DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

22. maj 2003 *

I sag C-462/99,

angående en anmodning, som Verwaltungsgerichtshof (Østrig) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH

mod

Telekom-Control-Kommission,

procesdeltager: **Mobilkom Austria AG,**

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende 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 —

* Processprog: tysk.

Open Network Provision) (EFT L 192, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/51/EF af 6. oktober 1997 (EFT L 295 s. 23), af artikel 2, stk. 3 og 4, i Kommissionens direktiv 96/2/EF af 16. januar 1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår mobil- og personkommunikation (EFT L 20, s. 59), af artikel 9, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester (EFT L 117, s. 15), samt af artikel 82 EF og artikel 86, stk. 1, EF,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af D.A.O. Edward som fungerende formand for Femte Afdeling og dommerne A. La Pergola (refererende dommer) og P. Jann,

generaladvokat: L.A. Geelhoed
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH ved Rechtsanwalt P. Hoffmann

— Telekom-Control-Kommission ved dennes formand W. Schramm

— Mobilkom Austria AG ved Rechtsanwalt P. Lewisch

— den østrigske regering ved H. Dossi, som befuldmægtiget

— den svenske regering ved A. Kruse, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved B. Doherty og C. Schmidt, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 11. oktober 2001 er afgivet mundtlige indlæg af Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH ved Rechtsanwalt A. Foglar-Deinhardstein og P. Hoffmann, af Telekom-Control-Kommission ved W. Schramm, af Mobilkom Austria AG ved P. Lewisch, af den østrigske regering ved T. Kramler, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved C. Schmidt,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 13. december 2001,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 24. november 1999, indgået til Domstolen den 2. december 1999, har Verwaltungsgerichtshof i medfør af artikel 234 EF forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende 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) (EFT L 192, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/51/EF af 6. oktober 1997 (EFT L 295, s. 23, herefter »direktiv 90/387«), af artikel 2, stk. 3 og 4, i Kommissionens direktiv 96/2/EF af 16. januar 1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår mobil- og personkommunikation (EFT L 20, s. 59), af artikel 9, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester (EFT L 117, s. 15), samt af artikel 82 EF og artikel 86, stk. 1, EF.

2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (herefter »Connect Austria«) og Telekom-Control-Kommission (herefter »TCK«) vedrørende tildeling til Mobilkom Austria AG (herefter »Mobilkom«), som allerede var indehaver af en licens til levering af digitale mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900-standarden (GSM — Global System for Mobile Communication) (herefter »GSM 900-licensen«), af yderligere frekvenser inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden (DCS — Digital Cellular System), uden at der opkræves en særskilt afgift herfor.

De relevante retsregler

Fællesskabsbestemmelserne

3 Direktiv 96/2 har til formål at skabe fri konkurrence på markedet for mobil- og personkommunikation.

4 Ottende betragtning til direktiv 96/2 bestemmer:

»Nogle medlemsstater har på nuværende tidspunkt tildelt licenser til digitale mobile radiobaserede tjenester, der benytter frekvenserne i 1700-1900 MHz-båndet i henhold til DCS 1800-standarden. Kommissionens meddelelse om høringen vedrørende grønbogen om mobil- og personkommunikation af 23. november 1994 fastslog, at DCS 1800 skal betragtes som en del af GSM-systemet [...] De medlemsstater, der endnu ikke har indført en procedure for tildeling af sådanne licenser, [bør] gøre dette inden for et rimeligt tidsrum. 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.«

5 Femtende betragtning til direktiv 96/2 har følgende ordlyd:

»I forbindelse med mobil- og personkommunikationssystemer er radiofrekvenser en afgørende flaskehalsressource [...] 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.

Medlemsstaterne bør sikre, at proceduren for tildeling af radiofrekvenser bygger på objektive kriterier og ikke er diskriminerende [...] Eventuelle frekvensafgifter bør være proportionale og opkræves på basis af det antal kanaler, der reelt tildeles.«

6 Artikel 2, stk. 1, i direktiv 96/2 fastsætter, at »medlemsstaterne ikke [må] nægte at udstede licens til drift af mobilkommunikationssystemer efter DCS 1800-standarden, senest efter vedtagelsen i European Radiocommunications Committee (ERC) af en beslutning om allokering af DCS 1800-frekvenser, og under alle omstændigheder senest den 1. januar 1998«.

7 Artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2 bestemmer:

»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.«

8 Direktiv 97/13 omhandler ifølge artikel 1, stk. 1, »procedurerne for udstedelse af tilladelser i forbindelse med udbud af teletjenester samt vilkårene for sådanne tilladelser, herunder tilladelser til etablering og/eller tilrådighedsstillelse af telenet, der er nødvendige for udbud af sådanne tjenester«.

9 Den nationale tilsynsmyndighed defineres i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 97/13 som »den eller de retligt selvstændige og driftsmæssigt af televirksomhederne uafhængige organer, som en medlemsstat har pålagt at udarbejde tilladelser og føre tilsyn med overholdelsen af vilkårene i tilladelserne«.

10 Artikel 9, stk. 2, første led, i direktiv 97/13 bestemmer:

»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.«

11 I artikel 11 i direktiv 97/13 bestemmes:

»1. 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 den 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.«

12 Det bestemmes i artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387:

»Medlemsstaterne sørger for, at parter, som en afgørelse fra det nationale myndighedsorgan får virkning for, har mulighed for at indklage afgørelsen til en uafhængig myndighed på nationalt plan.«

De nationale bestemmelser

13 Artikel 130, stk. 1, litra a), i Bundes-Verfassungsgesetz (forbundsforfatningen, herefter »B-VG«) præciserer, at »Verwaltungsgerichtshof er kompetent til at behandle sager om [...] lovligheden af en beslutning truffet af en administrativ myndighed, herunder uafhængige administrative organer«.

14 I B-VG's artikel 133 bestemmes:

»Undtaget fra Verwaltungsgerichtshofs kompetence er:

1) sager, som hører under Verfassungsgerichtshofs kompetence

2) ophævet

3) sager vedrørende patenter

4) sager afgjort i sidste instans af et kollegialt organ, hvis organet i henhold til bestemmelserne herom i forbunds- eller delstatslovene består af mindst én dommer, hvis de andre medlemmer af organet heller ikke er underlagt instruktioner med hensyn til udførelsen af deres funktion, hvis organets afgørelser

ikke kan annulleres eller ændres af en højere administrativ myndighed, og hvis Verwaltungsgerichtshofs kompetence til at behandle en sag, selv om alle disse betingelser er opfyldt, ikke er udtrykkeligt fastsat.«

15 Det følger af forelæggelseskendelsen, at i henhold til § 49, stk. 12, i Telekommunikationsgesetz (lov om telekommunikation, BGBl. I 1997/100, herefter »TKG«), sker tildelingen af de frekvenser, der er reserveret offentlige mobilkommunikationstjenester, ved licenser, der tildeles efter den fremgangsmåde, som omhandles i lovens § 22 ff. TKG's § 22, stk. 1, bestemmer, at licenser til mobiltelefonvirksomhed tildeles af den nationale tilsynsmyndighed til en ansøger, der opfylder de generelle betingelser, og som sikrer den mest effektive udnyttelse af frekvenserne, hvilket konstateres gennem størrelsen af den tilbudte betaling for benyttelsen. Ifølge TKG's § 22, stk. 2, sker tildelingen efter principperne om et åbent, rimeligt og ikke-diskriminerende offentligt udbud.

16 I henhold til TKG's § 20, stk. 4, er tildeling af yderligere frekvenser til en licensindehaver til samme tjeneste en udvidelse af den bestående licens og skal ske ifølge reglerne heri. Såfremt licensen ikke indeholder bestemmelser herom, finder fremgangsmåden i TKG's § 22 anvendelse.

