ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (πέμπτο τμήμα)

της 22ας Μαΐου 2003 *

Στην υπόθεση C-462/99,

που έχει ως αντικείμενο αίτηση του Verwaltungsgerichtshof (Αυστρία) προς το Δικαστήριο, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 234 ΕΚ, με την οποία ζητείται, στο πλαίσιο της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου μεταξύ

Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH

και

Telekom-Control-Kommission,

παρισταμένης της

Mobilkom Austria AG,

η έκδοση προδικαστικής αποφάσεως ως προς την ερμηνεία του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 28ης Ιουνίου 1990, για τη δημιουργία της εσωτερικής αγοράς στον τομέα των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών

* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

μέσω της εφαρμογής της παροχής ανοικτού δικτύου (ΕΕ L 192, σ. 1), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/51/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 6ης Οκτωβρίου 1997 (ΕΕ L 295, σ. 23), του άρθρου 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2/ΕΚ της Επιτροπής, της 16ης Ιανουαρίου 1996, για τροποποίηση της οδηγίας 90/388/ΕΟΚ όσον αφορά τις κινητές και προσωπικές επικοινωνίες (ΕΕ L 20, σ. 59), των άρθρων 9, παράγραφος 2, και 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 10ης Απριλίου 1997, σχετικά με κοινό πλαίσιο γενικών και ειδικών αδειών στον τομέα των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών (ΕΕ L 117, σ. 15), καθώς και των άρθρων 82 ΕΚ και 86, παράγραφος 1, ΕΚ,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (πέμπτο τμήμα),

συγκείμενο από τους D. A. O. Edward, προεδρεύοντα του πέμπτου τμήματος, A. La Pergola (εισηγητή) και P. Jann, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: L. A. Geelhoed
γραμματέας: H. A. Rühl, κύριος υπάλληλος διοικήσεως,

λαμβάνοντας υπόψη τις γραπτές παρατηρήσεις που κατέθεσαν:

— η Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, εκπροσωπούμενη από τον P. Hoffmann, Rechtsanwalt,

— η Telekom-Control-Kommission, εκπροσωπούμενη από τον πρόεδρό της, W. Schramm,

— η Mobilkom Austria AG, εκπροσωπούμενη από τον P. Lewisch, Rechtsanwalt,

— η Αυστριακή Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον H. Dossi,

— η Σουηδική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον A. Kruse,

— η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τον B. Doherty και την C. Schmidt,

έχοντας υπόψη την έκθεση ακροατηρίου,

αφού άκουσε τις προφορικές παρατηρήσεις της Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, εκπροσωπουμένης από τους A. Foglar-Deinhardstein, Rechtsanwalt, και P. Hoffmann, της Telekom-Control-Kommission, εκπροσωπουμένης από τον W. Schramm, της Mobilkom Austria AG, εκπροσωπουμένης από τον P. Lewisch, της Αυστριακής Κυβερνήσεως, εκπροσωπουμένης από τον T. Kramler, και της Επιτροπής, εκπροσωπουμένης από την C. Schmidt, κατά τη συνεδρίαση της 11ης Οκτωβρίου 2001,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 13ης Δεκεμβρίου 2001,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

1 Με διάταξη της 24ης Νοεμβρίου 1999, που περιήλθε στο Δικαστήριο στις 2 Δεκεμβρίου 1999, το Verwaltungsgerichthof υπέβαλε, βάσει του άρθρου 234 ΕΚ, δύο προδικαστικά ερωτήματα ως προς την ερμηνεία του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 28ης Ιουνίου 1990, για τη δημιουργία της εσωτερικής αγοράς στον τομέα των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών μέσω της εφαρμογής της παροχής ανοικτού δικτύου (ΕΕ L 192, σ. 1), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/51/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 6ης Οκτωβρίου 1997 (ΕΕ L 295, σ. 23, στο εξής: οδηγία 90/387), του άρθρου 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2/ΕΚ της Επιτροπής, της 16ης Ιανουαρίου 1996, για τροποποίηση της οδηγίας 90/388/ΕΟΚ όσον αφορά τις κινητές και προσωπικές επικοινωνίες (ΕΕ L 20, σ. 59), των άρθρων 9, παράγραφος 2, και 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 10ης Απριλίου 1997, σχετικά με κοινό πλαίσιο γενικών και ειδικών αδειών στον τομέα των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών (ΕΕ L 117, σ. 15), καθώς και των άρθρων 82 ΕΚ και 86, παράγραφος 1, ΕΚ.

2 Τα ερωτήματα αυτά ανέκυψαν στο πλαίσιο δίκης μεταξύ της Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (στο εξής: Connect Austria) και της Telekom-Control-Kommission (στο εξής: TCK) σχετικής με τη χορήγηση συμπληρωματικών συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 (DCS — Digital Cellular System) στη Mobilkom Austria AG (στο εξής: Mobilkom), η οποία κατέχει άδεια για παροχή υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου GSM 900 (GSM — Global System for Mobile Communication) χωρίς να απαιτηθεί η καταβολή ειδικού ποσού.

Το νομικό πλαίσιο

Η κοινοτική ρύθμιση

3 Η οδηγία 96/2 σκοπεί να εδραιώσει τον ελεύθερο ανταγωνισμό στην αγορά της κινητής και προσωπικής τηλεφωνίας.

4 Κατά την όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 96/2:

«Ορισμένα κράτη μέλη έχουν πρόσφατα χορηγήσει άδειες για την παροχή ψηφιακών κινητών υπηρεσιών ραδιοεπικοινωνίας οι οποίες χρησιμοποιούν τη ζώνη συχνοτήτων 1 700 έως 1 900 MHz, σύμφωνα με το πρότυπο DCS 1800. Στην ανακοίνωση της Επιτροπής της 23ης Νοεμβρίου 1994, καθορίζεται ότι το πρότυπο DCS 1800 θα πρέπει να θεωρείται ως μέρος της οικογένειας του προτύπου GSM. [...] [Τ]α κράτη μέλη τα οποία δεν έχουν ακόμη θεσπίσει διαδικασία χορήγησης παρόμοιων αδειών, πρέπει να το πράξουν εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος. Στο πλαίσιο αυτό, πρέπει να ληφθεί καταλλήλως υπόψη η ανάγκη προώθησης των επενδύσεων εκ μέρους των νεοεισερχόμενων στους εν λόγω κλάδους. Τα κράτη μέλη πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να απέχουν από τη χορήγηση άδειας σε υφιστάμενους φορείς, π.χ. σε φορείς του προτύπου GSM που είναι ήδη παρόντες στο έδαφός τους, εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι με τον τρόπο αυτό καταργείται ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός, ιδίως με την επέκταση δεσπόζουσας θέσης. Ειδικότερα, στην περίπτωση που ένα κράτος μέλος χορηγεί ή έχει χορηγήσει άδειες DCS 1800, η χορήγηση νέων ή πρόσθετων αδειών για υφιστάμενους φορείς GSM ή DCS 1800 μπορεί να γίνει μόνο υπό όρους που να εξασφαλίζουν αποτελεσματικό ανταγωνισμό.»

5 Η δέκατη πέμπτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 96/2 ορίζει ότι:

«Στους τομείς των κινητών και προσωπικών συστημάτων επικοινωνίας οι ραδιοσυχνότητες αποτελούν ουσιαστικούς, αλλά εν ανεπαρκεία, πόρους. [...] Η ανάπτυξη αποτελεσματικού ανταγωνισμού στον τομέα των τηλεπικοινωνιών μπορεί να αποτελεί αντικειμενική αιτία για άρνηση διάθεσης ραδιοσυχνοτήτων σε φορείς που ήδη κατέχουν δεσπόζουσα θέση στη γεωγραφική αγορά.

Τα κράτη μέλη πρέπει να μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες χορήγησης αδειών ραδιοσυχνοτήτων να μη δημιουργούν διακρίσεις και να βασίζονται σε αντικειμενικά κριτήρια. [...] Τα ενδεχόμενα [ειδικά ποσά] για τη χρήση συχνοτήτων θα πρέπει να είναι αναλογικά και να επιβάλλονται ανάλογα με τον αριθμό των διαύλων που πραγματικά χορηγούνται.»

6 Το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 96/2 ορίζει ότι: «τα κράτη μέλη δεν αρνούνται να χορηγήσουν άδειες για κινητά συστήματα που λειτουργούν σύμφωνα με το πρότυπο DCS 1800, το αργότερο μετά από την έκδοση απόφασης της ευρωπαϊκής επιτροπής ραδιοεπικοινωνιών σχετικά με την παραχώρηση συχνοτήτων στο πλαίσιο του προτύπου DCS 1800 και οπωσδήποτε πριν από την 1η Ιανουαρίου 1998».

7 Κατά το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2:

«3. Τα κράτη μέλη δεν περιορίζουν το συνδυασμό κινητών τεχνολογιών ή συστημάτων, ιδιαίτερα σε περίπτωση πολυπρότυπων συσκευών. Τα κράτη μέλη, όταν επεκτείνουν τις υφιστάμενες άδειες προκειμένου να καλύπτουν τέτοιους συνδυασμούς εξασφαλίζουν ότι η επέκταση αυτή δικαιολογείται σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 4.

4. Τα κράτη μέλη, κατόπιν αίτησης, λαμβάνουν μέτρα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου έχοντας υπόψη την απαίτηση να εξασφαλιστεί αποτελεσματικός ανταγωνισμός μεταξύ φορέων οι οποίοι λειτουργούν ανταγωνιστικά στις σχετικές αγορές.»

8 Η οδηγία 97/13 αφορά, σύμφωνα με το άρθρο της 1, παράγραφος 1, «τις διαδικασίες χορήγησης αδειών παροχής τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών και τους όρους που συνοδεύουν τις άδειες αυτές, περιλαμβανομένων των αδειών εγκατάστασης ή/και λειτουργίας των τηλεπικοινωνιακών δικτύων των απαιτούμενων για την παροχή των εν λόγω υπηρεσιών».

9 Το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 97/13 ορίζει την εθνική κανονιστική αρχή ως «[τον] ή [τους] φορείς — νομικώς διάφορους και λειτουργικώς ανεξάρτητους από τους τηλεπικοινωνιακούς οργανισμούς — στους οποίους κάθε κράτος μέλος αναθέτει την εκπόνηση και την εποπτεία τήρησης των όρων της άδειας».

10 Το άρθρο 9, παράγραφος 2, πρώτη περίπτωση, της οδηγίας 97/13 ορίζει ότι:

«Όταν ένα κράτος μέλος σκοπεύει να χορηγήσει ειδικές άδειες:

— τις χορηγεί μέσω ανοικτών, αμερόληπτων και διαφανών διαδικασιών και, για τον σκοπό αυτόν, όλοι οι αιτούντες υπόκεινται στις ίδιες διαδικασίες, εκτός εάν συντρέχει αντικειμενικός λόγος διαφοροποίησης.»

11 Σύμφωνα με το άρθρο 11 της οδηγίας 97/13:

«1. Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι τα τέλη που επιβάλλονται σε επιχειρήσεις ως μέρος των διαδικασιών χορήγησης αδειών αποσκοπούν αποκλειστικά στην κάλυψη των διοικητικών δαπανών που συνεπάγεται η έκδοση, διαχείριση, έλεγχος και εκτέλεση της εκάστοτε ειδικής αδείας. Τα τέλη των ειδικών αδειών είναι ανάλογα προς τις σχετικές εργασίες και δημοσιεύονται κατά ενδεδειγμένο και επαρκώς λεπτομερή τρόπο ώστε οι εν λόγω πληροφορίες να είναι ευχερώς προσιτές.

2. Παρά τις διατάξεις της παραγράφου 1, όταν χρησιμοποιούνται πόροι εν ανεπαρκεία, τα κράτη μέλη μπορούν να επιτρέψουν στις εθνικές κανονιστικές αρχές τους να επιβάλλουν πρόσθετα τέλη που αντανακλούν την ανάγκη βελτίστης χρήσης των πόρων αυτών 7 τα τέλη δεν εισάγουν διακρίσεις ενώ δι' αυτών λαμβάνεται ιδίως υπόψιν η ανάγκη παροχής κινήτρων ανάπτυξης καινοτόμων υπηρεσιών και του ανταγωνισμού.»

12 Κατά το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387:

«Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι, σε εθνικό επίπεδο, υπάρχουν κατάλληλοι μηχανισμοί βάσει των οποίων ένα μέρος που θίγεται από την απόφαση της εθνικής κανονιστικής αρχής έχει δικαίωμα να προσφεύγει σε φορέα ανεξάρτητο των εμπλεκομένων μερών.»

