YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (viides jaosto)

22 päivänä toukokuuta 2003 *

Asiassa C-462/99,

jonka Verwaltungsgerichtshof (Itävalta) on saattanut EY 234 artiklan nojalla yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi saadakseen tässä kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa

Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH

vastaan

Telekom-Control-Kommission,

Mobilkom Austria AG:n osallistuessa asian käsittelyyn,

ennakkoratkaisun telepalvelujen sisämarkkinoiden toteuttamisesta saamalla aikaan avoimen verkon tarjoaminen 28 päivänä kesäkuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/387/ETY (EYVL L 192, s. 1) 5 a artiklan 3 kohdan, sel-

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

laisena kuin direktiivi on muutettuna neuvoston direktiivien 90/387/ETY ja 92/44/ETY muuttamisesta niiden mukauttamiseksi kilpailuympäristöön televiestinnän alalla 6 päivänä lokakuuta 1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/51/EY (EYVL L 295, s. 23), direktiivin 90/388/ETY muuttamisesta matkaviestinnän ja henkilökohtaisen viestinnän osalta 16 päivänä tammikuuta 1996 annetun komission direktiivin 96/2/EY (EYVL L 20, s. 59) 2 artiklan 3 ja 4 kohdan sekä telepalvelualan yleisten valtuutusten ja yksittäisten toimilupien yhteisistä puitteista 10 päivänä huhtikuuta 1997 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 97/13/EY (EYVL L 117, s. 15) 9 artiklan 2 kohdan ja 11 artiklan 2 kohdan sekä EY 82 artiklan ja EY 86 artiklan 1 kohdan tulkinnasta,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (viides jaosto),

toimien kokoonpanossa: D. A. O. Edward, joka hoitaa jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit A. La Pergola (esittelevä tuomari) ja P. Jann,

julkisasiamies: L. A. Geelhoed,
kirjaaja: johtava hallintovirkamies H. A. Rühl,

ottaen huomioon kirjalliset huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, edustajanaan Rechtsanwalt P. Hoffmann,

— Telekom-Control-Kommission, edustajanaan pääjohtaja W. Schramm,

— Mobilkom Austria AG, edustajanaan Rechtsanwalt P. Lewisch,

— Itävallan hallitus, asiamiehenään H. Dossi,

— Ruotsin hallitus, asiamiehenään A. Kruse,

— Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään B. Doherty ja C. Schmidt,

ottaen huomioon suullista käsittelyä varten laaditun kertomuksen,

kuultuaan Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH:n, edustajanaan Rechtsanwalt A. Foglar-Deinhardstein ja P. Hoffmann, Telekom-Control-Kommissionin, edustajanaan W. Schramm, Mobilkom Austria AG:n, edustajanaan P. Lewisch, Itävallan hallituksen, asiamiehenään T. Kramler, ja komission, asiamiehenään C. Schmidt, 11.10.2001 pidetyssä istunnossa esittämät suulliset huomautukset,

kuultuaan julkisasiamiehen 13.12.2001 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Verwaltungsgerichtshof on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle 24.11.1999 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 2.12.1999, EY 234 artiklan nojalla kaksi ennakkoratkaisukysymystä telepalvelujen sisämarkkinoiden toteuttamisesta saamalla aikaan avoimen verkon tarjoaminen 28 päivänä kesäkuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/387/ETY (EYVL L 192, s. 1) 5 a artiklan 3 kohdan, sellaisena kuin direktiivi on muutettuna neuvoston direktiivien 90/387/ETY ja 92/44/ETY muuttamisesta niiden mukauttamiseksi kilpailuympäristöön televiestinnän alalla 6 päivänä lokakuuta 1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/51/EY (EYVL L 295, s. 23), direktiivin 90/388/ETY muuttamisesta matkaviestinnän ja henkilökohtaisen viestinnän osalta 16 päivänä tammikuuta 1996 annetun komission direktiivin 96/2/EY (EYVL L 20, s. 59) 2 artiklan 3 ja 4 kohdan sekä telepalvelualan yleisten valtuutusten ja yksittäisten toimilupien yhteisistä puitteista 10 päivänä huhtikuuta 1997 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 97/13/EY (EYVL L 117, s. 15) 9 artiklan 2 kohdan ja 11 artiklan 2 kohdan sekä EY 82 artiklan ja EY 86 artiklan 1 kohdan tulkinnasta.

2 Nämä kysymykset on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (jäljempänä Connect Austria) ja Telekom-Control-Kommission (jäljempänä TCK) ja jossa on kyse siitä, että Mobilkom Austria AG:lle (jäljempänä Mobilkom), jolla jo on lupa tarjota GSM 900 -standardiin (GSM eli Global System for Mobile Communication) perustuvia digitaalisia langattomia telepalveluja (jäljempänä GSM 900 -lupa), annetaan lisätaajuuksia DCS 1800 -standardille (DCS eli Digital Cellular System) varatulta taajuusalueelta ilman eri maksua.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön lainsäädäntö

3 Direktiivillä 96/2/EY pyritään luomaan vapaata kilpailua langattoman ja henkilökohtaisen viestinnän alalla.

4 Direktiivin 96/2/EY kahdeksannessa perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

"Eräät jäsenvaltiot ovat äskettäin myöntäneet toimilupia digitaalisille radioliikennettä hyväksi käyttäville matkaviestinpalveluille, jotka käyttävät 1 700—1 900 megahertsin taajuuskaistaa DCS 1800 -standardin mukaisesti. Komission 23 päivänä marraskuuta 1994 antaman tiedonannon mukaan DCS 1800 -järjestelmää on pidettävä GSM-järjestelmään kuuluvana. — — Niiden jäsenvaltioiden, jotka eivät ole vielä ottaneet käyttöön menettelyä tällaisten toimilupien myöntämiseksi, olisi tehtävä näin kohtuullisen ajan kuluessa. Tässä yhteydessä olisi otettava huomioon näiden alojen uusien yrittäjien sijoitustoiminnan edistäminen. Jäsenvaltioilla olisi oltava mahdollisuus olla myöntämättä toimilupia nykyisille operaattoreille, esimerkiksi alueellaan jo olemassa oleville GSM-järjestelmän operaattoreille, jos voidaan osoittaa, että tämä poistaisi tehokkaan kilpailun erityisesti laajentamalla niiden määräävää markkina-asemaa. Erityisesti jos jäsenvaltio myöntää tai on jo myöntänyt DCS 1800 -järjestelmän toimilupia, uusia tai lisätoimilupia nykyisille GSM- tai DCS 1800 -järjestelmän operaattoreille voidaan myöntää ainoastaan, jos varmistetaan tehokas kilpailu."

