaalde) besluiten van de Telekom-Control-Kommission geen beroep openstaat dat voldoet aan de eisen van de richtlijn.

51. De tweede stap heeft betrekking op het mogelijk rechtstreeks effect van artikel 5 bis, lid 3. Uit het arrest Dorsch Consult leid ik af dat artikel 5 bis, lid 3, geen rechtstreeks effect kan hebben. De relatieve bevoegdheid van gerechtelijke instanties is een zaak van de lidstaten. De lidstaten — en dus niet de gemeenschapswetgever — dienen een bevoegde gerechtelijke instantie aan te wijzen. Zo ziet de taakverdeling tussen de Gemeenschap en de lidstaten op het gebied van de rechtsbescherming eruit. Het gemeenschapsrecht kan materiële eisen stellen op het gebied van de rechtsbescherming, en doet zulks ook op veel plaatsen. Het is aan de lidstaten om die rechtsbescherming ook daadwerkelijk te effectueren, binnen hun eigen rechterlijke organisatie. In dit licht plaats ik ook de opmerking van de Commissie dat artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG, qua inhoud rechtstreeks effect heeft, maar qua procedure niet.

52. Ook gelet op de rechtspraak van het Hof inzake de rechtstreekse werking van richtlijnen kom ik tot eenzelfde oordeel. Alleen bepalingen van niet omgezette richtlijnen die onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn kunnen door particulieren jegens lidstaten worden ingeroepen. Op dit punt meen ik, in het verlengde van de Commissie, dat artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG weliswaar voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is waar het de inhoud van die bepaling betreft, doch dat zulks nog niet betekent dat particulieren die bepaling voor de nationale rechter kunnen inroepen. [20] In alle gevallen is de tussenkomst van de nationale wetgever vereist, die de gerechtelijke instantie moet aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van de beroepen.

53. Dit oordeel is ook in overeenstemming met het recente arrest Gharehveran [21]. In dit arrest erkent het Hof het beroep van een werknemer tegenover de lidstaat, in een geval waarin de nationale wetgeving, in strijd met een richtlijn, deze werknemer uitsluit van de kring van personen die aanspraak kunnen maken op een bepaalde betaling. Het Hof baseert deze erkenning

20 — Deze formulering ontleen ik uit het arrest van 19 november 1991, Francovich e.a. aangehaald in voetnoot 10.

21 — Arrest van 18 oktober 2001, C-441/99 (Jurispr. blz. I-7687).

op de omstandigheid dat de lidstaat in casu geen beroep kon doen op het bestaan van een beoordelingsmarge. In de onderhavige zaak ligt dat anders: de aanwijzing van een bevoegde rechterlijke instantie behoort juist nadrukkelijk tot de discretie van de lidstaat.

54. Bij de derde stap gaat het om de vraag of een richtlijnconforme uitlegging soelaas kan bieden. Krachtens dit door het Hof veelvuldig toegepaste leerstuk [22] moet de nationale rechter het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG te voldoen.

55. In de onderhavige zaak lijkt mij de richtlijnconforme uitlegging evenwel geen vruchtbare weg. Het stelsel van de Oostenrijkse Bundesverfassung is immers volstrekt eenduidig en niet voor meer uitleg vatbaar. Krachtens nationaal recht is het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof niet bevoegd, tenzij de wetgever een beroep uitdrukkelijk toelaatbaar verklaart. Hieraan kan een richtlijnconforme interpretatie niets veranderen. Daar komt bij dat naar nationaal recht een besluit van de Telekom-Control-Kommission op zeker moment onaantastbaar is geworden en dat het creëren van een beroepsmogelijkheid — contra legem! — op grond van een richtlijnconforme interpretatie de rechtszekerheid van andere belanghebbenden ernstig zou schaden.

56. Ook de aanpak van het Hof in de zaak Dorsch Consult brengt mij niet tot een ander oordeel. In de zaak Dorsch Consult geeft het Hof aan de nationale rechter mee na te gaan of aan het nationale recht een bevoegdheid kan worden ontleend, in het bijzonder bij de instanties die zeer vergelijkbare conflicten beslechten.