17 TKG's § 125, stk. 3, som er en overgangsbestemmelse, der ordret gentog § 20a, stk. 3b, som blev indsat i Fernmeldegesetz 1993 (lov fra 1993 om fjernkommunikation, som affattet i BGBl. I 1997/44) med virkning fra den 1. marts 1997, 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 størrelses-

orden på 5 MHz hver inden for det frekvensområde, som er reserveret DCS 1800-standarden, når der er forløbet mindst tre år fra det tidspunkt, da en meddelelse, som i 1997 tildelte en DCS 1800-licens til en ansøger, 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.«

Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

18 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Mobilkom, hvis selskabskapital i det væsentlige er ejet af staten, i Østrig fik tildelt en GSM 900-licens til frekvensblokke på 2 × 8 MHz ved meddelelse af 6. november 1996, som ændret ved meddelelse af 23. juli 1997. Selskabet max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, tidligere Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (herefter »max.mobil«), er indehaver af en tilsvarende licens tildelt ved meddelelse af 25. januar 1996 som ændret ved meddelelse af 23. juli 1997. Sidstnævnte selskab havde budt en frekvensafgift på 4 mia. ATS. En frekvensafgift af tilsvarende størrelse var den 2. juli 1996 blevet pålagt Post & Telekom Austria AG, i hvis rettigheder Mobilkom er indtrådt.

19 Den 19. august 1997 fik Connect Austria efter et offentligt udbud tildelt en licens til levering af digitale mobilkommunikationstjenester baseret på DCS 1800-standarden (herefter »DCS 1800-licensen«) mod betaling af en frekvensafgift på 2,3 mia. ATS. Connect Austria blev tildelt frekvensblokke på 2 × 16,8 MHz og fik stillet en udvidelse på 2 × 22,5 MHz i udsigt, når der var opnået et kundegrundlag på 300 000 og en dækningsgrad på 75%.

20 Ved afgørelse af 10. august 1998 i medfør af TKG's § 125, stk. 3 (herefter »den anfægtede afgørelse«), tildelte TCK, der handlede som national tilsynsmyndighed, Mobilkom, i form af en udvidelse af GSM 900-licensen, yderligere frekvensblokke på 2 × 5 MHz inden for det frekvensområde, der var reserveret DCS 1800-standarden, med henblik på ydelse af digitale mobilkommunikationstjenester udelukkende med anvendelse af basisstationer placeret i delstaten Wien.

21 Connect Austria indbragte TCK's afgørelse til prøvelse for Verfassungsgerichtshof. Ved dom af 24. februar 1999 frifandt Verfassungsgerichtshof sagsøgte, idet retten ikke fandt, at den anfægtede afgørelse havde krænket klagerens rettigheder, hverken med hensyn til forfatningsmæssigt sikrede rettigheder eller ved anvendelse af en retsstridig generel retsregel.

22 I dommens præmisser anførte Verfassungsgerichtshof imidlertid, at artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 hjemler en tilstrækkelig præcis ret til at påklage en afgørelse fra en national tilsynsmyndighed, således at bestemmelsen ifølge Domstolens faste praksis (jf. dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357) er umiddelbart anvendelig, for så vidt som der skal være etableret en effektiv ret til at klage til en uafhængig myndighed. Verfassungsgerichtshof har herefter anført, at i betragtning af dens begrænsede prøvelsesbeføjelse opfyldte det indbragte søgsmål ikke kravene i bestemmelsen, men at den kontrol med forvaltningens lovlighed, der tilkommer Verwaltungsgerichtshof, derimod opfylder de fællesskabsretlige krav. Inden for anvendelsesområdet for direktiv 90/387 må fællesskabsrettens forrang herefter ifølge Verfassungsgerichtshof medføre, at B-VG's artikel 133, nr. 4, hvorefter Verfassungsgerichtshof ikke har kompetence til at behandle sager anlagt til prøvelse af afgørelser fra TCK, bliver uanvendelig.

23 Ved kendelse af 3. marts 1999 henviste Verfassungsgerichtshof Connect Austrias annullationssøgsmål vedrørende den omtvistede afgørelse til prøvelse ved Verwaltungsgerichtshof.

24 Verwaltungsgerichtshof har anført, at TCK ifølge TKG er den nationale tilsynsmyndighed, bl.a. for så vidt angår tildeling, inddragelse og tilbagekaldelse af licenser, ligesom den skal godkende overdragelser og ændringer af licenser. Verwaltungsgerichtshof har præciseret, at TCK er et uafhængigt, kollegialt organ, som består af tre medlemmer, herunder en dommer, der udpeges af forbundsregeringen. TCK træffer afgørelse som første og sidste instans.

25 Ifølge Verwaltungsgerichtshof fremgår det af B-VG's artikel 144, stk. 1, at der kan anlægges sag ved Verfassungsgerichtshof til prøvelse af afgørelser truffet af TCK, for så vidt som sagsøgeren hævder at have lidt en skade som følge af tilsidesættelse af en forfatningssikret rettighed, eller fordi der er anvendt en ulovlig forvaltningsforskrift, en forfatningsstridig lov eller en retsstridig international traktat.

26 Det fremgår endvidere af forelæggelseskendelsen, at i henhold til B-VG's artikel 133, nr. 4, kan sager, der anlægges ved Verwaltungsgerichtshof til prøvelse af afgørelser truffet af TCK, der hævdes at være ulovlige, ikke antages til realitetsbehandling, fordi dette ikke udtrykkeligt er fastsat i den nævnte bestemmelse.

27 I denne forbindelse har Verwaltungsgerichtshof rejst det spørgsmål, om artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387, henset til dom af 17. september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Sml. I, s. 4961, præmis 40 ff.), har umiddelbar virkning således, at retten må anse B-VG's artikel 133, nr. 4, for uanvendelig og dermed ville være kompetent til at behandle Connect Austrias søgsmål vedrørende den omtvistede afgørelse.

28 I tilfælde af en bekræftende besvarelse af dette spørgsmål, har Verwaltungsgerichtshof anført, at TKG's § 125, stk. 3, giver adgang til at tildele frekvenser inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden, til en offentlig virksomhed, der har en dominerende stilling på markedet for digitale

mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900-standarden, uden at der opkræves yderligere betaling herfor. En sådan bestemmelse kunne, idet den yderligere styrker den offentlige virksomheds allerede eksisterende dominerende stilling, medføre en konkurrencefordrejning i strid med artikel 82 EF sammenholdt med artikel 86, stk. 1, EF samt artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2, til skade for indehaveren af DCS 1800-licensen. Endvidere kunne en sådan bestemmelse, når henses til licensindehaverens pligt til at betale en afgift for udnyttelsen af frekvenser inden for DCS 1800-standarden, være i strid med diskrimineringsforbuddet i artikel 9, stk. 2, og i artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13.

29 Herefter har Verwaltungsgerichtshof besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»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 den nationale tilsynsmyndighed?

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?«

Det første præjudicielle spørgsmål

Indlæg til Domstolen

30 Ifølge Connect Austria er det i henhold til princippet om EU-rettens forrang for national ret klart, at bestemmelsen i B-VG's artikel 133, nr. 4, der udelukker Verwaltungsgerichtshofs kompetence, ikke må finde anvendelse. Derfor skal Verwaltungsgerichtshof betragtes som kompetent til at behandle sager anlagt til prøvelse af TCK's afgørelser, under forudsætning af, at en sådan klageadgang er i overensstemmelse med den, der er fastsat i artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387.

31 Med henvisning til præmis 25 ff. i Francovich m.fl.-dommen har den østrigske regering anført, at artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 ikke har umiddelbar virkning. Denne bestemmelse er ikke ubetinget, for så vidt som den overlader det til medlemsstaterne at sørge for, at der er egnede procedurer på nationalt plan, og dermed overlader medlemsstaterne en skønsmargen til at udforme en sådan procedure, særligt med hensyn til at udpege en »uafhængig myndighed«.

32 Under alle omstændigheder finder den østrigske regering, at muligheden for at anlægge sag ved Verwaltungsgerichtshof til prøvelse af TCK's afgørelser i henhold til B-VG's artikel 144 både er i overensstemmelse med ækvivalens- og effektivitetsprincippet for retsbeskyttelsen (jf. dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 12, Dorsch Consult-dommen, præmis 40, og dom af 21.1.1999, sag C-120/97, Upjohn, Sml. I, s. 223, præmis 32) og med kravet i artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387.

