FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT LEENDERT A. GEELHOED

föredraget den 13 december 2001 [1]

I — Inledning

1. I detta mål har den österrikiska Verwaltungsgerichtshof ställt två frågor.

2. Den första frågan avser tolkningen av artikel 5.3a i rådets direktiv 90/387/EEG av den 28 juni 1990 om upprättandet av den inre marknaden för teletjänster genom att tillhandahålla öppna nät [2], i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/51/EG av den 6 oktober 1997. [3] Mera specifikt frågar Verwaltungsgerichtshof om denna bestämmelse har direkt effekt och om den tillerkänner berörda parter en rätt till överklagande hos ett av parterna oberoende organ.

3. Den andra frågan avser tolkningen av artikel 82 EG, artikel 86 EG och artikel 2 i kommissionens direktiv 96/2/EG av den 16 januari 1996 om ändring av direktiv 90/388/EEG med avseende på mobil- och personkommunikation [4] och av artiklarna 9 och 11 i parlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet. [5] Saken gäller tillåtligheten i föreskrivna tilldelningar av extra frekvenser i standarden DCS 1800. DCS 1800 utgör en del av de befintliga systemen för GSM-telefoni. På den andra frågan behöver den nationella domstolen enbart ett svar om artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG har direkt effekt.

II — Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

4. Artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG har följande lydelse:

"3. Medlemsstaterna skall säkerställa att det på nationell nivå finns lämpliga möjlig-

1 — Originalspråk: nederländska.

2 — Rådets direktiv 90/387/EEG av den 28 juni 1990 om upprättandet av den inre marknaden för teletjänster genom att tillhandahålla öppna nät (EGT L 192, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 212). Alla hänvisningar till direktivet i denna begäran om avgörande avser en hänvisning till texten i dess lydelse enligt direktiv 97/51.

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 97/51/EG av den 6 oktober 1997 om ändring av rådets direktiv 90/387/EEG (EGT L 295, s. 23).

4 — Kommissionens direktiv 96/2/EG av den 16 januari 1996 om ändring av direktiv 90/388/EEG med avseende på mobil- och personkommunikation (EGT L 20, s. 59).

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

heter för en part som påverkas av ett beslut som har fattats av den nationella regleringsmyndigheten, att överklaga hos ett av parterna oberoende organ."

5. Artikel 2.3 och 2.4 i direktiv 96/2/EG som är av betydelse för den nationella domstolens andra fråga har följande innehåll [6]:

"3. Medlemsstaterna skall inte begränsa möjligheten att kombinera mobila tekniker eller system, särskilt inte i det fall flerstandardutrustning är tillgänglig. När befintliga licenser utvidgas för att täcka sådana kombinationer skall medlemsstaterna säkerställa att en sådan utvidgning är berättigad enligt bestämmelserna i punkt 4.

4. Medlemsstaterna skall om nödvändigt vidta åtgärder för att säkerställa genomförandet av denna artikel med beaktande av kravet att upprätthålla effektiv konkurrens mellan operatörerna på marknaden i fråga."

6 — Fastän jag i detta förslag till avgörande, som det skall visa sig, inte kommer att besvara den andra frågan citerar jag ändå vissa bestämmelser som diskuteras i anslutning till frågan. Dessa bestämmelser ger nämligen en god bild av juridiken på området och tjänar som illustration till min analys av den första frågan.

6. Jag vill även peka på skälen till direktiv 96/2/EG. I åttonde skälet står följande:

"Behovet av att stimulera nya operatörer att investera på detta område bör härvid beaktas. Medlemsstaterna bör ges möjlighet att avstå från att ge licens till befintliga operatörer, exempelvis till GSM-operatörer som redan är närvarande på deras territorium, om det kan visas att detta skulle ta bort en effektiv konkurrens i synnerhet genom en utvidgning av en dominerade ställning. Särskilt när en medlemsstat ger eller redan har givit licens för DCS 1800 får nya eller kompletterande licenser för befintliga GSM- eller DCS 1800-operatörer endast ges under förutsättning att en effektiv konkurrens säkerställs."

I femtonde skälet hävdas bland annat:

"Radiofrekvenser är en avgörande men begränsad resurs för mobil- och personkommunikationssystem. Om medlemsstaterna fördelar radiofrekvenser för mobil- och personkommunikationssystemen utifrån andra kriterier än sådana som är objektivt genomblickbara och icke-diskriminerande utgör detta en begränsning som strider mot artikel 90 i förening med artikel 59 i fördraget i den utsträckning operatörer från andra medlemsstater miss-

gynnas i dessa tilldelningsförfaranden. Tillskapandet av en effektiv konkurrens inom telesektorn kan utgöra en objektiv grund för att vägra tilldelning av frekvenser till operatörer som redan är dominerande inom en geografisk marknad."