Η εθνική ρύθμιση

13 Το άρθρο 130, παράγραφος 1, στοιχείο a, του Bundes-Verfassungsgesetz (ομοσπονδιακού συνταγματικού νόμου, στο εξής: B-VG) ορίζει ότι «[τ]ο Verwaltungsgerichthof αποφαίνεται επί των προσφυγών με τις οποίες προσβάλλ[ε]ται [...] η νομιμότητα πράξεως των διοικητικών αρχών, συμπεριλαμβανομένων και των ανεξάρτητων διοικητικών τμημάτων».

14 Κατά το άρθρο 133 του B-VG:

«Δεν εμπίπτουν στην αρμοδιότητα του Verwaltungsgerichthof:

1. Οι υποθέσεις που εμπίπτουν στην αρμοδιότητα του Verfassungsgerichtshof·

2. *καταργήθηκε*

3. Οι υποθέσεις σχετικά με τα διπλώματα ευρεσιτεχνίας·

4. Οι υποθέσεις που κρίνονται τελεσιδίκως από συλλογική αρχή, αν, κατά τους νόμους της Ομοσπονδίας ή των ομόσπονδων κρατών περί οργανώσεως των αρχών αυτών, στα μέλη της περιλαμβάνεται τουλάχιστον ένας δικαστής, αν τα λοιπά μέλη δεν υπόκεινται σε έλεγχο κατά την άσκηση των καθηκόντων τους, αν οι αποφάσεις της εν λόγω αρχής δεν μπορούν να ακυρωθούν ή να τροποποιηθούν από ανώτερες

διοικητικές αρχές και αν, μολονότι όλες οι προϋποθέσεις αυτές συντρέχουν, δεν προβλέπεται ρητώς προσφυγή ενώπιον του Verwaltungsgerichthof.»

15 Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι, βάσει του άρθρου 49, παράγραφος 12, του Telekommunikationsgesetz (νόμου περί τηλεπικοινωνιών, BGBl. I, 1997/100, στο εξής: TKG), η κατανομή των συχνοτήτων για την δημιουργία δημοσίων υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας γίνεται μέσω αδειών, η χορήγηση των οποίων διέπεται από τη διαδικασία των άρθρων 22 επ. του νόμου αυτού. Το άρθρο 22, παράγραφος 1, του TKG προβλέπει ότι η άδεια παροχής υπηρεσιών κινητής ραδιοτηλεφωνίας χορηγείται από την εθνική κανονιστική αρχή στον αιτούντα που πληροί τις γενικές προϋποθέσεις και μπορεί να διασφαλίσει την αποτελεσματική χρησιμοποίηση των συχνοτήτων, πράγμα που προσδιορίζεται από το ύψος της προτεινομένης αποζημιώσεως για την εν λόγω χρήση. Κατά το άρθρο 22, παράγραφος 2, του TKG, η χορήγηση της αδείας γίνεται κατόπιν ανοικτής, δίκαιης και αμερόληπτης διαδικασίας, στηριζομένης σε δημόσια προκήρυξη υποβολής προσφορών.

16 Σύμφωνα με το άρθρο 20, παράγραφος 4, του TKG, η χορήγηση νέων συχνοτήτων σε αδειούχο για την ίδια υπηρεσία αποτελεί επέκταση της υπάρχουσας άδειας, πραγματοποιούμενη σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που ορίζει η άδεια αυτή. Ελλείψει συναφών στοιχείων στην άδεια, η ακολουθητέα διαδικασία είναι αυτή του άρθρου 22 του TKG.

17 Το άρθρο 125, παράγραφος 3, του TKG, το οποίο αποτελεί μεταβατική διάταξη με την οποία επαναλήφθηκε κατά λέξη η προστεθείσα, με ισχύ από 1ης Μαρτίου 1997, στον Fernmeldegesetz 1993 (νόμος του 1993 περί τηλεπικοινωνιών, όπως τροποποιημένη δημοσιεύθηκε στον BGBl. I 1997/44), διάταξη του άρθρου 20 bis, παράγραφος 3 ter, ορίζει ότι:

«Η διοίκηση μπορεί να χορηγήσει, εφόσον παρίσταται ανάγκη, σε ήδη αδειούχους άδεια παροχής αποκλειστικών υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας στον τομέα της ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας παρέχουσα πρόσθετες συχνότητες 5 MHz στον τομέα

συχνοτήτων DCS 1800, εφόσον έχουν παρέλθει τρία έτη από της ενάρξεως της ισχύος της αποφάσεως περί χορηγήσεως στον αιτούντα αδείας για το πρότυπο DCS 1800 για το έτος 1997. Προ της ημερομηνίας αυτής, πρόσθετες συχνότητες στο πρότυπο DCS 1800 μπορούν να χορηγηθούν προς ήδη αδειούχους μόνον εφόσον αποδειχθεί ότι, παρά την εκ μέρους τους χρησιμοποίηση όλων των οικονομικώς δυνατών τεχνικών μέσων, έχουν εξαντληθεί οι ικανότητές τους.»

Η διαφορά στην κυρία δίκη και τα προδικαστικά ερωτήματα

18 Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι, στην Αυστρία, με απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 1996, όπως τροποποιήθηκε με απόφαση της 23ης Ιουλίου 1997, χορηγήθηκε στη Mobilkom, εταιρία την πλειοψηφία των μετοχών κατέχει το Δημόσιο, άδεια στον τομέα του προτύπου GSM 900, σχετικά με φάσμα συχνοτήτων 2 x 8 MHz. Η εταιρία max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, πρώην Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (στο εξής: max-mobil), είναι κάτοχος παρόμοιας άδειας, που της χορηγήθηκε με απόφαση της 25ης Ιανουαρίου 1996, όπως τροποποιήθηκε με απόφαση της 23ης Ιουλίου 1997. Η εταιρία αυτή προσέφερε για την παροχή της αδείας ποσό ύψους 4 δισεκατομμυρίων αυστριακών σελινίων (ATS). Το ίδιο ποσό επιβλήθηκε στις 2 Ιουλίου 1996 και για την Post & Telekom Austria AG, την προκάτοχο της Mobilkom.

19 Στις 19 Αυγούστου 1997, κατόπιν δημοσίας προκηρύξεως υποβολής προσφορών, χορηγήθηκε στην Connect Austria η πρώτη άδεια για παροχή υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου DCS 1800 (στο εξής: άδεια DCS 1800) έναντι καταβολής 2,3 δισεκατομμυρίων ATS. Στην Connect Austria παραχωρήθηκε φάσμα συχνοτήτων 2 x 16,8 MHz, με δυνατότητα επεκτάσεως στα 2 x 22,5 MHz σε περίπτωση επιτεύξεως αριθμού πελατών 300 000 με την προοπτική ποσοστού καλύψεως 75 %.

20 Με απόφαση της 10ης Αυγούστου 1998, βάσει του άρθρου 125, παράγραφος 3, του TKG (στο εξής: προσβαλλόμενη διοικητική απόφαση), η TCK, δρώντας ως εθνική κανονιστική αρχή, παραχώρησε στη Mobilkom, υπό μορφή επεκτάσεως της αδείας της GSM 900, πρόσθετο φάσμα συχνοτήτων 2 x 5 MHz στη δέσμη συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800, ενόψει παροχής υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας, με τη χρήση μόνο σταθμών εδάφους εντός των ορίων του ομόσπονδου κράτους της Βιέννης.

21 Η Connect Austria προσέβαλε τη διοικητική αυτή απόφαση της TCK ενώπιον του Verfassungsgerichtshof. Με απόφαση της 24ης Φεβρουαρίου 1999, το Verfassungsgerichtshof απέρριψε την προσφυγή, διαπιστώνοντας ότι η επίδικη διοικητική απόφαση δεν έθιξε κανένα συνταγματικώς κατοχυρωμένο δικαίωμα της προσφεύγουσας εταιρίας ούτε τα δικαιώματά της διά της εφαρμογής ενός γενικού κανόνα αντιθέτου προς τη νομοθεσία.

22 Στο σκεπτικό του, το Verfassungsgerichtshof εκτίμησε, ωστόσο, ότι το περιεχόμενο του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 είναι, όσον αφορά το δικαίωμα προσφυγής κατά αποφάσεως εθνικής κανονιστικής αρχής, επαρκώς ακριβές, κατά την έννοια της πάγιας νομολογίας του ΔΕΚ (βλ. απόφαση της 19ης Νοεμβρίου 1991, C-6/90 και C-9/90, Francovich κ. λπ., Συλλογή 1991, σ. I-5357), ώστε να έχει απευθείας εφαρμογή, υπό την έννοια ότι πρέπει να υπάρχει δυνατότητα αποτελεσματικής προσφυγής ενώπιον ενός ανεξαρτήτου οργάνου. Το Verfassungsgerichtshof διαπίστωσε εν συνεχεία ότι, λαμβανομένης υπόψη της περιορισμένης αρμοδιότητάς του ελέγχου, η προσφυγή που ασκήθηκε ενώπιόν του δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις της διατάξεως αυτής, αλλά, ότι, αντιθέτως, ο έλεγχος της σύννομης δράσης της διοικήσεως, ο οποίος εμπίπτει στην αρμοδιότητα του Verwaltungsgerichthof, πληροί τις απαιτήσεις του κοινοτικού δικαίου. Επομένως, εντός του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 90/387, η υπεροχή του κοινοτικού δικαίου καθιστά μη εφαρμοστέα τη διάταξη 133, παράγραφος 4, του B-VG, η οποία αντίκειται στην αρμοδιότητα του Verwaltungsgerichthof να αποφαίνεται επί των προσφυγών κατά αποφάσεων της TCK.

23 Με διάταξη της 3ης Μαρτίου 1999, το Verfassungsgerichtshof παρέπεμψε την προσφυγή της Connect Austria κατά της επίδικης διοικητικής αποφάσεως στο Verwaltungsgerichthof.

24 Το Verwaltungsgerichthof επισημαίνει ότι το TKG ορίζει την TCK ως την εθνική κανονιστική αρχή ως προς, ιδίως, τη χορήγηση, την απόσυρση ή ανάκληση αδειών καθώς και την έγκριση μεταβιβάσεων και τροποποιήσεων αδειών. Διευκρινίζει ότι η TCK είναι ανεξάρτητο συλλογικό όργανο, αποφαινόμενο σε πρώτο και τελευταίο βαθμό και αποτελούμενο από τρία μέλη, ένα εκ των οποίων είναι δικαστής, τα οποία διορίζει η Ομοσπονδιακή Κυβέρνηση.

25 Κατά το Verwaltungsgerichthof, από το άρθρο 144, παράγραφος 1, του B-VG προκύπτει ότι οι αποφάσεις της TCK μπορούν να προσβληθούν ενώπιον του Verfassungsgerichtshof καθόσον ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εθίγη από την προσβολή δικαιώματος που του εγγυάται το Σύνταγμα, από την εφαρμογή μη σύννομης κανονιστικής διατάξεως, από αντισυνταγματικό νόμο ή από μη σύννομη διεθνή σύμβαση.

26 Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει επίσης ότι, βάσει του άρθρου 133, παράγραφος 4, του B-VG, οι προσφυγές κατά της ελλείψεως νομιμότητας των αποφάσεων της TCK που ασκούνται ενώπιον του Verwaltungsgerichthof δεν είναι παραδεκτές, διότι η εν λόγω διάταξη δεν προβλέπει ρητώς το παραδεκτό τους.

27 Στο πλαίσιο αυτό, το Verwaltungsgerichthof διερωτάται αν, λαμβανομένης υπόψη της αποφάσεως της 17ης Σεπτεμβρίου 1997, C-54/96, Dorsch Consult (Συλλογή 1997, σ. I-4961, σκέψεις 40 επ.) το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 έχει πρακτική αποτελεσματικότητα, οπότε το αιτούν δικαστήριο έπρεπε να αποκλείσει την εφαρμογή του άρθρου 133, παράγραφος 4, του B-VG και να κηρυχθεί αναρμόδιο να αποφανθεί επί της προσφυγής της Connect Austria κατά της επίδικης διοικητικής αποφάσεως.