5 Direktiivin 96/2/EY 15 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

"Matkaviestinnän ja henkilökohtaisen viestinnän järjestelmissä radiotaajuudet muodostavat merkittävän pullonkaulan. — — Tehokkaan kilpailun kehittyminen televiestintäalalla voi olla objektiivinen peruste olla myöntämättä taajuuksia operaattoreille, joilla jo on määräävä maantieteellinen markkina-asema.

Jäsenvaltioiden olisi varmistettava, että radiotaajuuksien myöntämismenettely perustuu objektiivisiin perusteisiin ja toteutetaan tasapuolisella tavalla. — — Taajuuksien mahdollisten käyttömaksujen olisi oltava suhteellisia ja ne olisi perittävä tosiasiallisesti myönnettyjen kanavien lukumäärän mukaisesti."

6 Direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 1 kohdan mukaan "jäsenvaltiot eivät saa kieltäytyä myöntämästä toimilupia DCS 1800 -standardin mukaisesti toimiville matkaviestinjärjestelmille viimeistään DCS 1800 -taajuuksien myöntämistä koskevan Euroopan radioviestintäkomitean päätöksen jälkeen ja joka tapauksessa viimeistään 1 päivänä tammikuuta 1998".

7 Direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdassa säädetään seuraavaa:

"3. Jäsenvaltiot eivät saa rajoittaa matkaviestintekniikoiden tai järjestelmien yhdistämistä, erityisesti jos monistandardilaitteisto on käytettävissä. Laajentaessaan nykyisiä toimilupia kattamaan kyseiset yhdistelmät jäsenvaltioiden on varmistettava, että laajentaminen on oikeutettua 4 kohdan säännösten mukaisesti.

4. Jäsenvaltiot säätävät tarvittaessa toimenpiteitä tämän artiklan täytäntöön panemiseksi ottaen huomioon vaatimuksen varmistaa asianomaisilla markkinoilla kilpailevien operaattoreiden välinen tehokas kilpailu."

8 Direktiivin 97/13/EY 1 artiklan 1 kohdan mukaan direktiivi koskee "menettelyjä telepalvelujen tarjoamista varten myönnettävien valtuutusten sekä näihin valtuutuksiin liittyvien ehtojen osalta, mukaan lukien valtuutukset näiden palvelujen tarjoamisen edellyttämien televerkkojen perustamiseksi ja/tai tarjoamiseksi".

9 Direktiivin 97/13/EY 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan kansallisella sääntelyviranomaisella tarkoitetaan "elintä tai -elimiä, jotka ovat teleorganisaatioista oikeudellisesti erillisiä ja siitä toiminnallisesti riippumattomia ja joille jäsenvaltio on antanut tehtäväksi valtuutusten myöntämisen ja valtuutusten noudattamisen valvonnan".

10 Direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa säädetään seuraavaa:

"Kun jäsenvaltio aikoo myöntää yksittäisiä toimilupia, sen on

— myönnettävä yksittäiset toimiluvat julkisen, ketään syrjimättömän ja avoimen menettelyn mukaisesti, ja tätä varten sovelletaan kaikkiin hakijoihin samoja menettelyjä, jollei ole perusteltua aihetta poiketa tästä."

11 Direktiivin 97/13/EY 11 artiklassa taas todetaan seuraavaa:

"1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että osana valtuutusmenettelyä yrityksille määrättävillä maksuilla pyritään ainoastaan kattamaan sovellettavan yksittäisen toimiluvan myöntämisestä, käsittelystä, valvonnasta ja toimeenpanosta aiheutuvat hallinnolliset kulut. Yksittäistä toimilupaa koskevien maksujen on oltava suhteessa tehtyyn työhön ja ne on julkaistava aiheellisella ja riittävän yksityiskohtaisella tavalla niiden saattamiseksi helposti saataville.

2. Sen estämättä, mitä 1 kohdassa säädetään, jäsenvaltiot voivat, jos käytettävät voimavarat ovat niukat, sallia, että niiden kansalliset sääntelyviranomaiset perivät maksuja, joilla pyritään varmistamaan näiden voimavarojen mahdollisimman tehokas käyttö. Näiden maksujen on oltava ketään syrjimättömiä ja niissä on erityisesti otettava huomioon tarve edistää uusien palvelujen ja kilpailun kehittymistä."

12 Direktiivin 90/387/EY 5 a artiklan 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Jäsenvaltioiden on kansallisella tasolla asianmukaisella järjestelmällä varmistettava asianosaisten oikeus hakea riippumattomasta toimielimestä muutosta kansallisen sääntelyviranomaisen päätöksistä."

Kansallinen lainsäädäntö

13 Bundes-Verfassungsgesetzin (liittovaltion perustuslaki, jäljempänä BVG) 130 §:n 1 momentin a kohdan mukaan "Verwaltungsgerichtshof ratkaisee valitukset, joissa vedotaan hallintoviranomaisen — joihin luetaan myös riippumattomat hallinnon lainkäyttöelimet — päätöksen lainvastaisuuteen".

14 BVG:n 133 §:ssä säädetään seuraavaa:

"Verwaltungsgerichtshofin toimivaltaan eivät kuulu

1) asiat, jotka kuuluvat Verfassungsgerichtshofin toimivaltaan

2) *poistettu*

3) asiat, jotka koskevat keksintöjen patentteja

4) asiat, jotka on ensimmäisenä oikeusasteena ratkaissut kollegiaalinen viranomainen, jos tällaisten viranomaisten organisaatiota koskevien liittovaltion tai osavaltioiden lakien mukaan sen jäseniin kuuluu ainakin yksi tuomari, jos muut jäsenet eivät myöskään ole ohjauksen alaisia tehtäviä hoitaessaan, jos ylemmät hallintoelimet eivät voi kumota tai muuttaa tämän viranomaisen päätöksiä ja jos

siitä huolimatta, että kaikki nämä ehdot täyttyvät, muutoksenhakumahdollisuudesta Verwaltungsgerichtshofiin ei ole erikseen säädetty."

15 Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että Telekommunikationsgesetzin (laki televiestinnästä, BGBl. I, 100/1997; jäljempänä TKG) 49 §:n 12 momentin mukaan langattomien yleisten telepalvelujen luomiseen tarkoitetut taajuudet jaetaan toimiluvilla, joiden myöntämistä koskee menettely, josta on säädetty saman lain 22 §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä. TKG:n 22 §:n 1 momentin mukaan kansallinen sääntelyviranomainen antaa luvan radioaaltoja käyttävien langattomien puhelinpalveluihin hakijalle, joka täyttää yleiset edellytykset ja joka takaa taajuuksien tehokkaimman käytön, mikä osoitetaan tästä käytöstä esitetyn korvauksen määrällä. TKG:n 22 §:n 2 momentin mukaan lupa annetaan avoimen, tasa-arvoisen ja syrjimättömän sekä tarjouskilpailuun perustuvan menettelyn periaatteiden mukaisesti.