7. Artikel 9.2 i direktiv 97/13/EG föreskriver följande:

"2. Om en medlemsstat har för avsikt att bevilja individuella tillstånd:

— skall den bevilja individuella tillstånd genom öppna, icke-diskriminerande och genomblickbara förfaranden och i detta syfte behandla alla sökande lika, utom när det finns sakliga skäl för olika behandling, och

— fastställa rimliga tidsfrister; den skall bl.a. underrätta den sökande om beslut snarast möjligt, dock senast sex veckor efter det att ansökan togs emot. I de bestämmelser som antas att genomföra detta direktiv får medlemsstaterna i sakligt motiverade fall, som är särskilt fastställda i dessa bestämmelser, förlänga denna tidsfrist upp till högst fyra månader."

8. Artikel 11 i samma direktiv föreskriver:

"1. Medlemsstaterna skall säkerställa att de avgifter som tas ut av företag som en del av auktorisationsförfarande endast är avsedda att täcka administrativa kostnader i samband med utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av de tillämpliga individuella tillstånden. Avgifterna för individuella tillstånd skall stå i rimlig proportion till det utförda arbetet och offentliggörs på ett lämpligt och tillräckligt specificerat sätt, så att denna information är lätt tillgänglig.

2. Trots vad som anges i punkt 1 får medlemsstaterna, 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. Avgiften skall vara icke-diskriminerande och särskild hänsyn skall tas till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens."

Nationell rätt

ett självständigt kollegialt organ. Den har tre ledamöter som utnämns av förbundsregeringen. En av ledamöterna måste vara domare. Kommissionen beslutar i sista (och enda) instans.

9. Telekommunikationsgesetz [7] (den österrikiska telekommunikationslagen) föreskriver att fördelningen av frekvenser för allmän mobiltelefoni sker genom beviljande av koncessioner i enlighet med förfarandet i artikel 22 och följande artiklar i lagen. Den nationella regleringsmyndigheten ger koncession till den operatör som garanterar det mest effektiva användandet av frekvenserna, vilket avgörs med utgångspunkt i den avgift som erbjuds för nyttjandet. Tilldelningen sker efter öppna, rättvisa och icke-diskriminerande principer efter en offentlig anbudsbegäran. Tilldelning av kompletterande frekvenser till en koncessionsinnehavare för samma tjänst är en utvidgning av en befintlig koncession och sker på samma villkor som för denna. Saknar koncessionen sådana villkor tillämpas det normala förfarandet.

10. Telekom-Control-Kommission är nationell regleringsmyndighet. [8] Telecom-Control-Kommission är exempelvis behörig att bevilja, upphäva och återkalla koncessioner. Överlåtelser och förändringar av koncessioner får enbart ske efter medgivande från denna myndighet. Kommissionens verksamhet regleras i lag och den är

11. Mot Telekom-Control-Kommissions beslut får med stöd av artikel 144.1 i Bundes-Verfassungsgesetz (den österrikiska grundlagen, nedan förkortad B-Vg) talan väckas vid Verfassungsgerichtshof. Verfassungsgerichtshofs prövningsbehörighet är begränsad. Verfassungsgerichtshof är endast behörig om saken avser en kränkning av en grundlagsskyddad rättighet eller en kränkning av en rättighet genom tillämpning av en rättsstridig förordning, en rättsstridig lag eller ett rättsstridigt fördrag.

12. Enligt österrikisk rätt, som är tillämplig i målet vid den nationella domstolen, kan överklagande enbart ske på de ovannämnda grunderna. Ärenden i vilka Telekom-Control-Kommission har beslutat är enligt österrikisk nationell rätt undandragna Verwaltungsgerichtshofs behörighet. Med stöd av artikel 133 fjärde punkten B-Vg har Verwaltungsgerichtshof ingen behörighet vad avser beslut i ärenden från kollegiala organ som fattar beslut i sista instans och där minst en av ledamöterna är domare, såvida inte möjligheten att överklaga uttryckligen är stadgad. Det är inte fallet med beslut från Telekom-Control-Kommission, som får betraktas som ett kollegialt organ i den mening som avses i artikel 133 fjärde punkten B-Vg.

7 — Telekommunikationslagen (BGBl. I, nr 100/1997).

8 — Telekom-Control-Kommission saknar behörighet på vissa områden som inte är relevanta i förevarande fall. På dessa områden är Telekom-Control GmbH regleringsorgan.

13. För övrigt har den nationella österrikiska lagstiftningen ändrats under tiden. Sedan den 1 juli 2000 är Verwaltungsgerichtshof behörig att pröva överklaganden mot beslut av Telekom-Control-Kommission. Under den muntliga förhandlingen i detta mål lät Telekom-Control-Kommission förstå att detta var skälet till att den inte väckt talan om fördragsbrott mot Republiken Österrike.

14. Artikel 125.3 i Telekommunikationsgesetz är relevant för att kunna besvara den nationella domstolens andra fråga. Bestämmelsen har följande lydelse:

"Om nödvändigt får myndigheten tilldela befintliga innehavare av en koncession som tänker tillhandahålla teletjänster med mobiltelefoni på området digital numerisk mobil kommunikation kompletterande frekvenser på upp till 5 MHz på det för DCS 1800 reserverade frekvensområdet om minst tre år har gått sedan ikraftträdandet av koncessionsbeslutet 1997 om tilldelning av DCS 1800-koncessioner. Dessförinnan får befintliga koncessionsinnehavare enbart tilldelas kompletterande frekvenser ur det för DCS 1800 reserverade frekvensområdet, under förutsättning att deras abonnentkapacitet med användande av alla ekonomiskt försvarbara tekniska möjligheter, bevisligen är uttömda."