28 Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο αυτό ερώτημα, το Verwaltungsgerichthof επισημαίνει ότι το άρθρο 125, παράγραφος 3, του TKG επιτρέπει, χωρίς να απαιτεί την καταβολή πρόσθετου ποσού, την παραχώρηση συμπληρωματικών συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 σε δημόσια επιχείρηση,

κατέχουσα δεσπόζουσα θέση στην αγορά υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου GSM 900. Αφενός, η ρύθμιση αυτή θα μπορούσε, ενισχύοντας επιπλέον την ήδη δεσπόζουσα θέση της δημόσιας επιχειρήσεως, να οδηγήσει σε στρέβλωση του ανταγωνισμού αντικείμενη στις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 82 ΕΚ και 86, παράγραφος 1, ΕΚ και του άρθρου 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2, εις βάρος του κατόχου αδείας DCS 1800. Αφετέρου, λαμβανομένης υπόψη της υποχρεώσεως του εν λόγω κατόχου να καταβάλει ειδικό ποσό για τη χρήση των συχνοτήτων DCS 1800, η εν λόγω ρύθμιση παραβιάζει ενδεχομένως την απαγόρευση των διακρίσεων που προβλέπουν τα άρθρα 9, παράγραφος 2, και 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13.

29 Υπό τις συνθήκες αυτές, το Verwaltungsgerichthof αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Έχει το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387/ΕΟΚ του Συμβουλίου, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/51/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, την έννοια ότι η διάταξη αυτή παράγει άμεσα αποτελέσματα, υπό την έννοια ότι, αποκλείοντας την εφαρμογή αντίθετης διατάξεως της εθνικής νομοθεσίας περί αρμοδιότητας, προσδιορίζει την αρμοδιότητα υφιστάμενου σε εθνικό επίπεδο "ανεξάρτητου οργάνου", όσον αφορά την εφαρμογή ενός "κατάλληλου μηχανισμού" αναφορικά με την προσφυγή του θιγομένου μέρους κατά αποφάσεως της εθνικής κανονιστικής αρχής;

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα:

Έχουν τα άρθρα 82 και 86, παράγραφος 1, ΕΚ, το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2/ΕΚ της Επιτροπής, καθώς και το άρθρο 9, παράγραφος 2 και το άρθρο 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, ή οι λοιπές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου την έννοια ότι απαγορεύουν εθνική κανονιστική ρύθμιση η οποία προβλέπει ότι

πρέπει να χορηγούνται, σε όσους έχουν ήδη άδεια παροχής αποκλειστικών τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας πριν από την πάροδο τριών ετών από της ενάρξεως ισχύος της αποφάσεως περί παροχής αδείας για πρότυπο DCS 1800 κατά το έτος 1997, συμπληρωματικές συχνότητες του προτύπου DCS 1800, στην περίπτωση που διαπιστώνεται ότι εξαντλήθηκε η ικανότητά τους, παρά τη χρησιμοποίηση όλων των οικονομικώς δυνατών τεχνικών μέσων, όταν οι συμπληρωματικές αυτές συχνότητες μπορούν να χορηγηθούν χωρίς να απαιτηθεί η καταβολή ειδικού ποσού ακόμα και προς δημόσια επιχείρηση η οποία κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά συχνοτήτων των 900 MHz;»

Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος

Παρατηρήσεις που κατατέθηκαν στο Δικαστήριο

30 Κατά την Connect Austria, σύμφωνα με την αρχή της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου έναντι του εθνικού δικαίου, είναι προφανές ότι δεν έχει εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 133, παράγραφος 4, του B-VG, με την οποία αποκλείεται η αρμοδιότητα του Verwaltungsgerichthof. Επομένως, το Verwaltungsgerichthof πρέπει να θεωρηθεί αρμόδιο για να αποφανθεί επί προσφυγών που ασκούνται κατά των αποφάσεων της TCK, υπό την προϋπόθεση ότι αυτό το ένδικο βοήθημα πληροί την απαίτηση υπάρξεως κατάλληλου μηχανισμού κατά την έννοια του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387.

31 Η Αυστριακή Κυβέρνηση, στηριζόμενη στις σκέψεις 25 επ. της προπαρατεθείσας αποφάσεως Francovich κ.λπ., ισχυρίζεται ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 δεν έχει άμεση εφαρμογή. Συγκεκριμένα, η διάταξη αυτή δεν είναι απαλλαγμένη όρων, καθόσον επιβάλλει στα κράτη μέλη να συστήσουν, σε εθνικό επίπεδο, κατάλληλους μηχανισμούς και τους αφήνει, ως εκ τούτου, περιθώριο εκτιμήσεως για τη διαρρύθμιση του εν λόγω μηχανισμού, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό του «ανεξάρτητου οργάνου».

32 Εν πάση περιπτώσει, κατά την Αυστριακή Κυβέρνηση, η δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής κατά των αποφάσεων της ΤΚΚ ενώπιον του Verwaltungsgerichthof, σύμφωνα με το άρθρο 144 του B-VG, πληροί ταυτόχρονα τις αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας της εννόμου προστασίας (βλ. απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 1995, C-312/93, Peterbroek, Συλλογή 1995, σ. I-4599, σκέψη 12, προπαρατεθείσα απόφαση Dorsch Consult, σκέψη 40, και απόφαση της 21ης Ιανουαρίου 1999, C-120/97, Upjohn, Συλλογή 1999, σ. I-223, σκέψη 32) και ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387.

33 Κατά τη Σουηδική Κυβέρνηση, το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 δεν ορίζει το όργανο που είναι αρμόδιο για να αποφαίνεται επί προσφυγών, αλλά προϋποθέτει ότι τα κράτη μέρη λαμβάνουν πρόσθετα μέτρα για να προσδιορίσουν τον αρμόδιο φορέα και τους εφαρμοστέους δικονομικούς κανόνες. Η διάταξη αυτή, επομένως, δεν έχει άμεση εφαρμογή. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Dorsch Consult) προκύπτει ότι το Δικαστήριο δεν έχει αρμοδιότητα να επεμβαίνει για να επιλύει ζητήματα αρμοδιότητας που μπορούν να ανακύψουν στην οργάνωση των εθνικών δικαστηρίων από την υλοποίηση ατομικών δικαιωμάτων που απορρέουν από την κοινοτική έννομη τάξη.

34 Η Επιτροπή διατείνεται ότι το περιεχόμενο του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 ομοιάζει με το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε από την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1). Συγκεκριμένα, αμφότερες οι εν λόγω διατάξεις επιβάλλουν στα κράτη μέλη τη δημιουργία οργάνων ανεξάρτητων από τις αρχές που έχουν αποφασιστική αρμοδιότητα, ενώπιον των οποίων μπορούν να προσφεύγουν τα θιγόμενα μέρη προκειμένου να ελεγχθούν οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι εν λόγω αρχές. Επομένως, η Επιτροπή προτείνει στο Δικαστήριο να στηριχθεί στη νομολογία τη σχετική με τις διαδικασίες προσφυγής στον τομέα της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Dorsch Consult και τις αποφάσεις της 24ης Σεπτεμβρίου 1998, C-76/97, Tögel, Συλλογή 1998, σ. I-5357, και C-111/97, EvoBus Austria, Συλλογή 1998, σ. I-5411) για να δώσει απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα.

Εκτίμηση του Δικαστηρίου

35 Συναφώς, επιβάλλεται η υπενθύμιση, αφενός, ότι, κατά πάγια νομολογία, στην έννομη τάξη κάθε κράτους μέλους εναπόκειται να προσδιορίσει το δικαστήριο που είναι αρμόδιο να αποφαίνεται επί διαφορών στο πλαίσιο των οποίων διακυβεύονται ατομικά δικαιώματα απορρέοντα από την κοινοτική έννομη τάξη, υπό την προϋπόθεση, πάντως, ότι τα κράτη μέλη έχουν σε κάθε περίπτωση την ευθύνη της διασφαλίσεως αποτελεσματικής προστασίας των δικαιωμάτων αυτών. Με την επιφύλαξη αυτή, δεν απόκειται στο Δικαστήριο να επεμβαίνει για να επιλύει ζητήματα αρμοδιότητας που μπορούν να ανακύψουν στην οργάνωση των εθνικών δικαστηρίων από τον νομικό χαρακτηρισμό ορισμένων εννόμων καταστάσεων που στηρίζονται στο κοινοτικό δίκαιο (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 9ης Ιουλίου 1985, 179/84, Bozzetti, Συλλογή 1985, σ. 2301, σκέψη 17, και της 4ης Μαρτίου 1999, C-258/97, HI, Συλλογή 1999, σ. I-1405, σκέψη 22).

36 Αφετέρου, επιβάλλεται η επισήμανση ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387, μολονότι επιβάλλει στα κράτη μέλη να διασφαλίζουν ότι, σε εθνικό επίπεδο, υπάρχουν κατάλληλοι μηχανισμοί βάσει των οποίων ο θιγόμενος από την απόφαση της εθνικής κανονιστικής αρχής έχει δικαίωμα να προσφεύγει σε όργανο ανεξάρτητο των εμπλεκομένων μερών, δεν προσδιορίζει ποιο είναι το αρμόδιο όργανο κάθε κράτους μέλους, που είναι αρμόδιο να αποφαίνεται επί των προσφυγών αυτών.

37 Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, κατά την ημερομηνία που το Verfassungsgerichtshof παρέπεμψε την προσφυγή της Connect Austria στο Verwaltungsgerichthof, ήτοι στις 3 Μαρτίου 1999, το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 δεν είχε μεταφερθεί στο αυστριακό δίκαιο. Συγκεκριμένα, όπως διαπίστωσε ορθώς το Verfassungsgerichtshof και αντιθέτως προς όσα διατείνεται η Αυστριακή Κυβέρνηση, δικαίωμα προσφυγής όπως το ενώπιον του Verfassungsgerichtshof, περιοριζόμενο στις περιπτώσεις που ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εθίγη από την προσβολή δικαιώματος συνταγματικώς κατοχυρωμένου, από την εφαρμογή μη σύννομης κανονιστικής διατάξεως ή από αντισυνταγματικό νόμο ή από μη σύννομη διεθνή σύμβαση, δεν αποτελεί κατάλληλο μηχανισμό υπό την έννοια του άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387, και, ως εκ τούτου, δεν ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις του εν λόγω άρθρου.

38 Υπό τις περιστάσεις αυτές, πρέπει να υπομνηστεί ότι, κατά πάγια νομολογία, η υποχρέωση των κρατών μελών, η οποία απορρέει από οδηγία, να επιτύχουν το αποτέλεσμα που αυτή επιδιώκει, καθώς και το καθήκον που έχουν δυνάμει του άρθρου 10 ΕΚ να λαμβάνουν κάθε γενικό ή ειδικό μέτρο κατάλληλο να εξασφαλίσει την εκπλήρωση της υποχρεώσεως αυτής, επιβάλλεται σε όλες τις αρχές των κρατών μελών, συμπεριλαμβανομένων των δικαστηρίων στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων τους. Επομένως, εφαρμόζοντας το εθνικό δίκαιο, είτε πρόκειται για προγενέστερες είτε για μεταγενέστερες της οδηγίας διατάξεις, ένα εθνικό δικαστήριο, που καλείται να το ερμηνεύσει, οφείλει να πράξει τούτο κατά το μέτρο του δυνατού υπό το φως του κειμένου και του σκοπού της οδηγίας, ώστε να επιτευχθεί το αποτέλεσμα που αυτή επιδιώκει, συμμορφούμενο έτσι προς το άρθρο 249, τρίτο εδάφιο, ΕΚ (βλ. απόφαση της 14ης Ιουλίου 1994, C-91/92, Faccini Dori, Συλλογή 1994, σ. I-3325, σκέψη 26, προαναφερθείσες αποφάσεις EvoBus Austria, σκέψη 18, και HI, σκέψη 25, και απόφαση της 26ης Σεπτεμβρίου 2000, C-262/97, Engelbrecht, Συλλογή 2000, σ. I-7321, σκέψεις 38 και 39).

39 Η υποχρέωση αυτή επιβάλλει στο εθνικό δικαστήριο να ελέγχει την ύπαρξη κατάλληλων μηχανισμών στο εθνικό δίκαιο που επιτρέπουν να αναγνωρίζεται στους ιδιώτες δικαίωμα προσφυγής κατά των αποφάσεων της εθνικής κανονιστικής αρχής. Υπό περιστάσεις όπως αυτές της διαφοράς της κυρίας δίκης, το εθνικό δικαστήριο υποχρεούται, ειδικότερα, να διερευνά αν το εν λόγω δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής μπορεί να ασκείται ενώπιον ακριβώς της αρχής που είναι καταρχήν αρμόδια για τον έλεγχο των πράξεων της δημόσιας διοικήσεως (βλ., υπ' αυτή την έννοια, την προπαρατεθείσα απόφαση EvoBus Austria, σκέψη 19).