16 TKG:n 20 §:n 4 momentin mukaan uusien taajuuksien antaminen luvanhaltijalle, joka jo harjoittaa samaa palvelua, pidetään voimassa olevan luvan laajennuksena, joka toteutetaan siinä määrätyin ehdoin. Ellei luvassa ole tällaisia määräyksiä, noudatetaan TKG:n 22 §:n mukaista menettelyä.

17 TKG:n 125 §:n 3 momentissa, joka on väliaikainen säännös, jossa toistetaan sanasta sanaan 20 a §:n 3 momentin b kohta, joka sisällytettiin 1.3.1997 alkaen vuoden 1993 Fernmeldegesetziin (vuoden 1993 laki televiestinnästä, BGBl. I, 44/1997), säädetään seuraavaa:

"Viranomainen voi tarvittaessa osoittaa voimassa olevan toimiluvan haltijoille varattujen digitaalisten langattomien telepalveluiden tuottamiseen DCS 1800 standardia varten varatulta taajuusalueelta lisätaajuuksia, jotka ovat kulloinkin

laajuudeltaan 5 MHz, kun vähintään kolme vuotta on kulunut hakijalle vuonna 1997 annettua DCS 1800 -lupaa koskevan päätöksen lainvoimaiseksi tulosta. Ennen tätä voimassa olevan luvan haltijoille voidaan osoittaa lisätaajuuksia DCS 1800 standardia varten varatulta taajuusalueelta vain siinä tapauksessa, että niiden tilaajakapasiteetti on todistettavasti kaikkien taloudellisesti hyväksyttävien teknisten mahdollisuuksien hyödyntämisen jälkeen loppuun käytetty."

Pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisukysymykset

18 Ennakkoratkaisupyynnöstä käy ilmi, että valtion pääosin omistamalle Mobilkomille myönnettiin Itävallassa 2 × 8 MHz:n taajuusaluetta koskeva GSM 900 -lupa 6.11.1996 tehdyllä päätöksellä, jota muutettiin 23.7.1997 tehdyllä päätöksellä. Max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH:llä (jäljempänä Max.mobil), aiemmin Ö Call-Mobil Telekommunikation Service GmbH, on samanlainen lupa, joka on myönnetty 25.1.1996 tehdyllä päätöksellä, jota on muutettu 23.7.1997 tehdyllä päätöksellä. Viimeksi mainittu yhtiö tarjosi maksuksi 4 miljardia Itävallan šillinkiä (ATS). Samansuuruinen maksu määrättiin 2.7.1996 Post & Telekom Austria AG:lle, jonka oikeusseuraaja Mobilkom on.

19 Connect Austrialle annettiin 19.8.1997 julkisen tarjouskilpailun jälkeen 2,3 miljardin šillingin suuruista maksua vastaan ensimmäinen lupa DCS 1800 -standardin mukaisiin langattomiin digitaalisiin telepalveluihin (jäljempänä DCS 1800 -lupa). Connect Austrialle osoitettiin 2 × 16,8 MHz:n taajuusalue sekä 2 × 22,5 MHz:n lisäalue sen jälkeen, kun 300 000 tilaajaa on saavutettu 75 prosentin peittoasteella.

20 Kansallisena sääntelyviranomaisena toimiva TCK antoi TKG:n 125 §:n 3 momentin nojalla 10.8.1998 tehdyssä päätöksessä (jäljempänä riidanalainen päätös) Mobilkomille tämän GSM 900 -luvan laajennuksena 2 × 5 MHz:n lisätaajuusalueen DCS 1800 -standardia varten varatulta taajuusalueelta digitaalisten langattomien telepalvelujen tarjoamiseen yksinomaan Wienin osavaltiossa sijaitsevia tukiasemia käyttäen.

21 Connect Austria valitti TCK:n päätöksestä Verfassungsgerichtshofiin. Tämä hylkäsi valituksen 24.2.1999 antamassaan päätöksessä todeten, ettei valituksen kohteena olleessa päätöksessä ollut loukattu muutoksenhakijan perustuslaillisia oikeuksia eikä sovellettu lainvastaista säädöstä.

22 Päätöksensä perusteluissa Verfassungsgerichtshof kuitenkin katsoi, että direktiivin 90/387/ETY 5 a artiklan 3 kohta on kansallisen sääntelyviranomaisen päätöstä koskevan valitusoikeuden suhteen riittävän täsmällinen, jotta sillä on EY:n tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön (yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90, Francovich ym., Kok. 1991, s. I-5357) mukaan on sellainen välitön oikeusvaikutus, että se edellyttää tehokasta muutoksenhakua riippumattomaan toimielimeen. Verfassungsgerichtshof totesi tämän jälkeen, että sen rajallinen tutkimistoimivalta huomioon ottaen sen käsiteltävänä oleva valitus ei täyttänyt säännöksen vaatimuksia mutta että Verwaltungsgerichtshofin valta tutkia hallinnon laillisuutta sitä vastoin täyttää yhteisön oikeuden vaatimukset. Tämän vuoksi sen käsityksen mukaan direktiivin 90/387/ETY soveltamisalalla yhteisön oikeuden ensisijaisuus syrjäyttää BVG:n 133 §:n 4 momentin, jonka mukaan Verwaltungsgerichtshofilla ei ole toimivaltaa tutkia valituksia TCK:n päätöksistä.

23 Verfassungsgerichtshof siirsi 3.3.1999 tekemällään päätöksellä Connect Austrian valituksen, joka koski riidanalaista päätöstä, Verwaltungsgerichtshofin ratkaistavaksi.

24 Verwaltungsgerichtshofin mukaan TKG:ssä säädetään TCK:n olevan kansallinen sääntelyviranomainen lupien antamisen, epäämisen ja peruuttamisen sekä lupien siirtämisen ja muuttamisen hyväksymisen osalta. Sen mielestä TCK on riippumaton kollegiaalinen viranomainen, johon kuuluu kolme liittovaltion hallituksen nimittämää jäsentä, joista yksi on tuomari, ja joka tekee ratkaisunsa ensimmäisenä ja viimeisenä päätöksentekoasteena.

25 Verwaltungsgerichtshofin mukaan BVG:n 144 §:n 1 momentista seuraa, että TCK:n päätöksiin voidaan hakea muutosta Verfassungsgerichtshofilta, kun muutoksenhakija väittää, että hänen perustuslaillisia oikeuksiaan on loukattu tai että hänen vahingokseen on sovellettu lainvastaista asetusta, perustuslainvastaista lakia tai oikeusjärjestyksen vastaista kansainvälistä sopimusta.