33 Ifølge den svenske regering angiver artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 ikke, hvilken instans der er kompetent til at behandle sager, men forudsætter, at medlemsstaterne træffer de nødvendige forholdsregler for at udnævne en kompetent instans og fastsætter de procedurebestemmelser, der skal finde anvendelse. Denne bestemmelse har altså ikke umiddelbar virkning. Det fremgår af Domstolens praksis (jf. Dorsch Consult-dommen), at det ikke tilkommer den at medvirke ved løsningen af de kompetenceproblemer inden for det nationale domstolssystem, som gennemførelsen af de af borgernes rettigheder, der følger af fællesskabsretten, kan give anledning til.

34 Kommissionen har anført, at artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 har samme indhold som artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), således som den er affattet ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1). Begge disse bestemmelser pålægger således medlemsstaterne forpligtelsen til at sørge for, at de berørte parter har adgang til at klage over en afgørelse til et organ, der er uafhængigt af den myndighed, der har truffet afgørelsen. Kommissionen finder herefter, at Domstolen bør henholde sig til retspraksis vedrørende klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (jf. Dorsch Consult-dommen samt domme af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, og sag C-111/97, EvoBus Austria, Sml. I, s. 5411) ved besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål.

Domstolens bemærkninger

35 Det skal for det første bemærkes, at medlemsstaterne i henhold til fast retspraksis er forpligtet til i den nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister, der vedrører borgernes af fællesskabsretten følgende rettigheder, idet det herved er forudsat, at medlemsstaterne er forpligtet til konkret at sikre, at disse rettigheder effektivt beskyttes. Bortset fra på dette punkt tilkommer det ikke Domstolen at medvirke ved afgørelsen af de kompetenceproblemer inden for det nationale domstolssystem, som den nærmere afgrænsning af visse rettigheder, der følger af fællesskabsretten, kan give anledning til (jf. bl.a. dom af 9.7.1985, sag 179/84, Bozzetti, Sml. s. 2301, præmis 17, og af 4.3.1999, sag C-258/97, HI, Sml. I, s. 1405, præmis 22).

36 Det bemærkes for det andet, at artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 ikke ved at pålægge medlemsstaterne at sørge for, at parter, som en afgørelse fra den nationale tilsynsmyndighed får virkning for, har mulighed for at indklage afgørelsen til en uafhængig myndighed på nationalt plan, har angivet, hvilken national instans i den enkelte medlemsstat der er kompetent til at behandle sådanne sager.

37 Det må konstateres, at på det tidspunkt, hvor Verfassungsgerichtshof oversendte sagsanlægget fra Connect Austria til Verwaltungsgerichtshof, nemlig den 3. marts 1999, var artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 ikke gennemført i østrigsk ret. Som Verfassungsgerichtshof med rette har konstateret, og i modsætning til hvad den østrigske regering har anført, vil en klageadgang som den, der gælder ved Verfassungsgerichtshof, som er begrænset til tilfælde, hvor sagsøgeren hævder at have lidt en skade som følge af tilsidesættelse af en forfatningssikret rettighed, eller fordi der er anvendt en ulovlig forvaltningsforskrift, en forfatningsstridig lov eller en retsstridig international traktat, ikke udgøre en egnet procedure i henhold til artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 og vil således ikke opfylde kravene i denne bestemmelse.

38 Herefter bemærkes, at det følger af Domstolens praksis, at den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af artikel 10 EF til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Det følger heraf, at ved anvendelsen af nationale retsforskrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er den nationale domstol forpligtet til i videst muligt omfang 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 (jf. dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 26, EvoBus Austria-dommen, præmis 18, HI-dommen, præmis 25, og dom af 26.9.2000, sag C-262/97, Engelbrecht, Sml. I, s. 7321, præmis 38 og 39).

39 Den nationale domstol skal som følge af denne pligt bedømme, om de relevante bestemmelser i national ret giver borgerne en klageadgang hvad angår afgørelser truffet af den nationale tilsynsmyndighed. Under omstændigheder som de i denne sag foreliggende, har den nationale domstol navnlig pligt til at bedømme, om den nævnte klageadgang kan udøves for den ret, der principielt er kompetent til at prøve lovligheden af retsakter fra den offentlige forvaltning (jf. i denne retning EvoBus Austria-dommen, præmis 19).

40 Såfremt en anvendelse af national ret i overensstemmelse med artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 ikke er mulig, er den nationale domstol forpligtet til at anvende fællesskabsretten i sin helhed og beskytte de rettigheder, som denne giver private, og den skal herved om nødvendigt undlade at anvende enhver bestemmelse, som under de konkrete omstændigheder vil kunne føre til et resultat, som er i strid med det nævnte direktiv, for så vidt som undladelsen af at anvende bestemmelsen ville bringe national ret i overensstemmelse med direktivet (jf. i denne retning Engelbrecht-dommen, præmis 40).

41 Det følger heraf, at en national domstol, der opfylder kravene i artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387, og som ville være kompetent til at behandle sager om afgørelser truffet af den nationale tilsynsmyndighed, hvis den ikke havde været hindret heri som følge af en bestemmelse i national ret, der udtrykkeligt udelukker dens kompetence, som f.eks. B-VG's artikel 133, nr. 4, er forpligtet til at undlade at anvende denne bestemmelse.

42 Det første præjudicielle spørgsmål skal således besvares med, at kravet om en fortolkning af national ret, der er i overensstemmelse med direktiv 90/387, og kravet om en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder indebærer, at de nationale retter efterprøver, om de relevante bestemmelser i national ret giver borgerne en klageadgang hvad angår afgørelser truffet af den nationale tilsynsmyndighed, der opfylder kriterierne i artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387. Hvis en anvendelse af national ret i overensstemmelse med kravene i artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387 ikke er mulig, er en national domstol, der opfylder disse krav, og som ville være kompetent til at behandle sager om afgørelser truffet af den nationale tilsynsmyndighed, hvis den ikke havde været hindret heri som følge af en bestemmelse i national ret, der udtrykkeligt udelukker dens kompetence, såsom den i hovedsagen omhandlede bestemmelse, forpligtet til at undlade at anvende denne bestemmelse.

Det andet præjudicielle spørgsmål

Indlæg til Domstolen

43 Connect Austria har gjort gældende, at Mobilkom er en offentlig virksomhed i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 86, stk. 1, EF som ligeledes har eksklusive rettigheder i samme bestemmelses forstand, for så vidt som den er den eneste virksomhed, der er berettiget til at udnytte et analogt mobilkommunika-

tionsnet, »D-nettet«. Mobilkom har ikke betalt en særskilt frekvensafgift for licensen, der er gyldig frem til 31. december 2007, og som giver ret til at benytte frekvensblokke på 2 × 11 MHz, hvilket den har begrundet med en hævdet driftsforpligtelse.

44 På grund af sin betydelige markedsandel på omkring 70%, indtager Mobilkom en dominerende stilling på det østrigske GSM-marked, hvorfor artikel 82 EF finder anvendelse.

45 Connect Austria har anført, at under disse omstændigheder er den gratis tildeling af DCS 1800-frekvenser til Mobilkom, som giver virksomheden mulighed for at bevare og styrke sin dominerende stilling, i strid med bestemmelserne i artikel 82 EF sammenholdt med artikel 86 EF. Ved denne tildeling vil Mobilkom således blive den eneste operatør, som kan tilbyde hele skalaen af teknisk tilgængelige mobilkommunikationstjenester (analoge såvel som digitale baseret på henholdsvis GSM 900- og DCS 1800-standarderne). De betydelige konkurrencemæssige fordele, Mobilkom allerede nyder godt af på grund af den monopolsituation, virksomheden har haft i en årrække, samt den dominerende stilling på markedet, som den ligeledes har haft i flere år, og som den fortsat har, vil blive væsentligt styrket. Der kan alene kompenseres for denne virkning ved en forpligtelse til at betale for opnåelsen af yderligere frekvenser inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden.