40 Αν δεν είναι δυνατή η εφαρμογή του εθνικού δικαίου σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387, το εθνικό δικαστήριο έχει υποχρέωση να εφαρμόσει στο ακέραιο το κοινοτικό δίκαιο και να προστατεύσει τα δικαιώματα που το κοινοτικό δίκαιο χορηγεί στους ιδιώτες, αφήνοντας εν ανάγκη ανεφάρμοστη κάθε διάταξη στο μέτρο που η εφαρμογή της, υπό τις συνθήκες της συγκεκριμένης υποθέσεως, θα οδηγούσε σε αποτέλεσμα αντίθετο προς την εν λόγω οδηγία (βλ., με το αυτό πνεύμα, προπαρατεθείσα απόφαση Engelbrecht, σκέψη 40).

41 Επομένως, ένα εθνικό δικαστήριο, πληρούν τις προϋποθέσεις του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387, το οποίο είναι αρμόδιο να αποφαίνεται επί προσφυγών κατά των αποφάσεων της εθνικής κανονιστικής αρχής, εφόσον δεν προσκρούει σε διάταξη εθνικού δικαίου αποκλείουσα ρητώς την αρμοδιότητά του, όπως το άρθρο 133, παράγραφος 4, του B-VG, υποχρεούται να μην εφαρμόσει την εν λόγω διάταξη.

42 Συνεπώς, στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα επιβάλλεται να δοθεί η απάντηση ότι οι απαιτήσεις ερμηνείας του εθνικού δικαίου σύμφωνα προς την οδηγία 90/387 και αποτελεσματικής προστασίας των δικαιωμάτων των πολιτών επιβάλλουν στο εθνικό δικαστήριο την υποχρέωση να ελέγχει αν οι κρίσιμες διατάξεις του εθνικού δικαίου επιτρέπουν να αναγνωριστεί στους πολίτες δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής κατά των αποφάσεων της εθνικής κανονιστικής αρχής, το οποίο να πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387. Αν δεν είναι δυνατή η εφαρμογή του εθνικού δικαίου σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387, το εθνικό δικαστήριο, το οποίο πληροί τις εν λόγω προϋποθέσεις και το οποίο θα ήταν αρμόδιο να εκδικάζει προσφυγές κατά των αποφάσεων της εθνικής κανονιστικής αρχής, εφόσον δεν προσέκρουε σε διάταξη εθνικού δικαίου αποκλείουσα ρητώς την αρμοδιότητά του, όπως η επίδικη στην παρούσα υπόθεση, υποχρεούται να αφήσει την εν λόγω διάταξη ανεφάρμοστη.

Επί του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος

Παρατηρήσεις που υποβλήθηκαν στο Δικαστήριο

43 Η Connect Austria ισχυρίζεται ότι η Mobilkom είναι δημόσια επιχείρηση κατά την έννοια του άρθρου 86, παράγραφος 1, ΕΚ, η οποία απολαμβάνει αποκλειστικών δικαιωμάτων κατά την έννοια της ίδιας διατάξεως, καθόσον είναι η μοναδική επιχείρηση που δύναται να εκμεταλλεύεται δίκτυο αναλογικών κινητών τηλεπικοινω-

νιών, το «δίκτυο D». Για την εν λόγω άδεια, η οποία ισχύει έως τις 31 Δεκεμβρίου 2007 και παρέχει δικαίωμα χρησιμοποιήσεως ενός φάσματος συχνοτήτων 2 x 11 MHz, η Mobilkom δεν κατέβαλε πρόσθετο ποσό, γεγονός που δικαιολογεί επικαλούμενη υποχρέωση εκμεταλλεύσεως.

44 Λόγω του σημαντικού τμήματος της αγοράς, περίπου 70 %, που αυτή κατέχει, η Mobilkom κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αυστριακή αγορά GSM, οπότε εμπίπτει στη διάταξη του άρθρου 82 ΕΚ.

45 Η Connect Austria ισχυρίζεται ότι, υπό τις συνθήκες αυτές, η δωρεάν παραχώρηση συχνοτήτων DCS 1800 στη Mobilkom, η οποία της επιτρέπει να διατηρεί και να ενισχύσει τη δεσπόζουσα θέση της, αντίκειται προς τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 82 ΕΚ και 86 ΕΚ. Συγκεκριμένα, με την παραχώρηση αυτή, η Mobilkom είναι η μόνη επιχείρηση που μπορεί να προσφέρει την πλήρη κλίμακα των τεχνικώς διαθέσιμων υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας (αναλογικές και ψηφιακές, στηριζόμενες αντιστοίχως στο πρότυπο GSM 900 και στο πρότυπο DCS 1800). Τα πολλά ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα που η Mobilkom απολαμβάνει ήδη λόγω του μονοπωλίου που κατείχε επί πολλά έτη, καθώς και η δεσπόζουσα θέση στην αγορά που κατέχει επίσης από πολλά έτη και την οποία εξακολουθεί να διατηρεί, ενισχύονται σημαντικά. Το αποτέλεσμα αυτό μπορεί να αντισταθμιστεί μόνο με την υποχρέωση καταβολής ποσού για την απόκτηση συμπληρωματικών συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800.

46 Από τις δύο αποφάσεις της Επιτροπής, 95/489/ΕΚ, της 4ης Οκτωβρίου 1995, που αφορά τους όρους που έχουν επιβληθεί στο δεύτερο φορέα εκμετάλλευσης ραδιοτηλεφωνίας GSM στην Ιταλία (ΕΕ L 280, σ. 49), και 97/181/ΕΚ, της 18ης Δεκεμβρίου 1996, που αφορά τους όρους που έχουν επιβληθεί στον δεύτερο φορέα εκμετάλλευσης ραδιοτηλεφωνίας GSM στην Ισπανία (ΕΕ 1997, L 76, σ. 19), προκύπτει σαφώς ότι το γεγονός της μονομερούς επιβολής ειδικού ποσού στους νεοεισερχομένους στις αγορές GSM στην Ιταλία και στην Ισπανία επέτρεψε στις παλαιές δημόσιες επιχειρήσεις τηλεφωνίας, οι οποίες απολάμβαναν μονοπωλίου, να ενισχύσουν τη δεσπόζουσα θέση τους στις εν λόγω αγορές κατά παράβαση των άρθρων 82, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο β', ΕΚ και 86 ΕΚ. Η συλλογιστική αυτή είναι επίσης εφαρμοστέα στη διαφορά της κυρίας δίκης.

47 Η προνομιακή μεταχείριση της Mobilkom απορρέει από νομοθετική πράξη, ήτοι το άρθρο 125, παράγραφος 3, του TKG, όπως το ερμηνεύει η TCK.

48 Ως προς το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2, η εν λόγω διάταξη, υπό το πρίσμα της όγδοης αιτιολογικής σκέψεως της ίδιας οδηγίας, προβλέπει ρητώς τη δυνατότητα αποκλεισμού των επιχειρήσεων που κατέχουν ήδη άδεια GSM 900 από την παραχώρηση αδειών DCS 1800, ιδίως στην περίπτωση ενισχύσεως της δεσπόζουσας θέσεως. Κατά την Connect Austria, στη διαφορά της κυρίας δίκης, η διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού κατά την οδηγία 96/2 μπορεί να διασφαλιστεί μόνο μέσω του αποκλεισμού της Mobilkom από την τεχνολογία DCS 1800 ή, τουλάχιστον, μέσω της καταβολής ενός ποσού για τη χρήση των συχνοτήτων DCS 1800. Συναφώς, η Connect Austria προβάλλει το κόστος των επενδύσεων ύψους πολλών δισεκατομμυρίων ATS, στις οποίες προέβη από τα μέσα του 1997.

49 Ως προς την οδηγία 97/13, η Connect Austria ισχυρίζεται ότι η ερμηνεία του άρθρου 125, παράγραφος 3, του TKG, η οποία απαλλάσσει την Mobilkom και την max.mobil από την υποχρέωση καταβολής ειδικού ποσού για τη χρησιμοποίηση συμπληρωματικών συχνοτήτων, ενώ υποχρεώνει τους λοιπούς υποψηφίους να ακολουθήσουν τη διαδικασία των άρθρων 22 επ. του TKG, οδηγεί σε άνιση μεταχείριση των υποψηφίων, υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 2, της εν λόγω οδηγίας.

50 Η TCK υποστηρίζει ότι από την αιτιολογική έκθεση του σχεδίου νόμου για το άρθρο 20 bis, παράγραφος 3, στοιχείο b, του Fernmeldegesetz 1993 προκύπτει ότι η διάταξη του άρθρου 125, παράγραφος 3, του TKG σκοπεί να συμβάλει στη διασφάλιση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην αγορά υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, λαμβάνοντας υπόψη ιδίως τα άρθρα 82 ΕΚ και 86 ΕΚ, καθώς και τις οδηγίες 90/338/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 29ης Ιουνίου 1990, σχετικά με τον ανταγωνισμό στις αγορές των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών (ΕΕ L 192, σ. 10), και 96/2.

51 Η ανάγκη υπάρξεως μεταβατικής διατάξεως όπως του άρθρου 125, παράγραφος 3, του TKG, προβλέπουσας ιδιαίτερα μέτρα για τις επιχειρήσεις που είναι ήδη κάτοιχοι άδειας GSM 900 ως προς την παραχώρηση συχνοτήτων, απορρέει από την τροποποίηση της διαδικασίας για τη χορήγηση των αδειών. Συγκεκριμένα, η Mobilkom και η max.mobil απέκτησαν την άδειά τους σε περίοδο που, κατά γενικό κανόνα, η χορήγηση συμπληρωματικών συχνοτήτων δεν προϋπέθετε διαδικασία υποβολής προσφορών ούτε την καταβολή ποσού για τη χρησιμοποίηση των συχνοτήτων αυτών.

52 Η μεταβατική αυτή διάταξη εγγυάται ταυτόχρονα σε αυτόν του οποίου ευδοκίμησε η προσφορά για την χορήγηση άδειας DCS 1800, που χορηγήθηκε το 1997, την ασφάλεια πρόβλεψης και μια περίοδο κατά την οποία ο ευδοκιμήσας προστατεύεται από τον ανταγωνισμό, στοιχεία που ο Αυστριακός νομοθέτης θεώρησε απαραίτητα ώστε να μην μπορούν οι επιχειρήσεις που κατείχαν ήδη άδεια GSM 900 να «κλείσουν» την είσοδο στην αγορά της νέας επιχειρήσεως χάρη στα αρχικά τους πλεονεκτήματα που απορρέουν από ήδη ανεπτυγμένο δίκτυο και, ως εκ τούτου, να στρεβλώσουν τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, προσφέροντας, και αυτές, υπηρεσίες ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου DCS 1800.

53 Εντούτοις, οι επιχειρήσεις που έχουν άδεια GSM 900 θα πρέπει να μπορούν να προσφέρουν τις υπηρεσίες αυτές, εφόσον έχει εξαντληθεί η ικανότητα του δικτύου GSM 900 που διέθεταν, ώστε η δυνατότητά τους, να αυξήσουν τον αριθμό των συνδρομητών τους, να μην προσκρούσει σε αξεπέραστους τεχνικούς και οικονομικούς περιορισμούς.

54 Συγκεκριμένα, το άρθρο 125, παράγραφος 3, του TKG δεν σκοπεί να σταματήσει την επέκταση της εμπορικής δραστηριότητας, αλλά να διασφαλίσει την αποτελεσματική χρησιμοποίηση των συχνοτήτων.

55 Η TCK διατείνεται, ως προς την εφαρμογή των συνδυασμένων διατάξεων των άρθρων 82 ΕΚ και 86 ΕΚ, ότι οι συχνότητες του φάσματος συχνοτήτων του προ-

τύπου DCS 1800 δεν επιτρέπουν την προσφορά υπηρεσιών που δεν μπορούν να προσφερθούν εξίσου από τις συχνότητες του φάσματος συχνοτήτων του προτύπου GSM 900, δεδομένου ότι τα ίδια τεχνικά πρότυπα εκμεταλλεύονται τα δύο αυτά φάσματα συχνοτήτων. Επομένως, η παραχώρηση συμπληρωματικών συχνοτήτων στη Mobilkom δεν αποτελεί ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ της εν λόγω εταιρίας.