26 Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee myös, että BVG:n 133 §:n 4 momentin nojalla TCK:n päätöksen lainvastaisuuteen perustuvaa valitusta Verwaltungsgerichtshofiin ei voida ottaa tutkittavaksi, koska niiden tutkittavaksi ottamisesta ei ole nimenomaisesti säädetty kyseisessä säännöksessä.

27 Tätä taustaa vasten Verwaltungsgerichtshof tiedustelee, onko asiassa C-54/96, Dorsch Consult, 17.9.1997 annetun tuomion (Kok. 1997, s. I-4961, 40 kohta ja sitä seuraavat kohdat) perusteella direktiivin 90/387/ETY 5 a artiklan 3 kohdalla sellainen välitön oikeusvaikutus, että tämä syrjäyttää BVG:n 133 §:n 4 momentin, jolloin Verwaltungsgerichtshof on toimivaltainen tutkimaan Connect Austrian valituksen riidanalaisesta päätöksestä.

28 Siinä tapauksessa, että ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, Verwaltungsgerichtshof muistuttaa TKG:n 125 §:n 3 momentin sallivan ilman lisämaksua taajuuksien antamisen DCS 1800 -järjestelmää varten varatulta taajuusalueelta GSM 900 -standardiin perustuvien langattomien digitaalisten

telepalvelujen markkinoilla määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle. Tällainen säännöstö voi lujittaa julkisen yrityksen jo määräävää asemaa ja siten vääristää kilpailua vastoin EY 82 artiklaa ja EY 86 artiklan 1 kohtaa sekä direktiivin 96/2/EY 2, 3 ja 4 artiklaa DCS 1800 -luvan haltijan kustannuksella. Toiseksi säännöstö voisi olla vastoin direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohdassa ja 11 artiklan 2 kohdassa säädettyä syrjintäkieltoa, kun otetaan huomioon viimeksi mainitun luvanhaltijan velvollisuus suorittaa maksu DCS 1800 -normin mukaisten taajuuksien käytöstä.

29 Näin ollen Verwaltungsgerichtshof lykkäsi asian käsittelyä ja esitti yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko neuvoston direktiivin 90/387/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/51/EY, 5 a artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että tällä säännöksellä on sellainen välitön oikeusvaikutus, että se syrjäyttää sen vastaisen valtionsisäisen toimivaltasäännöksen ja määrittää asianosaisen hakiessa muutosta kansallisen sääntelyviranomaisen päätökseen kansallisen tason 'asianmukaisen järjestelmän' toteuttamista varten olevan 'riippumattoman toimielimen' toimivallan?

2) Mikäli ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi:

Onko EY 82 artiklaa ja EY 86 artiklan 1 kohtaa, komission direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohtaa sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohtaa ja 11 artiklan 2 kohtaa tai muita yhteisön oikeuden säännöksiä tulkittava siten, että niiden vastainen on kansallinen säännös, jonka mukaan nykyisille digitaalisen langattoman teleliikenteen telepalvelujen tuotta-

miseen annetun luvan haltijoille saadaan osoittaa kolmen vuoden määräajassa hakijalle vuonna 1997 annettua DCS 1800 -lupaa koskevan päätöksen lainvoimaiseksi tulosta lisätaajuuksia DCS 1800 -standardia varten varatulta taajuusalueelta, kun niiden tilaajakapasiteetti on todistettavasti kaikkien taloudellisesti hyväksyttävien teknisten mahdollisuuksien hyödyntämisen jälkeen loppuun käytetty, jolloin taajuuksien osoittaminen voi tapahtua ilman erityisen taajuuksienkäyttömaksun määräämistä ja myös markkinoilla määräävässä asemassa 900 MHz:n alueella olevalle julkiselle yritykselle?"

Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset

30 Connect Austria katsoo, että sen periaatteen mukaisesti, joka koskee yhteisön oikeuden ensisijaisuutta kansalliseen oikeuteen nähden, on ilmeistä, että BVG:n 133 §:n 4 momentin, jonka mukaan Verwaltungsgerichtshofilla ei ole toimivaltaa, on syrjäydyttävä. Näin ollen viimeksi mainitulla on katsottava olevan toimivalta tutkia valitukset TCK:n päätöksistä, kunhan tämä muutoksenhakutie täyttää direktiivin 90/387/ETY 5 a artiklan 3 kohdassa tarkoitetun asianmukaista järjestelmää koskevan edellytyksen.

31 Itävallan hallitus tukeutuu edellä mainitun asiassa Francovich ym. annetun tuomion 25 kohtaan ja sitä seuraaviin kohtiin ja väittää, ettei direktiivin 90/387/ETY 5 a artiklan 3 kohdalla ole välitöntä oikeusvaikutusta. Säännös ei sen mielestä ole ehdoton, koska siinä annetaan jäsenvaltioille tehtäväksi säätää kansallisella tasolla asianmukaisesta järjestelmästä ja tästä johtuen jätetään niille harkintavalta tällaisen järjestelmän konkreettiseen järjestämiseen muun muassa riippumattoman toimielimen osoittamisen osalta.

32 Joka tapauksessa Itävallan hallituksen mukaan mahdollisuus hakea BVG:n 144 §:n nojalla muutosta TCK:n päätöksiin Verfassungsgerichtshofilta täyttää sekä oikeussuojan vastaavuuden periaatteen että oikeussuojan tehokkuuden periaatteen vaatimukset (ks. asia C-312/93, Peterbroeck, tuomio 14.12.1995, Kok. 1995, s. I-4599, 12 kohta; em. asia Dorsch Consult, tuomion 40 kohta ja asia C-120/97, Upjohn, tuomio 21.1.1999, Kok. 1999, s. I-223, 32 kohta) ja myös direktiivin 90/387/ETY 5 a artiklan 3 kohdassa asetetut edellytykset.

33 Ruotsin hallituksen mukaan direktiivin 90/387/ETY 5 a artiklan 3 kohdassa ei ilmaista, mikä elin on toimivaltainen tutkimaan valituksen, vaan edellytetään jäsenvaltioiden ryhtyvän lisätoimiin toimivaltaisen elimen ja sovellettavien menettelysääntöjen määrittämiseksi. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä (em. asia Dorsch Consult) seuraa Ruotsin mukaan, ettei yhteisöjen tuomioistuimen asiana ole puuttua niiden toimivaltaongelmien ratkaisemiseen, joita yhteisön oikeusjärjestykseen perustuvien yksilön oikeuksien toteuttaminen saattaa tuottaa kansalliselle lainkäyttöjärjestelmälle.