15. För tilldelningen av "resterande för DCS 1800 reserverade frekvenser" tillfogades 1998 ett stycke 3a till artikel 125 i Telekommunikationsgesetz.[9] I det nya stycket föreskrivs att vid tilldelningen av varje senare koncession skall följa en skyldighet att täcka hela det nationella territoriet såväl som åtskilliga andra lokala koncessioner. Befintliga koncessionsinnehavare skall vara uteslutna från tilldelningen av dessa frekvenser. Innehavarna av befintliga koncessioner kan ansöka om tilldelning av nya frekvenser, men de får inte använda de nya frekvenserna förrän den i artikel 125.3 stadgade fristen på tre år har löpt ut.

III — Bakgrund och förfarande

16. Genom beslut av den behöriga ministern den 6 november 1996 och den 23 juli 1997 beviljades Mobilkom Austria AG (nedan Mobilkom) koncession för ett frekvensspektrum på 2 × 8 MHz (39 kanaler) i 900 MHz-området. Mobilkom är efterträdaren till den tidigare monopolisten på området post- och telekommunikation i Österrike (Post & Telekom Austria AG). Det allmänna är majoritetsaktieägare i Mobilkom.

9 — Telekommunikationslagen (BGBl. I, nr 98/1998).

17. Genom ministerbesluten beviljades den 25 januari 1996 och den 23 juli 1997, som hade fattats efter en offentlig upphandling, Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (nu max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, nedan kallat max.mobil) samma koncession. Denna anbudshavare betalade ett belopp på fyra miljarder österrikiska shilling som koncessionsavgift. Samma avgift hade den 2 juli 1996 påförts Mobilkoms föregångare. Betalningsskyldigheten åvilar nu Mobilkom.

18. Den 19 augusti 1997 beviljades efter en offentlig upphandling Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (senare Connect Austria), som är kärandepart i målet vid den nationella domstolen, koncession på DCS 1800-området. För denna koncession skulle Connect Austria betala en avgift på 2,3 miljarder österrikiska shilling. Bolaget fick härmed tillgång till ett frekvensspektrum på 2 x 16,8 MHz (84 kanaler). Bolaget fick samtidigt ställt i utsikt en utvidgning till 2 x 22,5 MHz (112 kanaler) med uppskattningsvis 300 000 abonnenter och en täckningsgrad på 75 procent.

19. Genom beslut den 10 augusti 1998 tilldelade Telekom-Control-Kommission Mobilkom ett kompletterande frekvensspektrum för DCS 1800 som utvidgning av den tidigare beviljade koncessionen. Detta kompletterande frekvensspektrum beviljades från den 1 januari 1999 och hade en storlek på 2 x 5 MHz (24 DCS 1800-kanaler) och var ämnat för erbjudandet om GSM-telefoni med användande av basstationer i Bundesland Wien. Mobilkoms ansökan om ett kompletterande frekvensspektrum på 2 x 3,4 MHz på det för DCS 1800 reserverade frekvensområdet avslogs. Beslutet den 10 augusti 1998 fattades med stöd av artikel 125.3 i Telekommunikationsgesetz. Det är detta beslut som nu ifrågasätts i Verwaltungsgerichtshof.

20. Connect Austria överklagade Telecom-Control-Kommissions beslut av den 10 augusti 1998 hos Verfassungsgerichtshof. Verfassungsgerichtshof uttalade i utslag den 24 februari 1999 att käranden genom det bestridda beslutet inte hade kränkts i någon grundlagsskyddad rättighet och att kärandens rättigheter inte heller hade kränkts genom tillämpning av en rättsstridig lagstiftning. Överklagandet avslogs.

21. I domskälen prövade Verfassungsgerichtshof vidare artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG. Verfassungsgerichtshof fann att denna bestämmelse "vad avser rätten att överklaga ett beslut av en behörig nationell regleringsmyndighet är tillräckligt preciserad för att vara direkt tillämplig i den mening som avses i Europeiska gemenskapernas domstols fasta praxis, eftersom det finns möjlighet att få beslutet prövat av en oberoende högre instans". [10] Det framgår inte av direktivet vilket nationellt organ som är behörigt.

10 — Verfassungsgerichtshof hänvisar till domen av den 19 oktober 1991 i målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. 435).