56 Αντιθέτως, υπό τις περιστάσεις της διαφοράς της κυρίας δίκης, η άρνηση παραχωρήσεως των συμπληρωματικών συχνοτήτων στη Mobilkom θα συνεπαγόταν περιορισμό του ανταγωνισμού στην αγορά υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, δεδομένου ότι, στην περίπτωση αυτή, μόνο δύο επιχειρήσεις, η max.mobil και η Connect Austria, θα μπορούσαν να μετέχουν ουσιαστικά του ανταγωνισμού, ενώ η Mobilkom δεν θα μπορούσε, για τεχνικούς λόγους, να παράσχει υπηρεσίες ισοδυνάμου ποιότητας.

57 Εξάλλου, η TCK φρονεί ότι η παραχώρηση συμπληρωματικών συχνοτήτων σύμφωνα προς το άρθρο 125, παράγραφος 3, του TKG, άνευ της υποχρεώσεως καταβολής επιπλέον ειδικού ποσού, δεν δημιουργεί κανένα πρόβλημα από πλευράς δικαίου του ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα, επιβάλλεται να εκτιμηθούν, συνολικά, τα ποσά που καταβλήθηκαν για τη χορήγηση άδειας ή για τη χρησιμοποίηση συχνοτήτων, καθώς και ο αριθμός των χορηγηθεισών συχνοτήτων και η χρονική στιγμή εισόδου στην αγορά.

58 Η Mobilkom και η max.mobil κατέβαλαν έκαστη από 4 δισεκατομμύρια ATS για να τους χορηγηθούν συχνότητες στα 2 x 8 MHz εντός του φάσματος συχνοτήτων του προτύπου GSM 900. Η Connect Austria κατέβαλε ποσό ύψους 2,3 δισεκατομμυρίων ATS για τη χορήγηση συχνοτήτων 2 x 16,8 MHz, ικανές να αυξηθούν μεταγενέστερα στα 2 x 22,5 MHz άνευ καταβολής επιπλέον ποσού. Η TCK έκανε άλλωστε δεκτό, στις 3 Απριλίου 2000, αντίστοιχο αίτημα. Η Connect Austria, επομένως, κατέβαλε ποσό πολύ χαμηλότερο από αυτό που κατέβαλαν οι ανταγωνιστές της και, για την τιμή αυτή, της χορηγήθηκαν πολύ καλύτερες συχνότητες.

59 Ως προς το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2, η TCK ισχυρίζεται ότι από τις προπαρατεθείσες παρατηρήσεις προκύπτει ότι, κατά την έκδοση της επίδικης αποφάσεως, έλαβε υπόψη της τις απαιτήσεις του δικαίου ανταγωνισμού.

60 Ως προς τις διατάξεις των άρθρων 9, παράγραφος 2, και 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13, η TCK διατείνεται ότι δεν έχουν πρακτική αποτελεσματικότητα, δεδομένου ότι αφήνουν στα κράτη μέλη ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως, καθόσον τους αφήνουν την επιλογή να επιβάλλουν ή όχι την υποχρέωση καταβολής ειδικού ποσού.

61 Ως προς τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 82 ΕΚ και 86 ΕΚ, η Mobilkom διατείνεται, αφενός, ότι είναι μία επιχείρηση μεταξύ άλλων στον τομέα της παροχής υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, διότι δεν έχει αποκλειστικά ή ειδικά δικαιώματα. Αφετέρου, η χορήγηση σ' αυτή συμπληρωματικών συχνοτήτων δεν αποτελεί επέκταση της δεσπόζουσας θέσεως σε συγγενή αγορά, διότι τα δύο συστήματα ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας, των συστημάτων GSM 900 και DCS 1800, εμπίπτουν στην ίδια αγορά προϊόντων και μπορούν να εναλλάσσονται υπό την έννοια της τεχνικής ικανότητας και των χαρακτηριστικών του προϊόντος.

62 Ως προς την οδηγία 96/2, η Mobilkom ισχυρίζεται ότι η χορήγηση συμπληρωματικών συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 σε κατόχους αδείας GSM 900 σε περίπτωση εξαντλήσεως της ικανότητας των κατόχων αυτών, για να τους επιτραπεί να συμμετέχουν στον ανταγωνισμό, δεν θίγει τον ανταγωνισμό, αλλά τον ευνοεί. Αντιθέτως, ο ανταγωνισμός θα εθίγετο αν χορηγούνταν στην Connect Austria το μονοπώλιο των υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου DCS 1800.

63 Ως προς την οδηγία 97/13, η Mobilkom επισημαίνει ότι στηρίζεται στην αρχή ότι οι κατανομές των συχνοτήτων λαμβάνουν χώρα άνευ ανταλλάγματος και ότι επιτρέπει την επιβολή ανταλλαγμάτων μόνο σε ορισμένες ειδικές περιπτώσεις. Το άρθρο 11

της οδηγίας 97/13 επιβάλλει στα κράτη μέλη περιορισμούς ως προς την επιβολή ανταλλαγμάτων, αλλά ουδόλως τα υποχρεώνει να το απαιτούν. Το άρθρο 9 της ίδιας οδηγίας δεν επιτρέπει διαφορετικό συμπέρασμα, διότι η εν λόγω διάταξη ρυθμίζει τη διαδικασία χορηγήσεως ατομικών αδειών και όχι την κατανομή συμπληρωματικών συχνοτήτων.

64 Τέλος, η Mobilkom επισημαίνει ότι, ως προς την ίδια και την max.mobil, η Connect Austria απέκτησε σημαντικότερο φάσμα συχνοτήτων έναντι πολύ ευνοϊκότερης τιμής. Η δωρεάν χορήγηση συμπληρωματικών συχνοτήτων στη Mobilkom και στη max.mobil ήταν απολύτως απαραίτητη για να αντισταθμιστεί, έστω μερικώς, το εν λόγω πλεονέκτημα.

65 Η Αυστριακή Κυβέρνηση επισημαίνει ότι το άρθρο 125, παράγραφος 3, του TKG θεσπίστηκε για να δώσει στον κάτοχο της πρώτης άδειας DCS 1800 που χορηγήθηκε στην Αυστρία, ο οποίος είναι ταυτόχρονα και ο τρίτος κάτοχος άδειας στον τομέα των υπηρεσιών της κινητής τηλεφωνίας, τη δυνατότητα να ανατρέψει τα ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα των δύο ανταγωνιστών του, οι οποίοι είχαν εισδύσει στην αγορά πριν απ' αυτόν.

66 Εξάλλου, κατά την Αυστριακή Κυβέρνηση, το ειδικό ποσό που καταβλήθηκε αρχικώς από τους δύο πρώτους κατόχους άδειας στον τομέα των υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας προσδιορίστηκε λαμβάνοντας υπόψη την πιθανή μεταγενέστερη δωρεάν κατανομή συμπληρωματικών συχνοτήτων βάσει του άρθρου 125, παράγραφος 3, του TKG σε περίπτωση που οι δύο αδειούχοι το έκριναν αναγκαίο. Λαμβανομένης υπόψη της νομικής καταστάσεως την εποχή εκείνη, μπορούσαν θεμιτώς να το αναμένουν.

67 Ως προς τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 82 ΕΚ και 86 ΕΚ, η Αυστριακή Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η κατανομή συμπληρωματικών συχνοτήτων βάσει του άρθρου 125, παράγραφος 3, του TKG αποφασίστηκε βάσει αντικειμενικών κριτη-

ρίων, που αποτελούν συνάρτηση της εμπορικής επιτυχίας του παρέχοντος υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας και της ζητήσεως παροχής υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας. Υπό τις συνθήκες αυτές, η δυνατότητα να χορηγηθούν συμπληρωματικές συχνότητες σε δημόσια υπηρεσία δεν μπορεί να αποτελέσει, από μόνη της, παράβαση των συνδυασμένων διατάξεων των άρθρων 86 ΕΚ και 82 ΕΚ (βλ. απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, 85/76, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1979/Ι, σ. 215, σκέψη 91).

68 Ως προς το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2, η Αυστριακή Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η έννοια του «αποτελεσματικού ανταγωνισμού» περί του οποίου αυτό κάνει λόγο πρέπει να ερμηνευθεί υπό το φως της νομολογίας του Δικαστηρίου σχετικά με το άρθρο 82 ΕΚ και αναφέρεται συναφώς στη σκέψη 38 της προπαρατεθείσας αποφάσεως Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής. Λαμβανομένων υπόψη, όμως, των στοιχείων που διαθέτει, η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονεί ότι καμία από τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην αγορά υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας στην Αυστρία δεν είναι αρκούντως αυτόνομη σε σχέση με τους ανταγωνιστές της, οπότε η ύπαρξη αποτελεσματικού ανταγωνισμού που να ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις του κοινοτικού δικαίου είναι, κατ' αυτήν, εξασφαλισμένη.

69 Εξάλλου, το άρθρο 125, παράγραφος 3, του TKG σκοπεί να προστατεύσει τις επενδύσεις των νεοεισερχομένων, όπως απαιτεί η όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 96/2.

70 Τέλος, ως προς τα άρθρα 9, παράγραφος 2, και 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13, η Αυστριακή Κυβέρνηση παρατηρεί ότι η Connect Austria κατέβαλε 2,3 δισεκατομμύρια ATS για φάσμα συχνοτήτων 2 x 22,5 MHz, ενώ η Mobilkom κατέβαλε 4 δισεκατομμύρια ATS για φάσμα συχνοτήτων 2 x 8 MHz.

Εκτίμηση του Δικαστηρίου

71 Προεισαγωγικώς, ως προς την ερμηνεία του άρθρου 125, παράγραφος 3, του TKG, επιβάλλεται η υπόμνηση ότι δεν απόκειται στο Δικαστήριο να αποφαίνεται επί της ερμηνείας εθνικών διατάξεων, αλλά να λαμβάνει υπόψη, στο πλαίσιο της κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ των κοινοτικών και των εθνικών δικαστηρίων, το πραγματικό και νομοθετικό πλαίσιο εντός του οποίου εντάσσεται το προδικαστικό ερώτημα, όπως το εξειδικεύει η απόφαση περί παραπομπής (βλ. απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 2001, C-475/99, Ambulanz Glöckner, Συλλογή 2001, σ. I-8089, σκέψη 10).

Επί της ερμηνείας των άρθρων 82 ΕΚ και 86, παράγραφος 1, ΕΚ

72 Επιβάλλεται να υπομνηστεί ότι, βάσει του άρθρου 86, παράγραφος 1, ΕΚ, τα κράτη μέλη δεν θεσπίζουν ούτε διατηρούν μέτρα αντίθετα προς τους κανόνες της Συνθήκης ΕΚ, ιδίως προς το άρθρο 82, ως προς τις δημόσιες επιχειρήσεις και τις επιχειρήσεις στις οποίες χορηγούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα.

73 Το άρθρο 82 ΕΚ απαγορεύει την καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσεως στην κοινή αγορά ή σε σημαντικό τμήμα της, εφόσον η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευση μπορεί να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών.

74 Συναφώς, επιβάλλεται, πρώτον, η διαπίστωση ότι από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι η Mobilkom είναι δημόσια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση στην αγορά των υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου GSM 900.

75 Στο πλαίσιο αυτό, καίτοι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να προσδιορίσει την οικεία αγορά υπηρεσιών, επιβάλλεται εντούτοις η υπενθύμιση ότι από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, για να θεωρείται η αγορά ως επαρκώς ομοιογενής και διακρινόμενη από τις άλλες αγορές, η υπηρεσία πρέπει να μπορεί να εξατομικεύεται λόγω των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της που να τη διαφοροποιούν από τις άλλες υπηρεσίες έτσι ώστε, ως προς τον καταναλωτή, να καθιστούν δύσκολη την υποκατάστασή της από άλλες και ανεπαίσθητο τον ανταγωνισμό τους (βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 14ης Φεβρουαρίου 1978, 27/76, United Brands κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 75, σκέψεις 11 και 12, και της 11ης Απριλίου 1989, 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen και Silver Line Reisebüro, Συλλογή 1989, σ. 803, σκέψη 40). Συναφώς, πρέπει να ληφθούν υπόψη τα αντικειμενικά χαρακτηριστικά των οικείων υπηρεσιών, αλλά και οι όροι του ανταγωνισμού και η διάρθρωση της ζητήσεως και της προσφοράς στην αγορά (βλ. απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983, 322/81, Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, σ. 3461, σκέψη 37).