34 Komissio painottaa, että direktiivin 90/387/ETY 5 a artiklan 3 kohdan sisältö on sama kuin julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) muutetun, julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33) 1 artiklan 1 kohdan. Kummassakin säännöksessä velvoitetaan jäsenvaltiot osoittamaan päätösvaltaisten viranomaisten toimivaltaiset instanssit, jotka voivat käsitellä asianosaisten muutoksenhaut näiden viranomaisten päätösten valvomiseksi. Tämän vuoksi komissio esittää, että yhteisöjen tuomioistuin nojautuisi julkisiin hankintoihin liittyviä muutoksenhakumenettelyjä koskevaan oikeuskäytäntöön (ks. em. asia Dorsch Consult; asia C-76/97, Tögel, tuomio 24.9.1998, Kok. 1998, s. I-5357 ja asia C-111/97, EvoBus Austria, tuomio 24.9.1998, Kok. 1998, s. I-5411) vastatessaan ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

35 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kunkin jäsenvaltion oikeusjärjestyksessä on osoitettava toimivaltainen tuomioistuin ratkaisemaan oikeusriitoja, jotka koskevat yhteisön oikeusjärjestykseen perustuvia yksilön oikeuksia, ottaen kuitenkin huomioon, että jäsenvaltioilla on velvollisuus taata kussakin yksittäistapauksessa näiden oikeuksien tehokas suoja. Tällä varauksella yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei ole puuttua niiden toimivaltaongelmien ratkaisemiseen, jotka tiettyjen yhteisön oikeuteen perustuvien oikeudellisten tilanteiden luonnehdinta saattaa aiheuttaa kansallisessa lainkäyttöjärjestelmässä (ks. mm. asia 179/84, Bozzetti, tuomio 9.7.1985, Kok. 1985, s. 2301, 17 kohta ja asia C-258/97, HI, tuomio 4.3.1999, Kok. 1999, s. I-1405, 22 kohta).

36 Vaikka direktiivin 90/387/EY 5 a artiklan 3 kohdassa velvoitetaan jäsenvaltiot kansallisella tasolla asianmukaisella järjestelmällä turvaamaan asianosaisten oikeus hakea riippumattomasta toimielimestä muutosta kansallisen sääntelyviranomaisen päätöksistä, siinä ei ilmaista, millä kansallisella toimielimellä kussakin jäsenvaltiossa on toimivalta tutkia tällaiset muutoksenhaut.

37 Sillä hetkellä, kun Verfassungsgerichtshof siirsi Connect Austrian valituksen Verwaltungsgerichtshofin käsiteltäväksi, mikä tapahtui 3.3.1999, direktiivin 90/387/EY 5 a artiklan 3 kohtaa ei ollut pantu täytäntöön Itävallan oikeudessa. Kuten Verfassungsgerichtshof aivan oikein on todennut ja toisin kuin Itävallan hallitus väittää, Verfassungsgerichtshofiin tehtävän valituksen kaltaista muutoksenhakuoikeutta, joka rajoittuu tapauksiin, joissa muutoksenhakija väittää, että hänen perustuslaillisia oikeuksiaan on loukattu tai että hänen vahingokseen on sovellettu lainvastaista asetusta, perustuslainvastaista lakia tai oikeusjärjestyksen vastaista kansainvälistä sopimusta, ei voida pitää direktiivin 90/387/EY 5 a artiklan 3 kohdassa tarkoitettuna asianmukaisena järjestelmänä, eikä se siten vastaa artiklan vaatimuksia.

38 Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan jäsenvaltioiden direktiiviin perustuva velvoite saavuttaa siinä säädetty tavoite sekä niiden velvollisuus EY 10 artiklan nojalla toteuttaa kaikki yleis- ja erityistoimenpiteet, jotka ovat aiheellisia tämän velvoitteen täyttämisen varmistamiseksi, kohdistuu kaikkiin jäsenvaltioiden viranomaisiin, mukaan lukien tuomioistuimet niiden toimivallan rajoissa. Tästä seuraa, että kansallisen tuomioistuimen on kansallista lainsäädäntöä soveltaessaan, riippumatta siitä, onko kyse direktiiviä edeltävistä vai sen jälkeen annetuista säännöksistä, tulkittava kansallista lainsäädäntöä mahdollisimman pitkälle direktiivin sanamuodon ja tarkoituksen mukaisesti, jotta direktiivillä tavoiteltu tulos saavutetaan ja jotta se siten noudattaa EY 249 artiklan kolmatta kohtaa (asia C-91/92, Faccini Dori, tuomio 14.7.1994, Kok. 1994, s. I-3325, Kok. Ep. XVI, s. I-1, 26 kohta; em. asia EvoBus Austria, tuomion 18 kohta; em. asia HI, tuomion 25 kohta ja asia C-262/97, Engelbrecht, tuomio 26.9.2000, Kok. 2000, s. I-7321, 38 ja 39 kohta).

39 Tämä vaatimus edellyttää kansallisen tuomioistuimen tutkivan, onko kansallisessa oikeusjärjestyksessä asianmukainen järjestelmä, jonka ansiosta oikeussubjekteilla on muutoksenhakuoikeus kansallisen sääntelyviranomaisen päätöksistä. Pääasian kaltaisissa olosuhteissa kansallisen tuomioistuimen on erityisesti tutkittava, voidaanko tätä muutoksenhakuoikeutta käyttää toimivaltaisessa tuomioistuimessa lähtökohtaisesti julkishallinnon toimien laillisuuden valvomiseksi (ks. vastaavasti em. asia EvoBus Austria, tuomion 19 kohta).

40 Jos tällainen direktiivin 90/387/EY 5 a artiklan 3 kohdan vaatimusten mukainen tulkinta kansallisesta oikeudesta ei ole mahdollinen, kansallisen tuomioistuimen velvollisuutena on soveltaa täysimääräisesti yhteisön oikeutta ja suojata siinä yksityisille annettuja oikeuksia ja tarvittaessa jättää soveltamatta säännöksiä siltä osin kuin niiden soveltaminen johtaisi yksittäistapauksessa yhteisön oikeuden vastaiseen lopputulokseen, kun taas sen jättäminen soveltamatta tekee kansallisesta oikeudesta yhdenmukaisen yhteisön oikeuden kanssa (ks. vastaavasti em. asia Engelbrecht, tuomion 40 kohta).

41 Tästä seuraa, että direktiivin 90/387/EY 5 a artiklan 3 kohdan vaatimukset täyttävän kansallisen tuomioistuimen, joka olisi toimivaltainen tutkimaan muutoksenhaun kansallisen sääntelyviranomaisen päätöksiin, ellei sitä estäisi BVG:n 133 §:n 4 momentin kaltainen kansallinen säännös, jossa nimenomaisesti suljetaan pois sen toimivalta, on jätettävä tämä soveltamatta.