46 Det fremgår klart af Kommissionens to beslutninger 95/489/EF af 4. oktober 1995 om driftsbetingelserne for den anden udbygning af GSM- mobilradiokommunikation i Italien (EFT L 280, s. 49) og 97/181/EF af 18. december 1996 om vilkårene for den anden GSM-operatør i Spanien (EFT 1997 L 76, s. 19), at den omstændighed, at det alene pålægges den nye operatør på det italienske og spanske GSM-marked at betale en frekvensafgift, gjorde det muligt for de eksisterende offentlige telefonselskaber, som havde monopol, at styrke deres dominerende stilling på markederne i strid med artikel 82, stk. 2, litra b), EF og artikel 86 EF. Denne argumentation kan ligeledes finde anvendelse i den foreliggende sag.

47 Den gunstige behandling af Mobilkom bygger på en lovgivningsakt, nemlig TKG's § 125, stk. 3, som fortolket af TCK.

48 For så vidt angår artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2, indebærer denne bestemmelse, læst i lyset af ottende betragtning til direktivet udtrykkeligt muligheden for at udelukke operatører, der allerede er indehavere af en GSM 900-licens fra tildelingen af DCS 1800-licenser, særligt i tilfælde hvor en dominerende stilling ville blive styrket. Ifølge Connect Austria vil opretholdelse af en effektiv konkurrence i den forstand, hvori begrebet anvendes i direktiv 96/2, i hovedsagen alene kunne sikres ved at udelukke Mobilkom fra DCS 1800-teknologien eller i det mindste ved at pålægge virksomheden at betale en afgift for at benytte DCS 1800-frekvenserne. I denne forbindelse har Connect Austria henvist til de investeringsomkostninger på flere milliarder ATS, som Connect Austria har måttet afholde siden midten af 1997.

49 Hvad angår direktiv 97/13 har Connect Austria gjort gældende, at der er tale om en ulige behandling af ansøgerne i den forstand, hvori begrebet anvendes i dette direktiv, når TKG's § 125, stk. 3, fortolkes på en sådan måde, at Mobilkom og max.mobil fritages fra forpligtelsen til at betale for benyttelsen af de yderligere frekvenser, når alle andre ansøgere ville være forpligtet til at følge proceduren i TKG's § 22 ff.

50 TCK har anført, at det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget vedrørende § 20a, stk. 3b, i Fernmeldegesetz 1993, at bestemmelsen i TKG' § 125, stk. 3, har til formål at medvirke til at sikre en effektiv konkurrence på markedet for mobilkommunikationstjenester, under hensyn til bl.a. artikel 82 EF og 86 EF samt Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester (EFT L 192, s. 1) og direktiv 96/2.

51 En overgangsbestemmelse som TKG's § 125, stk. 3, der fastsatte særlige foranstaltninger for operatører, der allerede var indehavere af en GSM 900-licens for så vidt angår tildelingen af frekvenser, var nødvendigt som følge af ændringer i proceduren i forbindelse med udstedelsen af licenser. Mobilkom og max.mobil havde således opnået deres licenser på et tidspunkt, hvor tildeling af yderligere frekvenser efter de generelle regler ikke nødvendiggjorde en udbudsprocedure og betaling af en frekvensafgift.

52 Overgangsbestemmelsen sikrede samtidig vinderen af udbuddet om tildeling af DCS 1800-licensen, som var blevet udstedt i 1997, en planlægningssikkerhed og en periode, hvori virksomheden er beskyttet mod konkurrence, som den østrigske lovgiver fandt nødvendig, for at operatører, der allerede er indehavere af en GSM-900 licens, ikke skulle »underminere« nye operatørers adgang til markedet på grund af deres startfordele som følge af et allerede udviklet net, og dermed fordreje den effektive konkurrence, såfremt også disse virksomheder tilbød digitale mobilkommunikationstjenester baseret på DCS 1800-standarden.

53 Imidlertid bør operatører, der allerede er indehavere af en GSM 900-licens, have mulighed for at tilbyde sådanne tjenester, når grænsen for deres GSM 900-nets kapacitet er nået, således at deres mulighed for at skaffe flere abonnenter ikke forhindres af uovervindelige tekniske og økonomiske begrænsninger.

54 TKG's § 125, stk. 3, har således ikke til formål at bremse udvidelsen af de handelsmæssige aktiviteter, men at garantere en effektiv frekvensudnyttelse.

55 For så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i artikel 82 EF sammenholdt med artikel 86 EF har TCK gjort gældende, at frekvenserne i det frekvensområde,

der er reserveret DCS 1800-standarden, ikke giver mulighed for at tilbyde tjenester, som ikke også er tilgængelige via frekvenser i det frekvensområde, der er reserveret GSM 900-standarden, idet disse to frekvensbånd udnyttes ved hjælp af samme tekniske system. Derfor udgør tildelingen af yderligere frekvenser til Mobilkom ikke en konkurrencemæssig fordel for virksomheden.

56 Derimod ville nægtelsen af at tildele Mobilkom yderligere frekvenser under de i hovedsagen gældende omstændigheder have betydet en indskrænkning i konkurrencen på markedet for mobilkommunikationstjenester, idet max.mobil og Connect Austria så ville have været de eneste virksomheder, som effektivt kunne tage del i konkurrencen, mens Mobilkom af tekniske årsager ikke ville være i stand til at tilbyde et tilsvarende tjenesteniveau.

57 TCK finder i øvrigt ikke, at tildelingen af yderligere frekvenser i overensstemmelse med TKG's § 125, stk. 3, uden at der opkræves en særskilt afgift herfor, udgør en hindring ud fra et konkurrenceretligt synspunkt. Det er således nødvendigt generelt at betragte de afgifter, der opkræves ved tildeling af en licens eller for benyttelsen af frekvenser, såvel som vigtigheden af tildelingen af frekvenser og tidspunktet for adgangen til markedet.

58 Imidlertid havde Mobilkom og max.mobil hver betalt 4 mia. ATS for tildelingen af frekvenser på 2 × 8 MHz inden for det frekvensområde, der er reserveret GSM 900-standarden. Connect Austria havde betalt 2,3 mia. ATS for tildelingen af frekvenser på 2 × 16,8 MHz, som kunne udvides til 2 × 22,5 MHz uden betaling af en yderligere frekvensafgift. TCK havde i øvrigt imødekommet en anmodning herom den 3. april 2000. Connect Austria havde således betalt en meget lavere afgift end sine konkurrenter og havde for dette beløb opnået en bedre tildeling af frekvenser.

59 For så vidt angår artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2 har TCK anført, at som det fremgår af dens bemærkninger, har den taget højde for konkurrencerettens krav ved vedtagelsen af den anfægtede afgørelse.

60 Vedrørende bestemmelserne i artikel 9, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13, har TCK anført, at eftersom bestemmelserne overlader en vid skønsmargen til medlemsstaterne, da det overlades til dem at afgøre, om de vil pålægge frekvensafgift eller ej, har de ikke umiddelbar virkning.

61 For så vidt angår bestemmelserne i artikel 82 EF sammenholdt med 86 EF, har Mobilkom gjort gældende, at virksomheden kun er en blandt flere operatører på markedet for mobilkommunikationstjenester, idet den hverken er tillagt eksklusive eller særlige rettigheder. Endvidere kan tildelingen af yderligere frekvenser til virksomheden ikke udgøre en udvidelse af den dominerende stilling til et beslægtet marked, idet de to digitale mobilkommunikationssystemer, som er baseret på henholdsvis GSM 900- og DCS 1800-standarderne, hører til samme produktmarked og er indbyrdes substituerbare med hensyn til teknisk kapacitet og produkternes egenskaber.

62 Med hensyn til direktiv 96/2 har Mobilkom gjort gældende, at tildelingen til operatører, der allerede er indehavere af en GSM 900-licens, af yderligere frekvenser inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden, i tilfælde af at disse operatører har opbrugt deres kapacitet, for at give dem mulighed for fortsat at kunne tage del i konkurrencen, ikke skader konkurrencen, men gavner den. Derimod ville det skade konkurrencen, hvis Connect Austria faktisk fik monopol på digitale mobilkommunikationstjenester baseret på DCS 1800-standarden.