22. Verfassungsgerichtshof fastslog därefter att det framgår av artikel 131.1 första raden och artikel 133 fjärde punkten B-Vg "att beslut av kollegiala organ med domstolskaraktär endast kan överklagas till Verwaltungsgerichtshof." Enligt Verfassungsgerichtshof förefaller artikel 133 fjärde punkten B-Vg att utgöra ett hinder för överklagande vid Verwaltungsgerichtshof. Verfassungsgerichtshof utgår emellertid från att artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG har direkt effekt och att gemenskapsrättens företräde medför att inom direktivets tillämpningsområde måste artikel 133 fjärde punkten B-Vg vika. Beslut av Telekom-Control-Kommission i dess egenskap av "nationell regleringsmyndighet" får således överklagas till Verwaltungsgerichtshof.

23. I Verfassungsgerichtshofs argumentation kan utläsas att möjligheten att vända sig till denna domstol inte kan anses vara en sådan rätt till överklagande som avses i artikel 5.3a i ovannämnda direktiv. Verfassungsgerichtshof har nämligen en begränsad prövningsbehörighet. Den kontroll som Verwaltungsgerichtshof utövar beträffande lagligheten i förvaltningens åtgärder uppfyller däremot väl gemenskapsrättens krav.

24. Mot bakgrund av ovanstående argumentation förvisade Verfassungsgerichtshof genom beslut den 3 mars 1999 målet till handläggning vid Verwaltungsgerichtshof med stöd av artikel 144.3 B-Vg.

Tolkningsfrågorna

25. Därefter har Verwaltungsgerichtshof genom beslut den 24 november 1999, som inkom till domstolens kansli den 2 december 1999, begärt ett förhandsavgörande beträffande följande frågor:

"1) Skall artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG tolkas sålunda att bestämmelsen har direkt effekt i den mening att den gäller i stället för en mot artikeln stridande nationell behörighetsregel och ger ett på nationell nivå befintligt 'oberoende organ' behörighet att anvisa en 'lämplig mekanism' som gör det möjligt för en berörd part att överklaga ett beslut av den nationella regleringsmyndigheten?

2) I fall den första frågan besvaras jakande: Skall artiklarna 82 och 86.1 EG, artikel 2.3 och 2.4 i direktiv 96/2/EG, artiklarna 9.2 och 11.2 i direktiv 97/13/EG eller andra gemenskapsrättsliga bestämmelser tolkas sålunda att de gäller i stället för en nationell föreskrift som stadgar att befintliga innehavare av en koncession vid anbudsförfarande för mobil telefoni får tilldelas kompletterande frekvenser för DCS 1800 under följande omständigheter:

— Abonnemangskapaciteten hos de befintliga koncessionsinnehavarna är med tillämpning av alla ekonomiskt försvarbara tekniska möjligheter bevisligen uttömda.

— Bland de befintliga koncessionsinnehavarna finns ett offentligt ägt fretag med en dominerande ställning på GSM 900-marknaden.

— Det har ännu inte gått tre år sedan det gynnande koncessionsbeslutet 1997 blev definitivt.

— Det har inte begärts någon separat avgift för användandet av de kompletterande frekvenserna?" [11]

26. Till domstolen har skriftliga inlagor ingivits av käranden i huvudmålet, Connect Austria, svaranden i huvudmålet Telekom-Control-Kommission och senare av Mobilkom, den österrikiska regeringen, den svenska regeringen och kommissionen. Vid förhandlingen den 11 oktober 2001 framfördes muntliga synpunkter av alla berörda, förutom den svenska regeringen.

IV — Den första frågan

Inledning

27. Connect Austria härleder Verwaltungsgerichtshofs behörighet ur principen om gemenskapsrättens företräde. Innehållet i artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG hindrar en tillämpning av artikel 133.4 i B-Vg. Vid förhandlingen har Connect Austria påpekat att Verwaltungsgerichtshof är den högsta administrativa domstolen och att den har en generell behörighet till rättslig prövning av den österrikiska förvaltningen. Det är ostridigt att ingen annan domstol är behörig att pröva den föreliggande tvisten. En behörighetskonflikt är följaktligen inte möjlig.

28. Mobilkom har en helt annan uppfattning. Artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG saknar enligt Mobilkom relevans i föreliggande mål. Denna bestämmelse ger telekommunikationsanbudsgivarna rätt att överklaga till dem riktade beslut av den nationella regleringsmyndigheten om tillträdet till nätverk och interkonnektion. Artikeln ger inget konkurrensrättsligt skydd. Berörda tredje män kan nämligen inte härleda någon överklaganderätt från artikeln. Mobilkom föreslår på dessa grunder domstolen att överväga att omformulera den till domstolen ställda frågan.

29. Såväl den österrikiska som den svenska regeringen har gjort gällande att artikel 5.3a inte har direkt effekt eftersom bestämmelsen varken är ovillkorlig eller tillräckligt precis, vilket krävs i domstolens fasta praxis. Medlemsstaterna måste följaktligen vidta kompletterande åtgärder. De måste utpeka en behörig domstol och föreskriva på vilket sätt denna skall vara organiserad.

11 — För att underlätta läsbarheten på nederländska har jag gjort långtgående förändringar i den andra frågans struktur, självklart utan att ändra det sakliga innehållet.

Den svenska regeringen, som hänvisar till domen i målet Dorsch Consult, [12] har hävdat att det är den nationella rättsordningen som skall anvisa en behörig domstol och att domstolen inte skall intervenera vid denna anvisning.