42 Kansallisen oikeuden tulkitsemiseksi direktiivin 90/387/EY mukaisesti ja yksityisten oikeuksien tosiasiallisen suojan takaamiseksi kansallisen tuomioistuimen on varmistettava, että asiaa koskevissa kansallisissa säännöksissä yksityisille annetaan kansallisen sääntelyviranomaisen päätösten osalta mahdollisuus muutoksenhakuun, joka täyttää direktiivin 90/387/EY 5 a artiklan 3 kohdan vaatimukset. Jos direktiivin 90/387/EY 5 a artiklan 3 kohdan vaatimusten mukainen tulkinta kansallisesta oikeudesta ei ole mahdollinen, mainitut vaatimukset täyttävän kansallisen tuomioistuimen, joka olisi toimivaltainen tutkimaan muutoksenhaun kansallisen sääntelyviranomaisen päätöksiin, ellei sitä estäisi pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltainen kansallinen säännös, jossa nimenomaisesti suljetaan pois sen toimivalta, on jätettävä tämä soveltamatta.

Toinen ennakkoratkaisukysymys

Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset

43 Connect Austria väittää Mobilkomia EY 86 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuksi julkiseksi yritykseksi, jolla on niin ikään säännöksessä tarkoitettu yksinoikeus, koska se on ainoa yritys, joka voi käyttää analogista langatonta televerkkoa eli D-verkkoa. Mobilkom ei Connect Austrian mukaan ole suorittanut erillistä

maksua tästä luvasta, joka on voimassa 31.12.2007 saakka ja joka antaa sille oikeuden käyttää 2 × 11 MHz:n verkkoa, mitä se perustelee vetoamalla väitettyyn käyttövelvollisuuteen.

44 Connect Austrian väitteiden mukaan Mobilkomilla on noin 70 prosentin suuruisen hallitsevan osuutensa vuoksi määräävä asema Itävallan GSM-markkinoilla, joten EY 82 artiklaa voidaan soveltaa viimeksi mainittuun.

45 Connect Austrian mukaan näin ollen DCS 1800 -taajuuksien antaminen ilmaiseksi Mobilkomille, mikä salli sen säilyttää määräävän asemansa ja lujittaa tätä asemaa, on vastoin EY 82 ja EY 86 artiklaa yhdessä luettuina. Näiden taajuuksien annon seurauksena Mobilkom on nimittäin ainoa operaattori, joka voi tarjota täydellisen valikoiman teknisesti saatavissa olevia langattomia telepalveluja (niin analogisia kuin digitaalisia GSM 900- ja DCS 1800 -standardeihin perustuviakin). Ne huomattavat kilpailuedut, joita Mobilkomilla oli jo vuosien mittaan vallinneen monopoliasemansa takia sekä määräävän markkina-asemansa johdosta, joka sillä yhtä lailla oli ollut jo vuosia ja on edelleen, vahvistuivat hyvin merkittävästi. Tämä vaikutus on Connect Austrian mukaan mahdollista kompensoida vain velvollisuudella suorittaa korvaus lisätaajuuksien saannista DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta.

46 GSM-matkapuhelintoiminnan toiselle toiminnanharjoittajalle asetetuista ehdoista Italiassa 4 päivänä lokakuuta 1995 tehdystä komission päätöksestä 95/489/EY (EYVL L 280, s. 49) ja GSM-matkapuhelintoiminnan toiselle toiminnanharjoittajalle Espanjassa asetetuista ehdoista 18 päivänä joulukuuta 1996 tehdystä komission päätöksestä 97/181/EY (EYVL 1997, L 76, s. 19) käy yhtiön mukaan selkeästi ilmi, että se, että uudelle GSM-markkinoille tulijalle Italiassa ja Espanjassa määrätään yksipuolisesti maksu, teki mahdolliseksi sen, että vanhat julkiset puhelinyhtiöt, joilla oli monopoli, lujittivat määräävää asemaansa näillä markkinoilla EY 82 artiklan toisen kohdan b alakohdan ja EY 86 artiklan vastaisesti. Tämä pätee myös pääasian oikeudenkäynnissä.

47 Mobilkomille suotuisa kohtelu on Connect Austrian näkemyksen mukaan seurausta lainsäätäjän toimesta eli TKG:n 125 §:n 3 momentista sellaisena kuin TCK on momenttia tulkinnut.

48 Direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdassa, kun ne luetaan direktiivin kahdeksas perustelukappale huomioon ottaen, säädetään Connect Austrian käsityksen mukaan nimenomaisesti mahdollisuudesta sulkea DCS 1800 -lupien annon ulkopuolelle operaattorit, joilla jo on GSM-lupa, esimerkiksi silloin, kun määräävä asema vahvistuisi. Connect Austrian mukaan pääasian oikeudenkäynnissä toimivan kilpailun säilyminen direktiivissä 96/2/EY tarkoitetulla tavalla voidaan turvata vain sulkemalla Mobilkom DCS 1800 -tekniikan ulkopuolelle, tai ainakin Mobilkomin on suoritettava maksu DCS 1800 -taajuuksien käytöstä. Tältä osin yhtiö viittaa useiden miljardien ATS:ien investointikustannuksiin, jotka sitä itseään ovat kohdanneet vuoden 1997 puolivälistä.

49 Direktiivin 97/13/EY osalta Connect Austria toteaa, ettei ehdokkaita kohdella tämän direktiivin 9 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla yhdenvertaisesti, kun TKG:n 125 §:n 3 momenttia tulkitaan niin, että Mobilkom ja Max.mobil eivät ole velvollisia suorittamaan maksua lisätaajuuksien käytöstä, vaikka kaikkien muiden ehdokkaiden on läpäistävä TKG:n 22 §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä säädetty menettely.

50 TCK väittää vuoden 1993 Fernmeldegesetzin 20 a §:n 3 momentin b kohtaa koskevan lakiesityksen perusteluista ilmenevän, että TKG:n 125 §:n 3 momentin tarkoituksena on osaltaan vaikuttaa tehokkaan kilpailun turvaamiseen langattomien telepalvelujen markkinoilla ottaen huomioon erityisesti EY 82 ja EY 86 artikla sekä kilpailusta telepalvelumarkkinoilla 28 päivänä kesäkuuta 1990 annettu komission direktiivi 90/388/ETY (EYVL L 192, s. 10) ja direktiivi 96/2/EY.

51 Tarve TKG:n 125 §:n 3 momentin kaltaiseen siirtymäsäännökseen, jossa säädetään taajuuksien myöntämisen osalta erityistoimista niitä operaattoreita varten, joilla jo on GSM 900 -lupa, on TCK:n mukaan seurausta lupien myöntämismenettelyä varten olevan tarjouskilpailumenettelyn muuttamisesta. Kyseisen viranomaisen mukaan Mobilkom ja Max.mobil saivat lupansa aikana, jolloin lisätaajuuksien antaminen ei pääsääntöisesti edellyttänyt tarjouspyyntömenettelyä eikä maksun suorittamista näiden taajuuksien käytöstä.