63 Vedrørende direktiv 97/13 har Mobilkom anført, at dette direktiv bygger på princippet om, at tildelingen af frekvenser sker uden betaling af afgifter, og at det alene er i visse særlige tilfælde, at det er muligt at pålægge en afgift. Artikel 11 i

direktiv 97/13 pålægger medlemsstaterne visse begrænsninger for så vidt angår pålæggelse af afgifter, men forpligter på ingen måde medlemsstaterne til at opkræve sådanne afgifter. Direktivets artikel 9 kan ikke føre til en anden konklusion, idet denne bestemmelse regulerer proceduren i forbindelse med udstedelse af individuelle licenser og ikke tildeling af yderligere frekvenser.

64 Endelig har Mobilkom anført, at i forhold til denne virksomhed og max.mobil er Connect Austria blevet tildelt frekvensblokke, som er langt større og til en langt mere fordelagtig pris. Den gratis tildeling af yderligere frekvenser til Mobilkom og max.mobil er derfor absolut nødvendig for at kompensere, i det mindste delvist, for denne fordel.

65 Den østrigske regering har anført, at TKG's § 125, stk. 3, blev vedtaget med henblik på at give indehaveren af Østrigs første DCS 1800-licens, som samtidig er den tredje indehaver af en licens inden for sektoren for mobilkommunikationstjenester, mulighed for at indhente de konkurrencemæssige fordele, som de to konkurrenter, der havde adgang til markedet før denne virksomhed, havde opnået.

66 I øvrigt var den afgift, der oprindeligt var blevet betalt af de to første licensindehavere inden for sektoren for mobilkommunikationstjenester, ifølge den østrigske regering blevet fastsat ud fra hensynet til en eventuel efterfølgende gratis tildeling af yderligere frekvenser i henhold til TKG's § 125, stk. 3, i tilfælde af at de to licensindehavere godtgjorde et behov herfor. Således som reglerne var på daværende tidspunkt, var de berettigede til at forvente dette.

67 Med hensyn til bestemmelserne i artikel 82 EF sammenholdt med artikel 86 EF, har den østrigske regering anført, at tildelingen af yderligere frekvenser i henhold til TKG's § 125, stk. 3, blev vedtaget ud fra objektive kriterier, som er bestemt af

mobiloperatørernes handelsmæssige funktion og efterspørgslen på mobilkommunikationstjenester. Under disse omstændigheder kunne muligheden for at tildele yderligere frekvenser til en offentlig virksomhed ikke i sig selv udgøre en overtrædelse af bestemmelserne i artikel 86 EF sammenholdt med artikel 82 EF (jf. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 91).

68 Vedrørende artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2 har den østrigske regering anført, at udtrykket »effektiv konkurrence«, som anvendes i disse bestemmelser, skal fortolkes i lyset af Domstolens praksis vedrørende artikel 82 EF, og har i denne forbindelse særligt henvist til præmis 38 i dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen. Ud fra de tal den østrigske regering har til rådighed, finder den imidlertid ikke, at nogen af de virksomheder, der findes på det østrigske marked for mobilkommunikationstjenester, i væsentlig grad kan handle uafhængigt af sine konkurrenter, hvorfor tilstedeværelsen af en effektiv konkurrence, som svarer til kravene i fællesskabsretten, efter regeringens opfattelse er sikret.

69 TKG's § 125, stk. 3, har i øvrigt til formål at beskytte nytilkomne operatørers investeringer, således som det kræves i ottende betragtning til direktiv 96/2.

70 Endelig har den østrigske regering vedrørende artikel 9, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13 bemærket, at Connect Austria har betalt 2,3 mia. ATS for frekvensblokke på 2 × 22,5 MHz, mens Mobilkom har betalt 4 mia. ATS for frekvensblokke på 2 × 8 MHz.

Domstolens bemærkninger

71 Indledningsvis skal det erindres for så vidt angår fortolkningen af TKG's § 125, stk. 3, at det ikke tilkommer Domstolen at udtale sig om fortolkningen af nationale bestemmelser, men at den i henhold til kompetencefordelingen mellem Domstolen og de nationale retter skal tage hensyn til de faktiske omstændigheder og de retsregler, som ifølge forelæggelseskendelsen er baggrunden for det præjudicielle spørgsmål (jf. dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 10).

Fortolkningen af artikel 82 EF og artikel 86, stk. 1, EF

72 Det bemærkes, at det følger af artikel 86, stk. 1, EF, at medlemsstaterne for så vidt angår offentlige virksomheder eller virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med EF-traktatens bestemmelser, navnlig de i artikel 82 EF nævnte.

73 Artikel 82 EF forbyder misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.

74 I denne forbindelse skal det for det første bemærkes, at det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Mobilkom er en offentlig virksomhed, som har en dominerende stilling på markedet for digitale mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900-standarden.

75 I denne sammenhæng skal det, selv om det tilkommer den forelæggende ret at afgrænse det relevante tjenesteydelsesmarked, ikke desto mindre fremhæves, at det fremgår af Domstolens praksis, at betingelsen for, at markedet kan anses for at være tilstrækkeligt homogent og adskilt fra andre markeder, er, at tjenesteydelsen kan individualiseres ved særlige kendetegn, som adskiller den så meget fra andre tjenesteydelser, at forbrugeren kun i ringe omfang anser den for substituerbar med disse, og at den kun i lidet mærkbart omfang udsættes for konkurrence fra dem (jf. i denne retning dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 11 og 12, og af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803, præmis 40). I denne forbindelse skal der ikke blot tages hensyn til de omhandlede tjenesteydelsers objektive egenskaber, men ligeledes til konkurrencevilkårene og til efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked (jf. dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 37).

76 Det påhviler således i denne sag den forelæggende ret at undersøge:

— om der foreligger tre adskilte markeder, dvs. et marked for analoge mobilkommunikationstjenester, et marked for digitale mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900-standarden og et marked for digitale mobilkommunikationstjenester baseret på DCS 1800-standarden, eller

— om der foreligger to adskilte markeder, dvs. et marked for analoge mobilkommunikationstjenester og et marked for digitale mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900- og DCS 1800-standarderne, eller

— om der alene foreligger et enkelt marked, dvs. et marked for mobilkommunikationstjenester, som omfatter såvel analoge mobilkommunikationstjenester som digitale mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900- og DCS 1800-standarderne.

77 Med dette formål for øje må den forelæggende ret navnlig undersøge, om digitale mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900-standarden og digitale mobilkommunikationstjenester baseret på DCS 1800-standarden set ud fra et forbrugersynspunkt er substituerbare, og i forbindelse hermed undersøge, hvorvidt der er Dual-Band-mobiltelefoner til rådighed, der fungerer inden for begge frekvensbånd. Den skal ligeledes undersøge, hvilket omfang markedet for analoge mobilkommunikationstjenester har, og om der, især på lokalt plan i storbyerne, er konkurrence mellem de tre systemer.

78 Det skal bemærkes, at selv om den forelæggende ret har fastslået, at det relevante tjenesteydelsesmarked er markedet for samtlige mobilkommunikationstjenester, fremgår det af sagens akter, at Mobilkom ligeledes indtager en dominerende stilling på dette marked.

79 Da Mobilkoms dominerende stilling omfatter en medlemsstats område, kan den udgøre en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet i strid med artikel 82 EF (jf. i denne retning dom af 17.5.2001, sag C-340/99, TNT Traco, Sml. I, s. 4109, præmis 43).

80 Det skal for det andet bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at en medlemsstat tilsidesætter forbuddene i artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, når den ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser skaber en situation, hvor en offentlig virksomhed eller en virksomhed, som den har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, nødvendigvis kommer til at misbruge sin dominerende stilling (jf. i denne retning bl.a. dom af 13.12.1991, sag C-18/88, GB-INNO-BM, Sml. I, s. 5941, præmis 20, af 17.7.1997, sag C-242/95, GT-Link, Sml. I, s. 4449, præmis 33 og 34, og af 25.6.1998, sag C-203/96, Dusseldorp m.fl., Sml. I, s. 4075, præmis 61).