76 Επομένως, εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει εν προκειμένω:

— αν υπάρχουν τρεις ιδιαίτερες αγορές, ήτοι αυτή των υπηρεσιών αναλογικής κινητής τηλεφωνίας, αυτή των υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου GSM 900 και αυτή των υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου DCS 1800, ή

— αν υπάρχουν δύο ιδιαίτερες αγορές, ήτοι αυτή των υπηρεσιών αναλογικής κινητής τηλεφωνίας και αυτή των υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας των προτύπων GSM 900 και DCS 1800, ή

— αν υπάρχει μία μόνον αγορά, ήτοι αυτή των υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, περιλαμβανομένων των υπηρεσιών αναλογικής κινητής τηλεφωνίας και των υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας των προτύπων GSM 900 και DCS 1800.

77 Για τον σκοπό αυτό, το αιτούν δικαστήριο πρέπει να ερευνήσει ιδίως αν, από την πλευρά των καταναλωτών, οι υπηρεσίες ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου GSM 900 και οι υπηρεσίες ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου DCS 1800 μπορούν να αλληλοϋποκαθίστανται και, στο πλαίσιο της εν λόγω έρευνας, να διακριβωθεί η διαθεσιμότητα των διφασματικών κινητών τηλεφώνων, ικανών να λειτουργούν σε αμφότερα τα φάσματα συχνοτήτων. Πρέπει επίσης να ερευνήσει ποια είναι η σημασία της νέας αγοράς υπηρεσιών αναλογικής κινητής τηλεφωνίας και αν, ειδικότερα σε τοπικό επίπεδο στις μεγάλες πόλεις, υπάρχει ανταγωνισμός μεταξύ των τριών συστημάτων.

78 Επιβάλλεται η επισήμανση ότι, αν το αιτούν δικαστήριο διαπιστώσει ότι η οικεία αγορά υπηρεσιών είναι αυτή του συνόλου των υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτει ότι η Mobilkom κατέχει επίσης δεσπόζουσα θέση στην εν λόγω αγορά.

79 Δεδομένου ότι η δεσπόζουσα θέση της Mobilkom εκτείνεται στο έδαφος ενός κράτους μέλους, μπορεί να αποτελεί δεσπόζουσα θέση σε ουσιαστικό τμήμα της κοινής αγοράς, κατά παράβαση του άρθρου 82 ΕΚ (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 17ης Μαΐου 2001, C-340/99, TNT Traco, Συλλογή 2001, σ. I-4109, σκέψη 43).

80 Επιβάλλεται η υπόμνηση, δεύτερον, ότι, κατά πάγια νομολογία, ένα κράτος μέλος παραβιάζει τις απαγορεύσεις που επιβάλλει το άρθρο 86, παράγραφος 1, ΕΚ σε συνδυασμό με το άρθρο 82, όταν λαμβάνει νομοθετικό, κανονιστικό ή διοικητικό μέτρο που δημιουργεί κατάσταση αναγκάζουσα την επιχείρηση στην οποία έχουν χορηγηθεί ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα να προβεί σε καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσεώς της (βλ., σχετικώς, μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 13 Δεκεμβρίου 1991, C-18/88, GB-Inno-BM, Συλλογή 1991, σ. I-5941, σκέψη 20, της 17ης Ιουλίου 1997, C-242/95, GT-Link, Συλλογή 1997, σ. I-4449, σκέψεις 33 και 34, και της 25ης Ιουνίου 1998, C-203/96, Dusseldorp κ.λπ., Συλλογή 1998, σ. I-4075, σκέψη 61).

81 Πάντως, ορισμένες πρακτικές μιας επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση, οι οποίες τείνουν να ενισχύσουν την εν λόγω θέση στρεβλώνοντας τον ανταγωνισμό, αποτελούν καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσεως κατά το άρθρο 82 ΕΚ (βλ., υπό την έννοια αυτή, τις προαναφερθείσες αποφάσεις Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, σκέψη 90, και Michelin κατά Επιτροπής, σκέψη 73).

82 Το ίδιο ισχύει, όταν η συμπεριφορά επιχειρήσεως κατέχουσας δεσπόζουσα θέση σε δεδομένη αγορά τείνει να επεκτείνει, στρεβλώνοντας τον ανταγωνισμό, την εν λόγω θέση σε γειτονική αλλά χωριστή αγορά.

83 Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι καθεστώς ανόθευτου ανταγωνισμού, όπως το προβλεπόμενο από τη Συνθήκη, μπορεί να επιτευχθεί μόνον εφόσον εξασφαλίζεται η ισότητα ευκαιριών μεταξύ των διαφόρων επιχειρηματιών (βλ. απόφαση της 19ης Μαρτίου 1991, υπόθεση C-202/88, Γαλλία κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σ. I-1223, σκέψη 51, και προπαρατεθείσα απόφαση GB-Inno-BM, σκέψη 25).

84 Αν η ανισότητα ευκαιριών μεταξύ επιχειρηματιών και, συνεπώς, η στρέβλωση του ανταγωνισμού αποτελούν συνέπεια κρατικού μέτρου, το μέτρο αυτό αποτελεί παράβαση του άρθρου 86, παράγραφος 1, ΕΚ, σε συνδυασμό με το άρθρο 82 ΕΚ.

85 Συναφώς, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το γεγονός ότι, στη διαφορά της κυρίας δίκης, ένας νεοεισερχόμενος στην οικεία αγορά, ήτοι η τρίτη εθνική επιχείρηση στον τομέα των υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, πρέπει να καταβάλει ειδικό ποσό για να του χορηγηθεί η άδεια DCS 1800, ενώ η πρώτη εθνική, δημόσια, επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση αποκτά συμπληρωματικές συχνότητες στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 άνευ καταβολής ειδικού ποσού, μπορεί να αποτελέσει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα επιτρέπον στη δημόσια επιχείρηση είτε να επεκτείνει τη δεσπόζουσα θέση της στην αγορά των υπηρεσιών ψηφιακής κινητής

τηλεφωνίας του προτύπου DCS 1800 είτε να ενισχύσει τη δεσπόζουσα θέση της στην αγορά υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, ανάλογα με τον προσδιορισμό της οικείας αγοράς υπηρεσιών, στρεβλώνοντας τον ανταγωνισμό και, επομένως, αντιβαίνει προς το άρθρο 82 ΕΚ.

86 Συγκεκριμένα, λόγω της οικονομικής επιβαρύνσεως που επιβλήθηκε στον ανταγωνιστή της που απέκτησε την άδεια DCS 1800, ήτοι στην Connect Austria, η Mobilkom, δημόσια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση και, όπως ορθώς επισημαίνει η Connect Austria, παλαιό μονοπώλιο που απολαμβάνει ήδη ορισμένων πλεονεκτημάτων, όπως η παρουσία στις αγορές υπηρεσιών αναλογικής κινητής τηλεφωνίας και ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας του προτύπου GSM 900 καθώς και σημαντικού αριθμού υπαρχόντων πελατών, μπορεί να προσφέρει μειωμένα τιμολόγια, ειδικά στους πιθανούς συνδρομητές του προτύπου DCS 1800, και να οργανώσει εντατικές διαφημιστικές εκστρατείες υπό συνθήκες που καθιστούν δύσκολο τον ανταγωνισμό από την Connect Austria.

87 Έτσι, εθνική ρύθμιση όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει την παραχώρηση, άνευ ειδικού ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 προς δημόσια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση, ενώ νεοεισερχόμενη στην οικεία αγορά επιχείρηση πρέπει να καταβάλει ειδικό ποσό για να της χορηγηθεί άδεια DCS 1800, μπορεί να οδηγήσει την κατέχουσα δεσπόζουσα θέση δημόσια επιχείρηση να παραβιάσει τις διατάξεις του άρθρου 82 ΕΚ, επεκτείνοντας ή ενισχύοντας τη δεσπόζουσα θέση της, ανάλογα με τον προσδιορισμό της οικείας αγοράς, στρεβλώνοντας τον ανταγωνισμό. Δεδομένου ότι, στην περίπτωση αυτή, ο νοθευμένος ανταγωνισμός αποτελεί συνέπεια κρατικού μέτρου το οποίο δημιουργεί μια κατάσταση μη διασφαλίζουσα την ισότητα ευκαιριών μεταξύ των διαφόρων ενδιαφερομένων επιχειρήσεων, το μέτρο αυτό μπορεί να αποτελεί παράβαση του άρθρου 86, παράγραφος 1, ΕΚ, σε συνδυασμό με το άρθρο 82 ΕΚ.

88 Εντούτοις, από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι, στη διαφορά της κυρίας δίκης, η Mobilkom και η max.mobil κατέβαλαν εκάστη 4 δισεκατομμύρια ATS για άδειες που χορηγούσαν στην καθεμία απ' αυτές φάσμα συχνοτήτων 2 x 8 MHz στο

φάσμα συχνοτήτων του προτύπου GSM 900, ενώ η Connect Austria κατέβαλε 2,3 δισεκατομμύρια ATS για άδεια που της παραχωρεί φάσμα συχνοτήτων 2 x 16,8 MHz και ένα πρόσθετο φάσμα συχνοτήτων 2 x 22,5 MHz, σε περίπτωση επιτεύξεως αριθμού πελατών 300 000, στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800.

89 Συναφώς, επιβάλλεται η επισήμανση ότι εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στην κυρία δίκη, δεν είναι αντίθετη προς τα άρθρα 82 ΕΚ και 86, παράγραφος 1, ΕΚ, αν, λαμβανομένων υπόψη των ειδικών ποσών που πρέπει να καταβάλουν οι διάφορες ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις για τις αντίστοιχες άδειες, η παραχώρηση, άνευ υποχρεώσεως καταβολής ειδικού ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 προς κατέχουσα δεσπόζουσα θέση δημόσια επιχείρηση πρέπει να θεωρηθεί ότι πληροί την προϋπόθεση της διασφαλίσεως της ισότητας ευκαιριών μεταξύ των διαφόρων επιχειρήσεων και, ως εκ τούτου, ότι διασφαλίζει ανόθευτο ανταγωνισμό.

90 Συγκεκριμένα, αν το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση δημόσια επιχείρηση για να της χορηγηθεί η άδεια GSM 900, συμπεριλαμβανομένης της μεταγενέστερης παραχωρήσεως, άνευ καταβολής προσθέτου ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 φαίνεται να ισοδυναμεί, σε οικονομικούς όρους, προς το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει ανταγωνιστική επιχείρηση στην οποία χορηγήθηκε άδεια DCS 1800, εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στην κυρία δίκη, πρέπει να θεωρηθεί ότι διασφαλίζει την ισότητα ευκαιριών μεταξύ των διαφόρων επιχειρήσεων και, συνεπώς, εγγυάται τον ανόθευτο ανταγωνισμό.

91 Στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να επαληθεύσει αν αυτό συντρέχει στη διαφορά της κυρίας δίκης.

92 Συναφώς, επιβάλλεται να υπογραμμιστεί, αφενός, ότι, δεδομένου ότι ο καθορισμός του ύψους του ειδικού ποσού συνεπάγεται πολύπλοκες εκτιμήσεις οικονομικής

φύσεως, δεν μπορεί να επιβληθεί στις εθνικές αρχές η τήρηση αυστηρών κριτηρίων, εφόσον αυτές κινούνται εντός των ορίων που θέτει το κοινοτικό δίκαιο.

93 Αφετέρου, στο πλαίσιο της έρευνάς του, το αιτούν δικαστήριο πρέπει να επαληθεύσει την οικονομική αξία των οικείων αδειών λαμβάνοντας υπόψη, ιδίως, τη σημασία των διαφόρων παραχωρηθέντων φασμάτων συχνοτήτων, τη στιγμή της εισόδου στην αγορά της κάθε επιχειρήσεως και τη σημασία να μπορούν να υποβάλουν πλήρη προσφορά συστημάτων κινητής τηλεφωνίας.

94 Ως προς το επιχείρημα που η Connect Austria αντλεί από το ότι η Mobilkom δεν κατέβαλε ειδικό ποσό για την άδεια παροχής υπηρεσιών αναλογικής κινητής τηλεφωνίας, εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να επαληθεύσει αν η εν λόγω άδεια μπορεί να ληφθεί υπόψη στο πλαίσιο του ελέγχου του αν οι αυστριακές αρχές τήρησαν την υποχρέωση διασφαλίσεως της ισότητας ευκαιριών για τις διάφορες επιχειρήσεις, λαμβανομένης υπόψη της ημερομηνίας χορηγήσεως της αδείας, την τότε ισχύουσα ρύθμιση, την πιθανή υποχρέωση εκμεταλλεύσεως και, κατά περίπτωση, την οικονομική αξία της εν λόγω άδειας, ιδίως αφότου ο τομέας της κινητής τηλεφωνίας άνοιξε στον ανταγωνισμό.