52 Kyseinen siirtymäsäännös takaa TCK:n mukaan samanaikaisesti DCS 1800 -luvan — joka annettiin vuonna 1997 — myöntämistä koskevan tarjouskilpailun läpäisseelle ennustusvarmuuden ja ajan, jonka kuluessa se on turvassa kilpailulta, joita Itävallan lainsäätäjä on pitänyt tarpeellisina, jotta ne operaattorit, joilla jo on GSM 900 -lupa, eivät voi "horjuttaa" uuden tulokkaan tuloa markkinoille jo kehittämästään verkosta johtuvan lähtöasemaetunsa ansiosta ja tätä kautta vääristää tehokasta kilpailua tarjoamalla niin ikään DCS 1800 -standardiin perustuvia digitaalisia langattomia telepalveluja.

53 Operaattorien, joilla jo on GSM 900 -lupa, pitäisi TCK:n mielestä kuitenkin pystyä tarjoamaan tällaisia palveluja heti, kun niiden käytössä olevan GSM 900 -verkon kapasiteetin rajat saavutetaan, jotta niiden mahdollisuus hankkia merkittävämpi määrä tilaajia ei tyrehdy ylipääsemättömiin teknisiin ja taloudellisiin rajoitteisiin.

54 TKG:n 125 §:n 3 momentin tarkoituksena ei näet TCK:n näkemyksen mukaan ole jarruttaa kaupallisen toiminnan kasvua vaan taata taajuuksien tehokas käyttö.

55 EY 82 ja EY 86 artiklan soveltamisen osalta TCK korostaa, että DCS 1800 -standardille varatun taajuusalueen taajuudet eivät mahdollista sellaisten palve-

lujen tarjoamista, joita ei yhtä hyvin voida tarjota GSM 900 -standardille varatun alueen taajuuksilla, koska kumpaakin aluetta käytetään samoilla teknisillä järjestelmillä. Tämän vuoksi lisätaajuuksien myöntäminen Mobilkomille ei anna sille kilpailuetua.

56 Pääasian oikeudenkäynnin tapauksessa lisätaajuuksien antamatta jättäminen Mobilkomille olisi sitä vastoin merkinnyt kilpailun rajoittamista langattomien telepalvelujen markkinoilla, sillä tässä tapauksessa ainoastaan kahdella yrityksellä eli Max.mobililla ja Connect Austrialla olisi ollut mahdollisuus tosiasiallisesti osallistua kilpailuun, kun taas Mobilkom ei teknisistä syistä olisi kyennyt toimittamaan vastaavaa palvelujen laatua.

57 TCK:n mielestä lisätaajuuksien antaminen TKG:n 125 §:n 3 momentin mukaisesti ilman erillistä maksua ei myöskään anna aihetta vastaväitteisiin kilpailusääntöjen kannalta. On nimittäin otettava kokonaisvaltaisesti huomioon maksut, jotka on suoritettu luvan myöntämisestä tai taajuuksien käytöstä, sekä taajuuksien antamisen merkittävyys ja markkinoille tulon ajankohta.

58 Mobilkom ja Max.mobil maksoivat TCK:n mukaan kumpikin 4 miljardin ATS:n suuruisen maksun 2 × 8 MHz:n taajuuksista GSM 900 -standardille varatulta taajuusalueelta. Connect Austria puolestaan maksoi 2,3 miljardin ATS:n suuruisen maksun 2 × 16,8 MHz:n taajuuksista ja myöhemmästä mahdollisesta laajennuksesta 2 × 22,5 MHz:n taajuuksiin ilman lisämaksua. TCK sanoo lisäksi hyväksyneensä 3.4.2000 tätä tarkoittavan hakemuksen. Connect Austria maksoi siis kilpailijoitaan paljon pienemmän maksun ja sai tähän hintaan paremmat taajuudet.

59 Direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdan osalta TCK huomauttaa, että edellä todetusta ilmenee TCK:n ottaneen huomioon kilpailusääntöjen vaatimukset riidanalaista päätöstä tehdessään.

60 Direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohdan ja 11 artiklan 2 kohdan osalta TCK toteaa, ettei säännöksillä ole välittömiä oikeusvaikutuksia, koska niissä jätetään jäsenvaltioille laaja harkintavalta, kun niille annetaan mahdollisuus periä maksu tai olla sitä perimättä.

61 Mobilkom väittää EY 82 ja EY 86 artiklan osalta olevansa vain yksi operaattori muiden joukossa langattomien telepalvelujen alalla, koska sillä ei ole yksinoikeutta eikä erityisoikeuksia. Toiseksi lisätaajuuksien antaminen sille ei voi olla määräävän aseman laajenemista läheisille markkinoille, sillä molemmat digitaaliset langattomat televiestintäjärjestelmät, GSM 900 ja DCS 1800, liittyvät samoihin tuotemarkkinoihin ja korvautuvat keskenään teknisen kapasiteetin ja tuotteen ominaisuuksien kannalta.

62 Direktiivin 96/2/EY osalta Mobilkom huomauttaa, että lisätaajuuksien anto DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta GSM 900 -luvan haltijana oleville operaattoreille siinä tapauksessa, että näiden kapasiteetti loppuu, jotta nämä voivat edelleen kilpailla, ei haittaa kilpailua vaan suosii sitä. Sitä vastoin kilpailua vahingoittaisi, jos Connect Austrialle vain myönnettäisiin DCS 1800 -standardiin perustuvien digitaalisten langattomien telepalvelujen monopoli.

63 Direktiivin 97/13/EY Mobilkom toteaa lähtevän periaatteesta, jonka mukaan taajuuksien antaminen tapahtuu maksutta, ja ainoastaan tietyissä erityistapauksissa maksut on sallittu. Direktiivin 97/13/EY 11 artiklassa asetetaan

jäsenvaltioille rajoituksia maksujen määräämisen osalta, mutta ei velvoiteta niitä kantamaan maksua. Saman direktiivin 9 artiklan perusteella ei yhtiön mukaan päästä muuhun lopputulokseen, sillä säännöksessä säännellään yksittäisten lupien myöntämismenettelyä eikä lisätaajuuksien antamista.

64 Mobilkom muistuttaa lopuksi, että suhteessa itseensä ja Max.mobiliin Connect Austria on saanut selvästi merkittävämmän määrän taajuuksia paljon edullisempaan hintaan. Lisätaajuuksien antaminen ilmaiseksi Mobilkomille ja Max.mobilille on näin ollen ehdottoman välttämätöntä tämän edun kompensoimiseksi edes osittain.