81 En praksis, der følges af en virksomhed med en dominerende stilling, og hvorved virksomheden søger at styrke denne stilling gennem en fordrejning af konkurrencen, udgør et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF (jf. i denne retning dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 90, og dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, præmis 73).

82 Dette gælder ligeledes, når den adfærd, som en virksomhed med en dominerende stilling udviser på et givet marked, har til formål gennem en fordrejning af konkurrencen at udvide denne stilling til et beslægtet, men selvstændigt marked.

83 Det fremgår af Domstolens praksis, at et marked uden konkurrencefordrejning, som omhandlet i traktaten, forudsætter, at de forskellige erhvervsdrivende er sikret lige muligheder (jf. dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, præmis 51, og GB-INNO-BM-dommen, præmis 25).

84 Hvis de erhvervsdrivende ikke har lige muligheder, og konkurrencen dermed er fordrejet, og dette skyldes en statslig foranstaltning, udgør en sådan foranstaltning en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF.

85 I denne forbindelse bemærkes, at den omstændighed i hovedsagen, at en ny operatør på det omhandlede marked, dvs. den tredje nationale operatør inden for sektoren for mobilkommunikationstjenester, skal betale en afgift for tildeling af en DCS 1800-licens, mens den første nationale operatør, en offentlig virksomhed, som indtager en dominerende stilling, får tildelt yderligere frekvenser inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden, uden at skulle betale en særskilt afgift herfor, kan udgøre en konkurrencefordel, som giver den sidstnævnte operatør mulighed for enten at udvide sin dominerende stilling til markedet for digitale mobilkommunikationstjenester baseret på DCS 1800-stan-

darden, eller at styrke sin dominerende stilling på markedet for digitale mobilkommunikationstjenester eller på markedet for mobilkommunikationstjenester, alt efter afgrænsningen af det relevante tjenesteydelsesmarked, gennem en konkurrencefordrejning, og kan dermed tilsidesætte artikel 82 EF.

86 Mobilkom, der er en offentlig virksomhed med en dominerende stilling og, som Connect Austria med rette har fremhævet, et tidligere monopol, der allerede nyder godt af en række fordele, som f.eks. sin tilstedeværelse på markedet for analoge mobilkommunikationstjenester og digitale mobiltelekommunikationstjenester baseret på GSM 900-standarden samt en betydelig eksisterende kundekreds, kan — takket være den økonomiske byrde, som den af Mobilkoms konkurrenter, der har opnået en DCS 1800-licens, dvs. Connect Austria, er blevet pålagt — befinde sig i en situation, hvor virksomheden bl.a. kan blive foranlediget til at tilbyde nedsatte takster, navnlig til de potentielle abonnenter på DCS 1800-systemer, og til at føre intensive reklamekampagner på sådanne betingelser, at Connect Austria kun vanskeligt vil kunne konkurrere med den.

87 En national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter der er adgang til at tildele yderligere frekvenser inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden, til en offentlig virksomhed med en dominerende stilling, uden at opkræve en særskilt afgift herfor, mens den nye operatør på det pågældende marked har måttet betale en afgift for DCS 1800-licensen, kan således foranledige den offentlige virksomhed med en dominerende stilling til at tilsidesætte artikel 82 EF ved at udvide eller styrke sin dominerende stilling, alt efter afgrænsningen af det relevante tjenesteydelsesmarked, gennem en konkurrencefordrejning. Eftersom konkurrencefordrejningen i et sådant tilfælde skyldes en statslig foranstaltning, som har skabt en situation, hvor de forskellige erhvervsdrivende ikke er sikret lige muligheder, kan denne foranstaltning udgøre en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF sammenholdt med artikel 82 EF.

88 Imidlertid fremgår det af forelæggelseskendelsen, at i den foreliggende sag har Mobilkom og max.mobil hver betalt 4 mia. ATS for licenser, hvorved de hver især er blevet tildelt frekvensblokke på 2 × 8 MHz inden for det frekvensområde,

som er reserveret GSM 900-standarden, mens Connect Austria har betalt en afgift på 2,3 mia. ATS for en licens, hvorved virksomheden er blevet tildelt frekvensblokke på 2 × 16,8 MHz, som skal sættes op til 2 × 22,5 MHz, når et mål på 300 000 kunder er nået, inden for det frekvensområde, som er reserveret DCS 1800-standarden.

89 I denne forbindelse skal det bemærkes, at en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede ikke er i strid med artikel 82 EF og artikel 86, stk. 1, EF, hvis tildelingen af yderligere frekvenser inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden, til den offentlige virksomhed med en dominerende stilling, uden at der opkræves en særskilt afgift herfor, må anses for at overholde kravet om, at de forskellige erhvervsdrivende skal sikres lige muligheder, og dermed anses for at sikre et marked uden konkurrencefordrejning, under hensyntagen til de afgifter, som pålægges de forskellige berørte erhvervsdrivende for deres respektive licenser.

90 Hvis den afgift for GSM 900-licensen, der er opkrævet hos den offentlige virksomhed med en dominerende stilling, og som uden yderligere betaling omfatter den senere tildeling af yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, i økonomisk henseende svarer til den afgift, der er pålagt den konkurrent, som er blevet tildelt DCS 1800-licensen, må en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede anses for at sikre lige muligheder mellem de forskellige erhvervsdrivende og dermed et marked uden konkurrencefordrejning.

91 Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om dette er tilfældet i hovedsagen.

92 I denne forbindelse skal det understreges, for det første, at eftersom fastsættelsen af afgiftsbeløbet forudsætter komplekse vurderinger af økonomisk art, kan det

ikke kræves af de nationale myndigheder, at de i den forbindelse skal overholde strenge kriterier, når de blot holder sig inden for de grænser, som fællesskabsretten har afstukket.

93 Det skal for det andet bemærkes, at den forelæggende ret i forbindelse med sin gennemgang af sagen skal undersøge den økonomiske værdi af de omhandlede licenser, idet den navnlig skal tage hensyn til størrelsen af de forskellige tildelte frekvensblokke, til det tidspunkt, hvor hver enkelt af de berørte operatører fik adgang til markedet, og til betydningen af at kunne tilbyde et komplet udbud af mobilkommunikationssystemer.

94 Hvad angår Connect Austrias argument om, at Mobilkom ikke har betalt afgift for sin licens til levering af analoge mobilkommunikationstjenester, tilkommer det den forelæggende ret at undersøge, om denne licens skal tages i betragtning i forbindelse med rettens efterprøvelse af, om de østrigske myndigheder har overholdt pligten til at sikre de forskellige erhvervsdrivende lige muligheder, navnlig under hensyntagen til, hvornår denne licens blev tildelt, til de bestemmelser, som var gældende på dette tidspunkt, til en eventuel driftsforpligtelse samt, i givet fald, til den økonomiske værdi af denne licens, især efter at mobilkommunikationssektoren er blevet åbnet for konkurrence.

95 Det følger heraf, at artikel 82 EF og artikel 86, stk. 1, EF principielt er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter der kan tildeles yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, til en offentlig virksomhed med en dominerende stilling, der allerede er indehaver af en GSM 900-licens, uden at der opkræves en særskilt afgift herfor, mens en ny operatør på det omhandlede marked har måttet betale en afgift for erhvervelse af en DCS 1800-licens. De nævnte bestemmelser er imidlertid ikke til hinder for en sådan national lovgivning, hvis den afgift for GSM 900-licensen, der er opkrævet hos den offentlige virksomhed med en dominerende stilling, og som uden yderligere betaling omfatter den senere tildeling af yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, i økonomisk henseende svarer til den afgift, der er pålagt den konkurrent, som er blevet tildelt DCS 1800-licensen.

Tilsidesættelse af artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2

96 Med hensyn til direktiv 96/2 bemærkes, at direktivet har til formål at indføre reguleringsmæssige rammer for at kunne udnytte mulighederne ved mobil- og personkommunikation og således snarest muligt afskaffe alle eksklusive og særlige rettigheder, fjerne såvel begrænsningerne i mobilnetoperatørernes frihed til at drive og udbygge deres net med henblik på at udøve de aktiviteter, deres licenser eller godkendelser giver tilladelse til, som konkurrencefordrejninger samt give operatørerne mulighed for at opnå kontrol med deres omkostningsgrundlag (jf. dom af 16.10.2001, forenede sager C-396/99 og C-397/99, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 7577, præmis 25).