30. Den österrikiska regeringen har vidare anfört att Verfassungsgerichtshofs behörighet tillfredsställer såväl principen om ett effektivt rättsskydd som kraven i artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG. Vid förhandlingen har den österrikiska regeringen klargjort sin åsikt. Enligt regeringen skall Telekom-Control-Kommission betraktas som en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG, vilket medför att den är skyldig att begära förhandsavgörande från domstolen när den beslutar i sista instans och en sådan fråga som avses i nämnda artikel uppkommer. Om skyldigheten att begära förhandsavgörande inte följs anses Telekom-Control-Kommission enligt österrikisk rätt ha kränkt en konstitutionell rättighet. Ett sådant beslut kan överklagas till Bundes-Verfassungsgericht.

31. Kommissionen har påpekat att artikel 5.3a har samma karaktär som artikel 41 i rådets direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster [13] som tillämpades i målet Dorsch Consult. Kommissionen anser att artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG har direkt effekt eftersom bestämmelsen ger enskilda en rätt till överklagande. Vad avser förfarandet saknar bestämmelsen däremot direkt effekt. Nationell rätt måste fastställa vid vilka organ rätten till överklagande får utövas. Emellertid leder kraven på en direktivkonform tolkning och ett effektivt skydd av enskildas rättigheter till att de nationella regleringsmyndigheterna, som i förevarande fall Verwaltungsgerichtshof, måste styrka att det finns en rätt till överklagande mot beslut av regleringsmyndigheten på telekommunikationsområdet. Om en sådan rätt till överklagande som uppfyller kraven i direktiv 90/387/EEG saknas kan de berörda inom föreskriven tidsfrist begära skadestånd från den medlemsstat som inte har införlivat direktivet. [14]

32. Kommissionen har gjort gällande att artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG inte på ett tillfredsställande sätt har införlivats med den österrikiska lagstiftningen, eftersom det saknas ett oberoende organ som kontrollerar rättsenligheten i den nationella regleringsmyndighetens beslut.

12 — Dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult (REG 1997, s. I-4961).

13 — Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

14 — Se dom av den 24 september 1998 i mål C-111/97, EvoBus Austria (REG 1998, s. I-5411), punkt 22.

Domen Dorsch Consult

33. Med rätta görs i flera ingivna inlagor en jämförelse mellan förevarande mål och domen i målet Dorsch Consult. I den sistnämnda domen behandlades den möjliga direkta effekten av en direktivbestämmelse i en situation där ett direktiv — ovannämnda direktiv 92/50 om förfarandet vid offentlig upphandling av tjänster [15] — inte hade införlivats inom föreskriven tidsfrist. Konkret gällde frågan om de överklagandeorgan som hade utpekats av medlemsstaterna på området offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten också var behöriga att ta befattning med överklaganden rörande offentlig upphandling av tjänster utan att nationell lagstiftning uttryckligen hade tillerkänt dem en sådan behörighet. Domstolen resonerade enligt följande. [16]

34. Domstolen undersöker först på ett allmänt plan om det finns ett lämpligt förfarande i de tvister som avser individuella rättigheter och som härleds från gemenskapens rättsordning. Domstolen konstaterar att det inte ankommer på den att ingripa i behörighetsfrågor som kan uppstå på nationell nivå beträffande kvalifikationen av vissa rättsliga situationer som grundas på gemenskapsrätten. Det är varje medlemsstats rättsordning som skall anvisa den domstol som är behörig att avgöra tvister som inbegriper av gemenskapsrätten tillerkända individuella rättigheter. De nationella domstolarnas relativa behörighet är en fråga för medlemsstaterna. Medlemsstaterna är dock skyldiga att säkerställa att enskilda ges ett effektivt rättsskydd.

35. Domstolen riktar sedan uppmärksamheten mot direktiv 92/50. Direktivet förpliktar medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa ett effektivt överklagande vid offentlig upphandling av tjänster, men direktivet preciserar inte vilka nationella organ som skall vara behöriga. Det är inte nödvändigt att det är samma organ som medlemsstaterna har anvisat att pröva överklaganden i de jämförbara ärendena om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

36. Vad gäller följderna av att direktiv 92/50 inte hade införlivats inom tidsfristen erinrar domstolen om att skyldigheter enligt ett direktiv gäller för alla offentliga myndigheter i en medlemsstat, och, följaktligen, inom ramarna för deras behörighet, även domstolarna. Det samma gäller skyldigheten att göra en direktivkonform tolkning av bestämmelser i nationell rätt.

37. Domstolen erinrar om att enskilda under vissa förutsättningar kan åberopa sina rättigheter enligt ett direktiv mot en

15 — Se punkt 31 ovan.