95 Επομένως, τα άρθρα 82 ΕΚ και 86, παράγραφος 1, ΕΚ απαγορεύουν, καταρχήν, εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει την παραχώρηση, άνευ ειδικού ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 προς κατέχουσα δεσπόζουσα θέση δημόσια επιχείρηση, η οποία είναι ήδη κάτοχος αδείας GSM 900, ενώ επιβάλλει σε νεοεισερχόμενη στην οικεία αγορά επιχείρηση την καταβολή ειδικού ποσού για να της χορηγήσει άδεια DCS 1800. Εντούτοις, οι εν λόγω διατάξεις δεν απαγορεύουν την εθνική αυτή ρύθμιση, αν το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση δημόσια επιχείρηση για να της χορηγηθεί η άδεια GSM 900, συμπεριλαμβανομένης της μεταγενέστερης παραχωρήσεως, άνευ καταβολής προσθέτου ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 φαίνεται να ισοδυναμεί, σε οικονομικούς όρους, προς το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει ανταγωνιστική επιχείρηση στην οποία χορηγήθηκε άδεια DCS 1800.

Επί της παραβάσεως του άρθρου 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2

96 Ως προς την οδηγία 96/2, πρέπει να υπενθυμιστεί ότι αποσκοπεί στη δημιουργία ενός κανονιστικού πλαισίου που να επιτρέπει την εκμετάλλευση του δυναμικού των κινητών και προσωπικών επικοινωνιών, καταργώντας, το ταχύτερο δυνατό, όλα τα αποκλειστικά και ειδικά δικαιώματα, εξαλείφοντας, για τους φορείς κινητών δικτύων, τόσο τους περιορισμούς της ελευθερίας εκμεταλλεύσεως και αναπτύξεως των εν λόγω δικτύων, προκειμένου να ασκούνται οι δραστηριότητες που καλύπτονται από τις άδειες ή εξουσιοδοτήσεις, όσο και τις στρεβλώσεις του ανταγωνισμού, και επιτρέποντας στους φορείς αυτούς να ελέγχουν τις δαπάνες τους (βλ. απόφαση της 16ης Οκτωβρίου 2001, C-396/99 και C-397/99, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλογή 2001, σ. I-7577, σκέψη 25).

97 Σύμφωνα με τον σκοπό αυτό, το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 96/2 επιβάλλει στα κράτη μέλη, από 1ης Ιανουαρίου 1998, να μην αρνούνται να χορηγούν άδειες για την εκμετάλλευση κινητών συστημάτων DCS 1800 (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Ελλάδας, σκέψη 26).

98 Από το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2 προκύπτει ότι τα κράτη μέλη μπορούν να επεκτείνουν τις υφιστάμενες άδειες για την παροχή υπηρεσιών ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας, ώστε να καλύψουν τον συνδυασμό συστημάτων ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας σύμφωνα με τα πρότυπα GSM 900 και DCS 1800, μόνον αν η επέκταση αυτή δικαιολογείται από την απαίτηση εξασφαλίσεως αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ φορέων οι οποίοι λειτουργούν ανταγωνιστικά στις οικείες αγορές.

99 Σύμφωνα με την όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 96/2, κατά τη θέσπιση διαδικασίας για τη χορήγηση αδειών DCS 1800, τα κράτη μέλη πρέπει να λαμβάνουν δεόντως υπόψη την ανάγκη προωθήσεως των επενδύσεων εκ μέρους των νεοεισερχόμενων στους εν λόγω κλάδους. Πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να απέχουν από τη χορήγηση άδειας σε υφιστάμενους φορείς, π.χ. σε φορείς του προτύπου

GSM 900 που είναι ήδη παρόντες στο έδαφός τους, εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι με τον τρόπο αυτό καταργείται ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός, ιδίως με την επέκταση της δεσπόζουσας θέσης. Ειδικότερα, στην περίπτωση που ένα κράτος μέλος χορηγεί ή έχει χορηγήσει άδειες DCS 1800, η χορήγηση νέων ή πρόσθετων αδειών για υφιστάμενες επιχειρήσεις GSM 900 ή DCS 1800 μπορεί να γίνει μόνον υπό όρους που εξασφαλίζουν αποτελεσματικό ανταγωνισμό.

100 Συναφώς, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, αν με την παραχώρηση, άνευ καταβολής ειδικού ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 προς κατέχουσα δεσπόζουσα θέση δημόσια επιχείρηση, η οποία είναι ήδη κάτοχος αδείας GSM 900, ενώ νεοεισερχόμενη στην οικεία αγορά επιχείρηση πρέπει να καταβάλει ειδικό ποσό για να της χορηγηθεί άδεια DCS 1800, δεν διασφαλίζεται η ισότητα ευκαιριών μεταξύ των διαφόρων οικείων επιχειρήσεων και νοθεύεται έτσι ο ανταγωνισμός, η εν λόγω επέκταση της αδείας δεν μπορεί να θεωρηθεί δικαιολογούμενη σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 96/2.

101 Επομένως, εθνική ρύθμιση όπως του άρθρου 125, παράγραφος 3, του TKG, η οποία επιτρέπει την επέκταση αυτή, μπορεί να αντιβαίνει προς το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2.

102 Εντούτοις, όπως διαπιστώθηκε με τη σκέψη 90 της παρούσας αποφάσεως, αν το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση δημόσια επιχείρηση για να της χορηγηθεί η άδεια GSM 900, συμπεριλαμβανομένης της μεταγενέστερης παραχωρήσεως, άνευ καταβολής προσθέτου ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 φαίνεται να ισοδυναμεί, σε οικονομικούς όρους, προς το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει ανταγωνιστική επιχείρηση στην οποία χορηγήθηκε άδεια DCS 1800, εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στην κυρία δίκη, πρέπει να θεωρηθεί ως διασφαλίζουσα την ισότητα ευκαιριών μεταξύ των διαφόρων επιχειρήσεων και, ως εκ τούτου, συνάδει με το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2, εγγυώμενη τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό μεταξύ επιχειρήσεων που λειτουργούν ανταγωνιστικά στις οικείες αγορές.

103 Εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να επαληθεύσει, στηριζόμενο στις ενδείξεις που παρέχει το Δικαστήριο στις σκέψεις 92 έως 94 της παρούσας αποφάσεως, αν αυτό συντρέχει στη διαφορά της κυρίας δίκης.

104 Στο πλαίσιο αυτό, επιβάλλεται η επισήμανση ότι, σύμφωνα με τη δέκατη πέμπτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 96/2, τα ενδεχόμενα τέλη για τη χρήση συχνοτήτων θα πρέπει να είναι ανάλογα με τον αριθμό των διαύλων που όντως χορηγούνται.

105 Επομένως, το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2 απαγορεύει, καταρχήν, εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει την παραχώρηση, άνευ ειδικού ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 προς κατέχουσα δεσπόζουσα θέση δημόσια επιχείρηση, η οποία είναι ήδη κάτοχος αδείας GSM 900, ενώ επιβάλλει σε νεοεισερχόμενη στην οικεία αγορά επιχείρηση την καταβολή ειδικού ποσού για να της χορηγήσει άδεια DCS 1800. Εντούτοις, η εν λόγω διάταξη δεν απαγορεύει την εθνική αυτή ρύθμιση, αν το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση δημόσια επιχείρηση για να της χορηγηθεί η άδεια GSM 900, συμπεριλαμβανομένης της μεταγενέστερης παραχωρήσεως, άνευ καταβολής προσθέτου ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 φαίνεται να ισοδυναμεί, σε οικονομικούς όρους, προς το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει ανταγωνιστική επιχείρηση στην οποία χορηγήθηκε άδεια DCS 1800.

106 Εντούτοις, η Connect Austria ισχυρίστηκε επίσης ότι, στη διαφορά της κυρίας δίκης, η διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού κατά την οδηγία 96/2 μπορεί να διασφαλιστεί μόνο μέσω του πλήρους αποκλεισμού της Mobilkom από το φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800.

107 Συναφώς, επιβάλλεται η υπενθύμιση ότι, βάσει της πρώτης περιόδου του άρθρου 125, παράγραφος 3, του TKG, η διοίκηση μπορεί να χορηγήσει, εφόσον παρίσταται ανάγκη, σε ήδη αδειούχους άδεια παροχής αποκλειστικών υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας στον τομέα των ψηφιακών κυψελών κινητής τηλεφωνίας

παρέχουσα πρόσθετες συχνότητες 5 MHz στον τομέα συχνοτήτων DCS 1800, μόνον εφόσον έχουν παρέλθει τουλάχιστον τρία έτη από της ενάρξεως της ισχύος της αποφάσεως περί χορηγήσεως στον αιτούντα αδείας για το πρότυπο DCS 1800 για το έτος 1997. Η διάταξη αυτή λαμβάνει δεόντως υπόψη της την ανάγκη προώθησης των επενδύσεων εκ μέρους των νεοεισερχόμενων στους εν λόγω κλάδους, όπως προβλέπει η όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 96/2, καθώς και τη μέριμνα που εκφράζει το πρώτο εδάφιο της δέκατης πέμπτης αιτιολογικής σκέψεως της ίδιας οδηγίας, σύμφωνα με την οποία, δεδομένου ότι οι ραδιοσυχνότητες αποτελούν σπάνιους, αλλά ουσιαστικούς, πόρους, η ανάπτυξη αποτελεσματικού ανταγωνισμού στον τομέα των τηλεπικοινωνικών μπορεί να δικαιολογήσει αντικειμενικά την άρνηση παραχωρήσεως συχνοτήτων σε επιχειρήσεις που δεσπόζουν ήδη στη γεωγραφική αγορά.

108 Εντούτοις, από το άρθρο 125, παράγραφος 3, δεύτερη περίοδο, του TKG προκύπτει ότι πρόσθετες συχνότητες στο πρότυπο DCS 1800 μπορούν να χορηγηθούν προς ήδη αδειούχους GSM 900 μόνον εφόσον αποδειχθεί ότι παρά την εκ μέρους τους χρησιμοποίηση όλων των οικονομικώς δυνατών τεχνικών μέσων, έχουν εξαντληθεί οι ικανότητές τους να δεχθούν νέους πελάτες.

109 Συναφώς, επιβάλλεται η επισήμανση ότι το DCS 1800 είναι σύστημα ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας, το οποίο στηρίζεται στο διεθνές πρότυπο GSM, αλλά χρησιμοποιεί φάσμα συχνοτήτων στα 1800 MHz αντί 900 MHz. Καταρχήν, υπάρχουν περισσότερες διαθέσιμες συχνότητες στο φάσμα συχνοτήτων του DCS 1800 απ' ό,τι στο φάσμα συχνοτήτων των 900 MHz, γεγονός που επιτρέπει στο εν λόγω σύστημα να περιλαμβάνει περισσότερους συνδρομητές και να υποστηρίζει μεγαλύτερο φόρτο τηλεπικοινωνιών ταυτόχρονα. Δεδομένου ότι το εύρος των υψηλότερων συχνοτήτων είναι πιο περιορισμένο, οι κυψέλες κάθε σταθμού DCS 1800 είναι μικρότερες από αυτές του προτύπου GSM 900, γεγονός που συνεπάγεται μεγαλύτερη πυκνότητα σταθμών εδάφους και, ως εκ τούτου, δίκτυο μεγαλύτερης χωρητικότητας.

110 Πάντως, κατά τη θέσπιση του άρθρου 20 bis, παράγραφος 3, στοιχείο b, του Fernmeldegesetz 1993, το περιεχόμενο του οποίου επαναλαμβάνει αυτολεξεί το άρθρο 125, παράγραφος 3, του TKG, τα δίκτυα ψηφιακής κινητής τηλεφωνίας που στηρίζονταν στο πρότυπο GSM 900 σε πολλά κράτη μέλη παρουσίαζαν προβλήματα υπερφορτώσεως στις μεγάλες πόλεις κατά τις ώρες αιχμής, λόγω της ταχείας αυξή-

σεως του αριθμού συνδρομητών. Με την εμφάνιση των διφασματικών τηλεφώνων, ικανών να μετακινούνται μεταξύ των συστημάτων, η εγκατάσταση σταθμών εδάφους DCS 1800 στις μεγάλες πόλεις, πλέον των σταθμών GSM 900, έδωσε τη δυνατότητα στους φορείς των δικτύων GSM 900 να περιορίσουν τα εν λόγω προβλήματα υπερφορτώσεως που οφείλονταν στην αύξηση του αριθμού των συνδρομητών.