97 I overensstemmelse med dette formål bestemmes det i artikel 2, stk. 1, i direktiv 96/2, at medlemsstaterne efter den 1. januar 1998 ikke må nægte at udstede licens til drift af mobilkommunikationssystemer efter DCS 1800-standarden (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 26).

98 Det fremgår af artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2, at medlemsstaterne kun må udvide eksisterende licenser til at omfatte digitale mobilkommunikationstjenester ved kombination af digitale mobilkommunikationssystemer inden for henholdsvis GSM 900- og DCS 1800-standarden, hvis denne udvidelse er begrundet i kravet om at sikre en effektiv konkurrence mellem de operatører, der konkurrerer på de relevante markeder.

99 I henhold til ottende betragtning til direktiv 96/2 bør medlemsstaterne ved indførelse af en procedure for tildeling af DCS 1800-licenser tage behørigt hensyn til behovet for at fremme nytilkomne operatørers investeringer. Medlemsstaterne bør kunne undlade at udstede licens til eksisterende operatører, f.eks. operatører af GSM 900-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 900- eller DCS 1800-operatører, hvis dette sker på vilkår, der sikrer en effektiv konkurrence.

100 I denne forbindelse bemærkes, at såfremt en eksisterende GSM 900-licens til en offentlig virksomhed med en dominerende stilling udvides med yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, uden at der opkræves en særskilt afgift herfor, mens en ny operatør på det omhandlede marked har måttet betale en afgift for erhvervelse af en DCS 1800-licens, og de lige muligheder mellem de forskellige erhvervsdrivende som følge heraf ikke længere er sikret, og konkurrencen dermed er fordrejet, kan denne udvidelse ikke betragtes som værende begrundet i henhold til bestemmelserne i artikel 2, stk. 4 i direktiv 96/2.

101 En national lovgivning som den i TKG's § 125, stk. 3, som tillader en sådan udvidelse, kan derfor risikere at være i strid med artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2.

102 Det er imidlertid fastslået i præmis 90, at hvis den afgift for GSM 900-licensen, der er opkrævet hos den offentlige virksomhed med en dominerende stilling, og som uden yderligere betaling omfatter den senere tildeling af yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, i økonomisk henseende svarer til den afgift, der er pålagt den konkurrent, som er blevet tildelt DCS 1800-licensen, må en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede anses for at sikre lige muligheder mellem de forskellige erhvervsdrivende og dermed et marked uden konkurrencefordrejning, og må derfor — ved at sikre en effektiv konkurrence mellem de operatører, der konkurrerer på de relevante markeder — anses for at være i overensstemmelse med artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2.

103 Det tilkommer den forelæggende ret under hensyntagen til Domstolens bemærkninger i nærværende doms præmis 92-94, at vurdere, om dette er tilfældet i hovedsagen.

104 I denne forbindelse bemærkes, at ifølge femtende betragtning til direktiv 96/2 bør eventuelle frekvensafgifter være proportionale og opkræves på basis af det antal kanaler, der reelt tildeles.

105 Det følger heraf, at artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2 principielt er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter der kan tildeles yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, til en offentlig virksomhed med en dominerende stilling, der allerede er indehaver af en GSM 900-licens, uden at der opkræves en særskilt afgift herfor, mens en ny operatør på det omhandlede marked har måttet betale en afgift for erhvervelse af en DCS 1800-licens. Den nævnte bestemmelse er imidlertid ikke til hinder for en sådan national lovgivning, hvis den afgift for GSM 900-licensen, der er opkrævet hos den offentlige virksomhed med en dominerende stilling, og som uden yderligere betaling omfatter den senere tildeling af yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, i økonomisk henseende svarer til den afgift, der er pålagt den konkurrent, som er blevet tildelt DCS 1800-licensen.

106 Imidlertid har Connect Austria ligeledes anført, at opretholdelse af en effektiv konkurrence i den forstand, hvori begrebet anvendes i direktiv 96/2, i hovedsagen alene vil kunne sikres ved helt at udelukke Mobilkom fra tildelingen af frekvenser i det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden.

107 I denne forbindelse bemærkes, at i henhold til TKG's § 125, stk. 3, første punktum, kan administrationen ikke tildele yderligere frekvenser inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden til operatører, der allerede er indehavere af en GSM 900-licens, før der er gået mindst tre år siden

tildelingen af DCS 1800-licensen i 1997, og alene af en størrelsesorden på maksimalt 5 MHz hver. En sådan bestemmelse tager behørigt hensyn til behovet for at fremme nytilkomne operatørers investeringer, således som det er fastsat i ottende betragtning til direktiv 96/2, samt til de overvejelser, der udtrykkes i første afsnit i femtende betragtning til direktivet, hvoraf det følger, at da radiofrekvenser er en afgørende flaskehalsressource, kan udviklingen af en effektiv konkurrence inden for telekommunikationssektoren være en objektiv begrundelse for at nægte at tildele frekvenser til operatører, der i forvejen har en dominerende stilling på et givet geografisk marked.

108 Imidlertid fremgår det af TKG's § 125, stk. 3, andet punktum, at når det godtgøres, at operatører, der allerede er indehavere af en GSM 900-licens, har udnyttet deres kundekapacitet fuldt ved anvendelse af alle økonomisk forsvarlige tekniske muligheder kan de tildeles yderligere frekvenser inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden.

109 I denne forbindelse bemærkes, at DCS 1800 er et digitalt mobilkommunikationssystem, der er baseret på den internationale GSM-standard, men som anvender et frekvensbånd omkring 1800 MHz i stedet for 900 MHz. Der er i princippet flere disponible frekvenser i DCS 1800-frekvensbåndet end i GSM 900-frekvensbåndet, hvilket gør det muligt at have flere abonnenter og have flere kommunikationer samtidig. Idet de højere frekvensers rækkevidde er mindre, er cellerne i hver DCS 1800-basisstation mindre end for GSM 900-systemet, hvilket kræver en større tæthed i basisstationerne og derfor et net med en større kapacitet.

110 På tidspunktet for vedtagelsen af § 20a, stk. 3, litra b), i Fernmeldegesetz 1993, hvis ordlyd ordret er gentaget i TKG's § 125, stk. 3, ville digitale mobilkommunikationsnet baseret på GSM 900-standarden imidlertid i flere medlemsstater risikere hurtigt at støde på kapacitetsproblemer i storbyerne på spidsbelastningstidspunkterne på grund af den hastige stigning i antallet af

abonnenter. Med Dual-Band-telefonerne, som kan omstille sig fra det ene system til det andet, kunne etableringen af DCS 1800-basisstationer i storbyerne ud over GSM 900-basisstationerne give GSM 900-operatørerne mulighed for at mindske de kapacitetsproblemer, der var en følge af stigningen i antallet af abonnenter.

111 I dette tilfælde findes en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, som for det første gør det muligt, når der er forløbet en periode på mindst tre år fra tildelingen af DCS 1800-licensen i 1997, at tildele begrænsede yderligere frekvensblokke inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden, til operatører, der allerede er indehavere af en GSM 900-licens, herunder en offentlig virksomhed med en dominerende stilling, og for det andet muliggør denne tildeling inden udløbet af den nævnte periode, når det godtgøres, at disse operatørers kapacitet til at betjene flere kunder er udnyttet fuldt ved anvendelse af alle økonomisk forsvarlige tekniske muligheder, at være begrundet i kravet om at sikre en effektiv konkurrence mellem de operatører, der konkurrerer på de relevante markeder, i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2.

112 Det følger heraf, at artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2 ikke er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, som gør det muligt, når der er forløbet en periode på mindst tre år fra tildelingen af DCS 1800-licensen i 1997, at tildele begrænsede yderligere frekvensblokke inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden, til operatører, der allerede er indehavere af en GSM 900-licens, herunder til en offentlig virksomhed med en dominerende stilling. Denne bestemmelse er heller ikke til hinder for en national lovgivning, som den i hovedsagen omhandlede, som muliggør denne tildeling inden udløbet af den nævnte periode, når det godtgøres, at disse operatørers kapacitet til at betjene flere kunder er udnyttet fuldt ved anvendelse af alle økonomisk forsvarlige tekniske muligheder.