16 — Punkt 40 och följande punkter i domen. Domstolen följde samma argumentation i domen i målet av den 24 september 1998, EvoBus Austria (ovan fotnot 14).

medlemsstat som inte har uppfyllt sina förpliktelser. Denna minimigaranti innebär emellertid inte att en medlemsstat kan underlåta att i rätt tid vidta lämpliga åtgärder. Om en direktivkonform tolkning inte är möjlig får de berörda begära skadestånd enligt förfarandena i nationell rätt för den skada de har lidit till följd av att direktivet inte hade införlivats inom föreskriven tidsfrist.

39. Kort sagt: i en situation där ett direktiv inte är införlivat kan enskilda inte härleda en överklaganderätt direkt från gemenskapsrätten. En sådan överklaganderätt skulle möjligen kunna komma från en direktivkonform tolkning av nationell rätt. Denna tolkning skall emellertid utföras av den nationella domstolen. Domstolen rekommenderar således att en lämplig bestämmelse införs i nationell rätt för detta ändamål.

38. Mot bakgrund härav svarade domstolen på den ställda frågan enligt följande. Det följer inte av artikel 41 i direktiv 92/50 "att de rättsliga instanser i en medlemsstat som är behöriga i fråga om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, vid en underlåtenhet att inom den föreskrivna fristen införliva detta direktiv, även har befogenhet att pröva talan rörande offentlig upphandling av tjänster. Kraven på att tolka nationell rätt i överensstämmelse med direktiv 92/50 och på ett effektivt skydd för enskilda innebär emellertid en skyldighet för den nationella domstolen att kontrollera om de relevanta bestämmelserna i nationell rätt gör det möjligt att tillerkänna de enskilda rätt att väcka talan i fråga om offentlig upphandling av tjänster. Under sådana omständigheter som i det föreliggandet fallet är den nationella domstolen skyldig att särskilt kontrollera om denna rätt att väcka talan kan utövas vid samma instanser som de som föreskrivs i fråga om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten." [17]

17 — Domen i målet Dorsch Consult, punkt 46.

Bedömning

40. Enligt min bedömning kan domstolen i detta mål grunda sig på sin argumentation och bedömning i målet Dorsch Consult. För att omsätta detta i detta fall har jag delat upp argumentation och bedömning i ett antal steg.

41. Det första steget är att fastställa att artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG inte tillfredsställande har införlivats med österrikisk lagstiftning. I detta sammanhang vill jag först erinra om domstolens fasta praxis avseende artikel 249 EG enligt vilken varje medlemsstat är skyldig att i sin nationella rättsordning vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa ett direktivs fulla genomslag i nationell rätt.

42. Direktiv 90/387/EEG är en del av ett antal gemenskapsåtgärder som har antagits under en följd av år med målet att liberalisera telekommunikationssektorn. En detaljerad reglering har ofta varit nödvändig för att säkerställa att nya aktörer effektivt får tillgång till en marknad som hittills har kontrollerats av en monopolist. Kännetecknande för en stor del av denna reglering är att den påtvingar de tidigare monopolisterna skyldigheter som gynnar de nya aktörerna på marknaden. Som illustration vill jag peka på skälen till direktiv 96/2/EG. [18] Behovet av att stimulera nya operatörer på marknaden har medfört att befintliga GSM-operatörer inte alltid har kunnat få licens för DCS 1800. Detta är skälet till att befintliga operatörer som Mobilkom och max.mobil enligt artikel 125 i den österrikiska Telekommunikationsgesetz endast under mycket restriktiva förutsättningar har kunnat komma i fråga för en DCS 1800-frekvens. Syftet är att säkerställa att nya operatörer på marknaden som Connect Austria verkligen får tillträde till den österrikiska GSM-marknaden.

43. I ett sådant system, som syftar till att undanröja bestående olikheter mellan-potentiella-operatörer, måste lagstiftningen vara jämviktsskapande. Dessutom måste verkställigheten vara jämviktsskapande och effektiv.

18 — Skälen redan nämnda i punkt 6 ovan.

44. I detta sammanhang spelar de nationella regleringsmyndigheterna en viktig roll. Det framgår bland annat av direktivets nionde skäl att dessa myndigheters verksamhet skall präglas av oberoende, eller snarare opartiskhet. De måste vara oberoende av operatörerna, men också av det allmänna. Det allmänna har ofta kvarvarande ekonomiska intressen i de tidigare monopolen. För att ett sådant oberoende organ, som huvudsakligen består av experter och där den parlamentariska kontrollen är synnerligen indirekt, skall kunna accepteras i en rättsstat måste dess beslut kunna underställas rättslig kontroll. I detta sammanhang placerar jag artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG, som stadgar att "en part som påverkas av ett beslut som har fattats av den nationella regleringsmyndigheten [skall ha möjlighet] att överklaga hos ett av parterna oberoende organ".

45. De nationella regleringsmyndigheterna, såsom Telekom-Control-Kommission, har huvudsakligen en administrativ funktion som de har övertagit från den centrala förvaltningen. Till deras uppgifter hör bland annat att tilldela licenser. Det är anledningen till att de bör ses som administrativa organ och inte, trots den österrikiska regeringens påstående om motsatsen, som domstolar. Tilldelandet av licenser är verkligen inte en aktivitet som uppfyller

kraven som domstolen ställer enligt artikel 234 EG för att vara behörig att begära förhandsavgörande. Jag hänvisar härvidlag till den nyligen avkunnade Salzmann-domen [19], varav framgår att de nationella domstolarna endast har befogenhet att framställa en begäran till domstolen om en tvist är anhängig vid dessa och de skall fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett avgörande av rättsskipningskaraktär.