111 Στην κατάσταση αυτή, προκύπτει ότι εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει, αφενός, την παραχώρηση, μετά την πάροδο τριών ετών από της ενάρξεως της ισχύος της αποφάσεως περί χορηγήσεως στον αιτούντα αδείας για το πρότυπο DCS 1800 για το έτος 1997, ενός περιορισμένου φάσματος συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 προς φορείς ήδη κατόχους αδείας GSM 900, συμπεριλαμβανομένης δημοσίας επιχειρήσεως κατέχουσας δεσπόζουσα θέση, και, αφετέρου, την εν λόγω παραχώρηση πριν την πάροδο της εν λόγω περιόδου όταν αποδεικνύεται ότι, παρά την εκ μέρους τους χρησιμοποίηση όλων των οικονομικώς δυνατών τεχνικών μέσων, έχουν εξαντληθεί οι ικανότητές τους, πρέπει να θεωρηθεί ότι δικαιολογείται από την ανάγκη εξασφαλίσεως αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ επιχειρήσεων που λειτουργούν ανταγωνιστικά στις οικείες αγορές, κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2.

112 Επομένως, το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2 δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει, μετά την πάροδο τριών ετών από της χορηγήσεως αδείας για το πρότυπο DCS 1800 για το έτος 1997, ενός περιορισμένου φάσματος συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 προς φορείς ήδη κατόχους αδείας GSM 900, συμπεριλαμβανομένης κατέχουσας δεσπόζουσα θέση δημοσίας επιχειρήσεως. Η εν λόγω διάταξη επίσης δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει την παραχώρηση αυτήν πριν από την πάροδο της ιδίας περιόδου, όταν αποδεικνύεται ότι, παρά την εκ μέρους τους χρησιμοποίηση όλων των οικονομικώς δυνατών τεχνικών μέσων, έχουν εξαντληθεί οι τεχνικές ικανότητές τους.

Επί της ερμηνείας των άρθρων 9, παράγραφος 2, και 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13

113 Ως προς τα άρθρα 9, παράγραφος 2, και 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13, το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατ' ουσίαν αν η απ' αυτά προβλεπόμενη απαγόρευση των διακρίσεων απαγορεύει εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει την παραχώρηση, άνευ ειδικού ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800, σε φορείς ήδη κατόχους αδείας GSM 900, ενώ επιβάλλει την καταβολή ειδικού ποσού σε επιχείρηση για να της χορηγήσει την άδεια DCS 1800.

114 Συναφώς, επιβάλλεται, αφενός, η διαπίστωση, ότι, αντιθέτως προς όσα υποστηρίζει η TCK, τα άρθρα 9, παράγραφος 2, και 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13, είναι, από απόψεως περιεχομένου, ανεπιφύλακτα και επαρκώς σαφή και μπορεί, κατά πάγια νομολογία (βλ., ιδίως, τις αποφάσεις της 19ης Ιανουαρίου 1982, 8/81, Becker, Συλλογή 1982, σ. 53, σκέψη 25, και της 10ης Σεπτεμβρίου 2002, C-141/00, Kügler, Συλλογή 2002, σ. I-6833, σκέψη 51) να γίνει επίκλησή τους, ελλείψει εμπροθέσμως ληφθέντων μέτρων εφαρμογής, έναντι κάθε εθνικής διατάξεως μη σύμφωνης προς την οδηγία, ή ακόμη κατά το μέτρο που μπορούν να προσδιορίσουν δικαιώματα που οι ιδιώτες δύνανται να προβάλουν έναντι του κράτους.

115 Αφετέρου, πρέπει να υπομνησθεί ότι, κατά πάγια νομολογία, δυσμενή διάκριση συνιστά ιδίως η διαφορετική αντιμετώπιση ομοίων καταστάσεων, συνεπιφέρουσα μειονέκτημα για ορισμένους επιχειρηματίες σε σχέση με άλλους, χωρίς η διαφορετική αυτή μεταχείριση να δικαιολογείται από την ύπαρξη αντικειμενικών και σημαντικών διαφορών (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 13ης Ιουλίου 1962, 17/61 και 20/61, Klöckner-Werke και Hoesch κατά Ανωτάτης Αρχής, Συλλογή τόμος 1954-1964,

σ. 787, και της 26ης Σεπτεμβρίου 2002, C-351/98, Ισπανία κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. I-8031, σκέψη 57).

116 Χωρίς να είναι απαραίτητο να αποφανθεί το Δικαστήριο επί του αν το άρθρο 9, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13 έχει εφαρμογή μόνο στη χορήγηση των αδειών ή επίσης στην παραχώρηση συμπληρωματικών συχνοτήτων, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, αν το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλουν οι υπάρχοντες φορείς για τους χορηγηθεί η άδεια GSM 900, συμπεριλαμβανομένης της μεταγενέστερης παραχωρήσεως, άνευ καταβολής προσθέτου ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 φαίνεται να ισοδυναμεί, σε οικονομικούς όρους, προς το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει ανταγωνιστικός φορέας στον οποία χορηγήθηκε άδεια DCS 1800, η παραχώρηση αυτή δεν αποτελεί διαφορετική αντιμετώπιση ομοίων καταστάσεων.

117 Εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να επαληθεύσει, στηριζόμενο στις ενδείξεις που παρέχει το Δικαστήριο στις σκέψεις 92 έως 94 της παρούσας αποφάσεως, αν αυτό συντρέχει στη διαφορά της κυρίας δίκης.

118 Επομένως, η απαγόρευση των διακρίσεων των άρθρων 9, παράγραφος 2, και 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13 δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει την παραχώρηση, άνευ ειδικού ανταλλάγματος, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800, σε φορείς ήδη κατόχους αδείας GSM 900, ενώ επιβάλλει την καταβολή ειδικού ποσού σε επιχείρηση για να της χορηγήσει την άδεια DCS 1800, αν το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλουν οι υπάρχοντες φορείς για τους χορηγηθεί η άδεια GSM 900, συμπεριλαμβανομένης της μεταγενέστερης παραχωρήσεως, άνευ καταβολής προσθέτου ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800, φαίνεται να ισοδυναμεί, από οικονομικής απόψεως, προς το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει ο φορέας κάτοχος της άδειας DCS 1800.

Επί των δικαστικών εξόδων

119 Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν η Αυστριακή και η Σουηδική Κυβέρνηση και η Επιτροπή, που κατέθεσαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, δεν αποδίδονται. Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (πέμπτο τμήμα),

κρίνοντας επί των ερωτημάτων που του υπέβαλε με διάταξη της 24ης Νοεμβρίου 1999 το Verwaltungsgerichtshof, αποφαίνεται:

1) Οι απαιτήσεις ερμηνείας του εθνικού δικαίου σύμφωνα προς την οδηγία 90/387/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 28ης Ιουνίου 1990, για τη δημιουργία της εσωτερικής αγοράς στον τομέα των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών μέσω της εφαρμογής της παροχής ανοικτού δικτύου, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/51/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 6ης Οκτωβρίου 1997, και αποτελεσματικής προστασίας των δικαιωμάτων των πολιτών επιβάλλουν στο εθνικό δικαστήριο την υποχρέωση να ελέγχει αν οι κρίσιμες διατάξεις του εθνικού δικαίου επιτρέπουν να αναγνωριστεί στους πολίτες δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής κατά των αποφάσεων της εθνικής κανονιστικής αρχής, το οποίο να πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/51. Αν δεν είναι δυνατή η εφαρμογή του εθνικού δικαίου σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της εν λόγω οδηγίας, το εθνικό δικαστήριο, το οποίο πληροί τις εν λόγω προϋποθέσεις και το οποίο θα ήταν αρμόδιο να εκδικάζει προσφυγές κατά των αποφάσεων της εθνικής κανονι-

στικής αρχής, εφόσον δεν προσέκρουε σε διάταξη εθνικού δικαίου αποκλείουσα ρητώς την αρμοδιότητά του, όπως η επίδικη στην παρούσα υπόθεση, υποχρεούται να αφήσει την εν λόγω διάταξη ανεφάρμοστη.

2) Τα άρθρα 82 ΕΚ και 86, παράγραφος 1, ΕΚ απαγορεύουν, καταρχήν, εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει την παραχώρηση, άνευ ειδικού ανταλλάγματος, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 προς δημόσια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση, η οποία είναι ήδη κάτοχος αδείας GSM 900, ενώ επιβάλλει την καταβολή ειδικού ποσού σε νεοεισερχόμενη στην οικεία αγορά επιχείρηση για να της χορηγήσει άδεια DCS 1800. Εντούτοις, οι εν λόγω διατάξεις δεν απαγορεύουν την εθνική αυτή ρύθμιση, αν το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει η δημόσια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση για να της χορηγηθεί η άδεια GSM 900, συμπεριλαμβανομένης της μεταγενέστερης παραχωρήσεως, άνευ καταβολής προσθέτου ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800, φαίνεται να ισοδυναμεί, σε οικονομικούς όρους, προς το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει ανταγωνιστική επιχείρηση στην οποία χορηγήθηκε άδεια DCS 1800.

3) Το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2/ΕΚ της Επιτροπής, της 16ης Ιανουαρίου 1996, για τροποποίηση της οδηγίας 90/388/ΕΟΚ όσον αφορά τις κινητές και προσωπικές επικοινωνίες, απαγορεύει, κατ' αρχήν, εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει την παραχώρηση, άνευ ειδικού ανταλλάγματος, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 προς δημόσια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση, η οποία είναι ήδη κάτοχος αδείας GSM 900, ενώ επιβάλλει την καταβολή ειδικού ποσού σε νεοεισερχόμενη στην οικεία αγορά επιχείρηση για να της χορηγήσει άδεια DCS 1800. Εντούτοις, η εν λόγω διάταξη δεν απαγορεύει την εθνική αυτή ρύθμιση, αν το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει η δημόσια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση για να της χορηγηθεί η άδεια GSM 900, συμπεριλαμβανομένης της μεταγενέστερης παραχωρήσεως, άνευ καταβολής προσθέτου ποσού, συμπληρωματικών

συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800, φαίνεται να ισοδυναμεί, σε οικονομικούς όρους, προς το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει ανταγωνιστική επιχείρηση στην οποία χορηγήθηκε άδεια DCS 1800.

4) Το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2 δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει, μετά την πάροδο τουλάχιστον τριών ετών από της χορηγήσεως της αδείας για το πρότυπο DCS 1800 για το έτος 1997, ενός περιορισμένου φάσματος συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800 προς φορείς ήδη κατόχους αδείας GSM 900, συμπεριλαμβανομένης δημοσίας επιχειρήσεως κατέχουσας δεσπόζουσα θέση. Η εν λόγω διάταξη επίσης δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει την παραχώρηση αυτήν πριν από την πάροδο της ιδίας περιόδου, όταν αποδεικνύεται ότι, παρά την εκ μέρους τους χρησιμοποίηση όλων των οικονομικώς δυνατών τεχνικών μέσων, έχουν εξαντληθεί οι ικανότητές τους.

5) Η απαγόρευση των διακρίσεων των άρθρων 9, παράγραφος 2, και 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 10ης Απριλίου 1997, σχετικά με κοινό πλαίσιο γενικών και ειδικών αδειών στον τομέα των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στη διαφορά της κυρίας δίκης, η οποία επιτρέπει την παραχώρηση, άνευ ειδικού ανταλλάγματος, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800, σε φορείς ήδη κατόχους αδείας GSM 900, ενώ επιβάλλει την καταβολή ειδικού ποσού σε επιχείρηση για να της χορηγήσει την άδεια DCS 1800, αν το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλουν οι υπάρχοντες φορείς για τους χορηγηθεί η άδεια GSM 900, συμπεριλαμβανομένης της μεταγενέστερης παραχωρήσεως, άνευ καταβολής προσθέτου ποσού, συμπληρωματικών συχνοτήτων στο φάσμα συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800, φαίνεται να ισοδυναμεί, από οικονομι-

κής απόψεως, προς το ειδικό ποσό που πρέπει να καταβάλει ο φορέας κάτοχος της άδειας DCS 1800.

Edward La Pergola Jann

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 22 Μαΐου 2003.

Ο Γραμματέας

R. Grass

Ο Πρόεδρος του πέμπτου τμήματος

M. Wathelet