Fortolkning af artikel 9, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13

113 Med hensyn til artikel 9, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13 har den forelæggende ret nærmere bestemt spurgt, hvorvidt det heri fastsatte forbud mod forskelsbehandling er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter der kan tildeles yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, til operatører, der allerede er indehavere af en GSM 900-licens, uden at der opkræves en særskilt afgift herfor, når indehaveren af en DCS 1800-licens blev pålagt en afgift ved tildelingen af licensen.

114 Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at i modsætning til hvad TCK har gjort gældende, fremstår artikel 9, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13 ud fra et indholdsmæssigt synspunkt som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, hvorfor der i henhold til fast retspraksis (jf. bl.a. dom af 19.1.1982, sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 25, og af 10.9.2002, sag C-141/00, Kügler, Sml. I, s. 6833, præmis 51) i mangel af rettidige gennemførelsesforanstaltninger, kan støttes ret på dem over for enhver national regel, der ikke er i overensstemmelse med direktivet, ligesom de kan påberåbes af private over for staten, for så vidt som de efter deres indhold tillægger private rettigheder i forhold til staten.

115 Det må endvidere fastslås, at ifølge fast retspraksis består en forskelsbehandling navnlig i en forskellig behandling af sammenlignelige tilfælde, som stiller visse erhvervsdrivende dårligere i forhold til andre, uden at denne forskellige behandling er tilstrækkeligt begrundet i objektive forskelle af en vis vægt (jf. bl.a. dom af 13.7.1962, forenede sager 17/61 og 20/61, Klöckner-Werke og Hoesch mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 331, org.ref.: Rec. s. 615,

på s. 652, og af 26.9.2002, sag C-351/98, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8031, præmis 57).

116 Uden at det er nødvendigt at besvare spørgsmålet om, hvorvidt artikel 9, stk. 2, i direktiv 97/13 alene finder anvendelse på tildelingen af licenser eller ligeledes på tildelingen af yderligere frekvenser, må det fastslås, at hvis den afgift, der er opkrævet hos de eksisterende operatører for deres GSM 900-licens, og som uden yderligere betaling omfatter den senere tildeling af yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, i økonomisk henseende svarer til den afgift, der er pålagt den operatør, som er blevet tildelt DCS 1800-licensen, vil en sådan tildeling ikke være forskellig behandling af sammenlignelige tilfælde.

117 Det tilkommer den forelæggende ret under hensyntagen til Domstolens bemærkninger i nærværende doms præmis 92-94 at vurdere, om dette er tilfældet i hovedsagen.

118 Det følger af det anførte, at forbuddet mod forskelsbehandling, der er fastsat i artikel 9, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13, ikke er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter der kan tildeles yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, til operatører, der allerede er indehavere af en GSM 900-licens, uden at der opkræves en særskilt afgift herfor, selv om en afgift blev pålagt den operatør, som blev tildelt en DCS 1800-licens, såfremt den afgift, der er opkrævet hos de eksisterende operatører for deres GSM 900-licens, og som uden yderligere betaling omfatter den senere tildeling af yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, i økonomisk henseende svarer til den afgift, der er pålagt den operatør, som er indehaver af DCS 1800-licensen.

Sagens omkostninger

119 De udgifter, der er afholdt af den østrigske og den svenske regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Verwaltungsgerichtshof ved kendelse af 24. november 1999, for ret:

1) Kravet om en fortolkning af national ret, der er i overensstemmelse med 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), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/51/EF af 6. oktober 1997, og kravet om en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder indebærer, at de nationale retter efterprøver, om de relevante bestemmelser i national ret giver borgerne en klageadgang hvad angår afgørelser truffet af den nationale tilsynsmyndighed, der opfylder kriterierne i artikel 5a, stk. 3, i direktiv 90/387, som ændret ved direktiv 97/51. Hvis en anvendelse af national ret i overensstemmelse med nævnte direktivs artikel 5a, stk. 3, ikke er mulig, er en national domstol, der opfylder disse krav, og som ville være kompetent til at behandle sager om afgørelser truffet af den nationale tilsynsmyndighed, hvis den ikke havde været hindret heri som følge af en bestemmelse i national ret, der udtrykkeligt

udelukker dens kompetence, såsom den i hovedsagen omhandlede bestemmelse, forpligtet til at undlade at anvende denne bestemmelse.

2) Artikel 82 EF og artikel 86, stk. 1, EF er principielt til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter der kan tildeles yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, til en offentlig virksomhed med en dominerende stilling, der allerede er indehaver af en licens til levering af digitale mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900-standarden, uden at der opkræves en særskilt afgift herfor, mens en ny operatør på det omhandlede marked har måttet betale en afgift for erhvervelse af en licens til levering af digitale mobilkommunikationstjenester baseret på DCS 1800-standarden. De nævnte bestemmelser er imidlertid ikke til hinder for en sådan national lovgivning, hvis den afgift for GSM 900-licensen, der er opkrævet hos den offentlige virksomhed med en dominerende stilling, og som uden yderligere betaling omfatter den senere tildeling af yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, i økonomisk henseende svarer til den afgift, der er pålagt den konkurrent, som er blevet tildelt DCS 1800-licensen.

3) Artikel 2, stk. 3 og 4, i Kommissionens direktiv 96/2/EF af 16. januar 1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår mobil- og personkommunikation er principielt til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter der kan tildeles yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, til en offentlig virksomhed med en dominerende stilling, der allerede er indehaver af en licens til levering af digitale mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900-standarden, uden at der opkræves en særskilt afgift herfor, mens en ny operatør på det omhandlede marked har måttet betale en afgift for erhvervelse af en licens til levering af digitale mobilkommunikationstjenester baseret på DCS 1800-standarden. Den nævnte bestemmelse er imidlertid ikke til hinder for en sådan national lovgivning, hvis den afgift for GSM 900-licensen, der er opkrævet hos den offentlige virksomhed med en dominerende stilling, og som uden yderligere betaling omfatter den senere

tildeling af yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, i økonomisk henseende svarer til den afgift, der er pålagt den konkurrent, som er blevet tildelt DCS 1800-licensen.

4) Artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 96/2 er ikke til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, som gør det muligt, når der er forløbet en periode på mindst tre år fra tildelingen af licensen til levering af digitale mobilkommunikationstjenester baseret på DCS 1800-standarden i 1997, at tildele begrænsede yderligere frekvensblokke inden for det frekvensområde, der er reserveret DCS 1800-standarden, til operatører, der allerede er indehavere af en licens til levering af digitale mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900-standarden, herunder til en offentlig virksomhed med en dominerende stilling. Denne bestemmelse er heller ikke til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, som muliggør denne tildeling inden udløbet af den nævnte periode, når det godtgøres, at disse operatørers kapacitet til at betjene flere kunder er udnyttet fuldt ved anvendelse af alle økonomisk forsvarlige tekniske muligheder.

5) Forbuddet mod forskelsbehandling, der er fastsat i artikel 9, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester, er ikke til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter der kan tildeles yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS 1800-standarden, til operatører, der allerede er indehavere af en licens til levering af digitale mobilkommunikationstjenester baseret på GSM 900-standarden, uden at der opkræves en særskilt afgift herfor, selv om en afgift blev pålagt den operatør, som blev tildelt en licens til levering af digitale mobilkommunikationstjenester baseret på DCS 1800-standarden, såfremt den afgift, der er opkrævet hos de eksisterende operatører for deres GSM 900-licens, og som uden yderligere betaling omfatter den senere tildeling af yderligere frekvenser inden for frekvensområder, som er reserveret DCS

1800-standarden, i økonomisk henseende svarer til den afgift, der er pålagt den operatør, som er indehaver af DCS 1800-licensen.

Edward La Pergola Jann

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. maj 2003.

R. Grass

Justitssekretær

M. Wathelet

Formand for Femte Afdeling