57. De onderhavige casus is ook op dit punt in sterke mate gelijk aan de casus in het arrest Dorsch Consult. In beide zaken bestaat een voor de hand liggende nationale rechterlijke instantie aan wie de bevoegdheid zou kunnen worden toegekend. De toekenning van een bevoegdheid aan deze instantie zou in geen van beide gevallen leiden tot een inbreuk op de nationale rechterlijke organisatie en zou evenmin competentievragen genereren. In de zaak Dorsch Consult was een instantie aangewezen voor zeer vergelijkbare conflicten als die waar het geding om ging; in de onderhavige zaak gaat het om een type conflict dat bij het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof thuishoort, maar dat om redenen die niet met de richtlijn van doen

22 — Zie bijv. arrest van 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing, Jurispr. blz. I-4135, punt 8).

hebben aan de rechtsmacht van dit hof was onttrokken.

58. In wezen komt de oplossing van het Hof in het arrest Dorsch Consult neer op een verzoek aan de verwijzende rechter te onderzoeken of hij zichzelf een eigen bevoegdheid kan verschaffen met een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht. Ik laat hier in het midden wat dit onderzoek door de nationale rechter in de zaak Dorsch Consult heeft opgeleverd of heeft kunnen opleveren. In het onderhavige geval evenwel acht ik een dergelijk onderzoek niet zinvol. Krachtens de Oostenrijkse nationale wetgeving bestaat geen enkele twijfel over het ontbreken van een bevoegdheid voor het Verwaltungsgerichtshof. Dit staat onomstotelijk vast.

59. Uiteraard, en dat is de vierde stap, heeft de belanghebbende die is geschaad door de tekortkoming in de omzetting van artikel 5 bis van richtlijn 90/387/EEG het recht om zich in rechte te beroepen op de richtlijn tegenover de lidstaat Oostenrijk. Dit beroep zal naar mijn oordeel kunnen leiden tot een schadevergoeding voor de belanghebbende [23], maar niet tot een aantasting van enig reeds genomen besluit van de Telekom-Control-Kommission.

60. Samengevat: hoewel artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG niet is omgezet in de Oostenrijkse wetgeving, kan een justitiabele zijn recht op beroep niet baseren op de rechtstreekse werking van deze bepaling en evenmin op de richtlijnconforme uitleg van de nationale wetgeving. Wat overblijft is een verzoek om schadevergoeding jegens de Oostenrijkse Staat.

V — De tweede vraag

61. Gelet op mijn — ontkennende — antwoord op de eerste vraag kom ik aan de beantwoording van deze vraag niet toe. De verwijzende rechter vraagt slechts om een antwoord op de tweede vraag bij een beantwoording van de eerste vraag in bevestigende zin. Voorts staat naar mijn oordeel in voldoende mate vast dat het Verwaltungsgerichtshof niet bevoegd is tot kennisneming van het hoofdgeding ten gronde. Hiermee houdt de tweede vraag geen verband meer met een reëel geschil. Volgens vaste rechtspraak beantwoordt het Hof in zulke gevallen de aan hem gestelde vragen niet.

23 — Ik wijs op de vaste rechtspraak van het Hof in vervolg op het arrest van 19 november 1991, Francovich e.a., aangehaald in voetnoot 10.

VI — Conclusie

62. Op grond van de bovenstaande overwegingen stel ik voor dat het Hof als volgt antwoordt op de vragen van het Verwaltungsgerichtshof:

„1) In de omstandigheid waarin artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997, niet of onvolledig is omgezet in nationale wetgeving, kunnen justitiabelen hun recht op beroep bij een onafhankelijk lichaam niet rechtstreeks aan de richtlijn ontlenen. Indien de nationale wetgeving een recht op beroep uitdrukkelijk uitsluit, kan een dergelijk recht ook niet worden gebaseerd op het beginsel van richtlijnconforme uitlegging.

2) De tweede vraag behoeft geen beantwoording."