46. Den österrikiska regeringens påstående att de nationella regleringsmyndigheterna själva skulle kunna begära förhandsavgörande hos domstolen är följaktligen helt felaktigt. I förbigående vill jag påpeka att även om domstolen skulle godta den österrikiska regeringens påstående medför det inte att villkoren i artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG är uppfyllda. Enligt denna bestämmelse måste det finnas möjlighet att överklaga den nationella regleringsmyndighetens beslut. Det framgår emellertid av direktivet att regleringsmyndigheten inte själv kan vara överklagandeinstans beträffande sina egna beslut.

47. Överklaganderätten är enligt min bedömning oumbärlig i det system som infördes genom direktivet och, mera generellt, i den liberaliserade telekommunikationslagstiftningen. Oberoende av att alla bestämmelser i EG-direktiv skall införlivas fullständigt och precist innebär detta att överklaganderätten inte får tolkas restriktivt. En begränsning av överklaganderätten eller av antalet beslutstyper som kan överklagas kan enligt min mening inte godtas.

48. Varken i direktivtexten eller i dess skäl har jag funnit det minsta stöd för Mobilkoms påstående att artikel 5.3a inte skulle vara tillämplig på Telekom-Control-Kommissions tilldelning av frekvenser. Artikel 5a har en allmän karaktär och syftar till att säkerställa att beslutsprocessen hos de nationella regleringsmyndigheterna är omgiven av nödvändiga garantier. Det förefaller osannolikt att berörda tredje män som påverkas av besluten inte skulle kunna överklaga dessa beslut. Artikel 5.3a syftar dessutom till att skydda nya aktörers intressen. Connect Austria är en sådan ny aktör.

49. Den begränsade kontroll som utövas av Bundes-Verfassungsgericht med stöd av

19 — Dom av den 14 juni 2001 i mål C-178/99, Salzmann (REG 2001, s. I-4421), punkterna 13 och 14.

nationell österrikisk rätt uppfyller enligt min bedömning inte kraven i bestämmelsen om överklaganderätt. För mig är det nämligen uppenbart att artikel 5.3a föreskriver en rätt till fullständig prövning. Varje rättsstridighet i beslutet på vilken grund som helst måste kunna prövas.

50. Mot bakgrund härav får det anses visat att Österrike inte korrekt har införlivat artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG, eftersom det inte finns någon bestämmelse i österrikisk rätt om överklagande av (vissa) beslut av Telekom-Control-Kommission som uppfyller direktivets krav.

51. Det andra steget avser en möjlig direkt effekt hos artikel 5.3a. Från domen i målet Dorsch Consult drar jag slutsatsen att artikel 5.3a inte kan ha direkt effekt. Domstolarnas relativa behörighet bestäms av medlemsstaterna. Det är medlemsstaterna och inte gemenskapslagstiftaren som skall anvisa en behörig domstol. Detta är uppgiftsfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna på rättsskyddets område. Gemenskapsrätten kan införa materiella krav på rättsskyddsområdet vilket också ofta sker. Det åvilar sedan medlemsstaterna att konkret säkerställa detta skydd inom ramarna för deras rättsordningar. Det är i detta sammanhang jag placerar kommissionens påpekande att artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG har direkt effekt avseende innehåll men inte avseende förfarande.

52. Jag gör samma bedömning när jag analyserar domstolens praxis om direktivs direkta effekt. Endast bestämmelser i icke-införlivade direktiv som är ovillkorliga och tillräckligt precisa kan av enskilda anföras mot medlemsstaterna. På denna punkt anser jag i likhet med kommissionen att även om innehållet i artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG är ovillkorligt och tillräckligt precist, är detta inte tillräckligt för att enskilda skall kunna åberopa bestämmelserna inför nationell domstol. [20] I vilket fall som helst krävs att lagstiftaren på nationell nivå medverkar och anvisar den behöriga domstol som skall pröva överklagandena.

53. Denna bedömning är också i överensstämmelse med den nyligen avkunnade domen i målet Gharehveran. [21] I denna dom godtog domstolen att en arbetstagare kunde väcka talan mot sin medlemsstat när den nationella lagstiftningen i strid med ett direktiv undantog arbetstagaren från kretsen av personer som kunde göra anspråk på en avtalad betalning. Domstolen utgick från omständigheten att medlemsstaten i

20 — Ovan fotnot 10.

21 — Dom av den 18 oktober 2001 i mål C-441/99, Gharehveran (REG 2001, s. I-7687).

fråga inte hade utnyttjat utrymmet för skönsmässig bedömning. I detta mål är det annorlunda: anvisandet av en behörig domstol faller uttryckligen inom det utrymme för skönsmässig bedömning som tillkommer medlemsstaterna.

54. Det tredje steget gäller frågan om en direktivkonform tolkning kan erbjuda någon lösning. Med stöd av den princip som ofta tillämpas av domstolen [22] skall den nationella domstolen så långt som möjligt tolka nationell rätt mot bakgrund av texten och direktivets mål för att uppnå det resultat som direktivet syftar till, och sålunda också uppfylla artikel 249, tredje stycket EG.

55. I detta mål är emellertid en direktivkonform tolkning ingen fruktbar väg. Systematiken i den österrikiska grundlagen är helt entydig och kan inte göras till föremål för en tolkning. Med stöd av nationell rätt är den österrikiska Verwaltungsgerichtshof inte behörig att pröva överklaganden annat än om lagstiftaren uttryckligen har tillerkänt domstolen en sådan behörighet. Detta kan en direktivkonform tolkning inte förändra. Dessutom tillkommer att enligt nationell rätt är ett beslut av Telekom-Control-Kommission vid en viss tidpunkt orubbligt och att då tillskapa en möjlighet för överklagande — *contra legem*! — genom direktivkonform tolkning kan allvarligt skada andra intressenters rättssäkerhet.

56. Domstolens tillvägagångssätt i målet Dorsch Consult leder mig inte till en annan bedömning. I det målet fastslog domstolen att den nationella domstolen skall hämta sin behörighet från nationell rätt, särskilt när det gäller organ som avgör klart jämförbara fall.

57. Även på denna punkt är förevarande mål i stor utsträckning jämförbart med målet Dorsch Consult. I båda målen finns det en nationell domstol som kan tillerkännas prövningsbehörighet. Att tillerkänna denna domstol en sådan behörighet skulle i inget av fallen leda till ett ingrepp i den nationella domstolsorganisationen lika lite som det skulle inverka på kompetensfrågorna. I målet Dorsch Consult var en domstol anvisad för att pröva tvister som var klart jämförbara med den tvist som målet rörde. I detta mål gäller det en typ av konflikt som hör hemma inom ramen för den österrikiska Verwaltungsgerichtshofs kompetens, men som har undandragits dess

22 — Se exempelvis dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135), punkt 8.

prövning, på grund av omständigheter som är främmande för direktivet.

58. Domstolens lösning i målet Dorsch Consult innebär att den nationella domstolen själv skall undersöka om den kan härleda sin egen behörighet ur nationell rätt genom en direktivkonform tolkning. Jag skall inte här uttala mig om vad en sådan undersökning av målet Dorsch Consult hade medfört eller skulle ha kunnat medföra. I detta mål finner jag emellertid en sådan undersökning meningslös. Med stöd av österrikisk nationell lagstiftning existerar det inte något tvivel att Bundes-Verwaltungsgericht är obehörig. Det är ett obestridligt faktum.

59. Självklart, och det är det fjärde och sista steget, har de som påverkats till följd av det bristfälliga införlivandet av artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG en rätt att åberopa sina rättigheter enligt direktivet mot medlemsstaten Österrike. Denna talan skall enligt min bedömning kunna medföra en rätt till skadestånd för de berörda.[23] Den skall däremot inte medföra en skyldighet att ändra tidigare beslut av Telekom-Control-Kommission.

60. Sammanfattningsvis kan konstateras att fastän artikel 5.3a i direktiv 90/387/EEG inte har införlivats med österrikisk lagstiftning kan en enskild inte grunda sin rätt att överklaga på denna bestämmelses direkta effekt och inte heller på en direktivkonform tolkning av nationell lagstiftning. Vad som återstår är att begära skadestånd från den österrikiska staten.

V — Den andra frågan

61. Mot bakgrund av mitt — negativa — svar på den första frågan finns ingen anledning att besvara den andra. Den nationella domstolen ville enbart ha svar på den andra frågan om svaret på den första var jakande. Vidare är det enligt min bedömning klart att Verwaltungsgerichhof inte är behörig att pröva huvudmålet. Härigenom saknar den andra frågan samband med en faktisk tvist. Enligt domstolens fasta praxis besvaras inte frågor av detta slag.

23 — Jag hänvisar till domstolens fasta praxis som följer på domen i målet av den 19 november 1991, Frankovich m.fl. (ovan fotnot 10).

VI — Förslag till avgörande

62. Mot bakgrund av vad som ovan anförts, föreslår jag att domstolen skall besvara Verwaltungsgerichtshofs tolkningsfrågor enligt följande:

1) För det fall artikel 5.3a i rådets direktiv 90/387/EEG av den 28 juni 1990 om upprättandet av den inre marknaden för teletjänster genom att tillhandahålla öppna nät, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/51/EG av den 6 oktober 1997 inte har införlivats med nationell rätt eller har införlivats ofullständigt kan enskilda inte härleda någon rätt till överklagande inför ett oberoende organ direkt från direktivet. Om nationell lagstiftning uttryckligen utesluter en rätt till överklagande kan en sådan rätt inte grundas på en direktivkonform tolkning.

2) Det saknas anledning att besvara den andra frågan.