65 Itävallan hallitus toteaa, että TKG:n 125 §:n 3 momentti säädettiin, jotta annettaisiin Itävallassa ensimmäisen DCS 1800 -luvan haltijalle — joka on samalla kolmas luvanhaltija langattomien telepalvelujen alalla — mahdollisuus saavuttaa kahden markkinoille sitä aiemmin tulleen kilpailijan kilpailuetu.

66 Itävallan hallituksen mukaan kahden ensimmäisen langattomien telepalvelujen alalla luvan saaneen alun perin suorittama maksu määräytyi ottaen huomioon mahdollinen myöhemmin tapahtuva lisätaajuuksien saaminen ilmaiseksi TKG:n 125 §:n 3 momentin nojalla siinä tapauksessa, että nämä kaksi luvanhaltijaa tuntisivat siihen tarvetta. Silloisessa oikeudellisessa tilanteessa ne saattoivat perustellusti laskea sen varaan.

67 EY 82 ja EY 86 artiklan osalta Itävallan hallitus korostaa, että lisätaajuuksien antamisesta TKG:n 125 §:n 3 momentin nojalla päätettiin objektiivisten kriteerien perusteella, jotka riippuivat matkaviestintäoperaattorin kaupallisesta

menestyksestä ja matkaviestintäpalvelujen kysynnästä. Näin ollen mahdollisuus antaa lisätaajuuksia julkiselle yritykselle ei voi olla vastoin EY 86 ja EY 82 artiklan säännöksiä (ks. asia 85/76, Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomio 13.2.1979, Kok. 1979, s. 461, Kok. Ep. IV, s. 341, 91 kohta).

68 Direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdan osalta Itävallan hallitus huomauttaa, että siinä käytettyä "tehokkaan kilpailun" käsitettä on tulkittava yhteisöjen tuomioistuimen EY 82 artiklaa koskevan oikeuskäytännön valossa, ja viittaa tältä osin edellä mainitussa asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio annetun tuomion 38 kohtaan. Käytettävissään olevien lukujen perusteella Itävallan hallitus katsoo, ettei yhdelläkään langattomien telepalvelujen markkinoilla olevalla yrityksellä ole merkille pantavaa itsenäistä asemaa suhteessa kilpailijoihinsa, joten yhteisön oikeuden vaatimuksia vastaava tehokas kilpailu on sen mielestä turvattu.

69 Lisäksi TKG:n 125 §:n 3 momentilla pyritään suojaamaan uusien tulokkaiden investointeja, kuten direktiivin 96/2/EY kahdeksannessa perustelukappaleessa edellytetään.

70 Lopuksi direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohdan ja 11 artiklan 2 kohdan osalta Itävallan hallitus toteaa, että Connect Austria maksoi 2,3 miljardia ATS 2 × 22,5 MHz:n taajuuksista, kun taas Mobilkom maksoi 4 miljardia ATS 2 × 8 MHz:n taajuuksista.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

71 TKG:n 125 §:n 3 momentin tulkinnan osalta on aluksi muistettava, ettei yhteisöjen tuomioistuimen asiana ole ottaa kantaa kansallisten säännösten tulkintaan vaan yhteisöjen tuomioistuinten ja kansallisten tuomioistuinten välisen toimivallanjaon puitteissa ottaa huomioon ennakkoratkaisupyynnössä esitetyt, ennakkoratkaisukysymykseen liittyvät tosiasiat ja oikeudelliset seikat, sellaisina kuin kansallinen tuomioistuin on ne määritellyt (ks. asia C-475/99, Ambulanz Glöckner, tuomio 25.10.2001, Kok. 2001, s. I-8089, 10 kohta).

EY 82 artiklan ja EY 86 artiklan 1 kohdan tulkinta

72 EY 86 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltiot eivät toteuta eivätkä pidä voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee julkisia yrityksiä taikka yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia ja joka on ristiriidassa EY-sopimuksen, muun muassa EY 82 artiklan, kanssa.

73 EY 82 artiklassa kielletään määräävän markkina-aseman väärinkäyttö yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

74 Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että Mobilkom on julkinen yritys, jolla on määräävä asema GSM 900 -standardiin perustuvien langattomien digitaalisten telepalvelujen markkinoilla.

75 Vaikka onkin kansallisen tuomioistuimen asiana määrittää kyseessä olevat palvelumarkkinat, yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on todettu, että jotta markkinoita voidaan pitää riittävän homogeenisina ja muista erillisinä, palvelu on voitava yksilöidä sellaisten erityisominaisuuksien perusteella, jotka erottavat sen muista palveluista siinä määrin, että kuluttaja ei voi kunnolla korvata sitä niillä ja että se ei juurikaan joudu kilpailemaan niiden kanssa (ks. vastaavasti asia 27/76, United Brands v. komissio, tuomio 14.2.1978, Kok. 1978, s. 207, Kok. Ep. IV, s. 9, 11 ja 12 kohta ja asia 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro, tuomio 11.4.1989, Kok. 1989, s. 803, Kok. Ep. X, s. 21, 40 kohta). Tällöin huomioon on otettava paitsi niiden objektiiviset ominaisuudet, myös kilpailuolosuhteet sekä markkinoiden kysynnän ja tarjonnan rakenne (asia 322/81, Michelin v. komissio, tuomio 9.11.1983, Kok. 1983, s. 3461, 37 kohta).

76 Tämän vuoksi kansallisen tuomioistuimen on tutkittava tässä tapauksessa seuraavat seikat:

— onko olemassa kolmet erilliset markkinat eli analogisten langattomien telepalvelujen markkinat, GSM 900 -standardiin perustuvien digitaalisten langattomien telepalvelujen markkinat ja DCS 1800 -standardiin perustuvien digitaalisten langattomien telepalvelujen markkinat, vai

— onko olemassa kahdet erilliset markkinat eli analogisten langattomien telepalvelujen markkinat sekä GSM 900- ja DCS 1800 -standardiin perustuvien digitaalisten langattomien telepalvelujen markkinat, vai

— onko olemassa vain yhdet markkinat eli langattomien telepalvelujen markkinat, jotka käsittävät sekä analogisten langattomien telepalvelujen markkinat että GSM 900- ja DCS 1800 -standardiin perustuvien digitaalisten langattomien telepalvelujen markkinat.

77 Tässä tarkoituksessa kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, korvaavatko kuluttajan kannalta toisensa GSM 900 -standardiin perustuvat digitaaliset langattomat telepalvelut ja DCS 1800 -standardiin perustuvat digitaaliset langattomat telepalvelut, ja tätä tutkiessaan selvitettävä kahdella taajuusalueella toimivien kaksitaajuusmatkapuhelinten saatavuus. Sen on myös tutkittava, mikä merkitys on analogisten langattomien telepalvelujen markkinoilla, ja esiintyykö erityisesti suurkaupunkien paikallistasolla kilpailua näiden kolmen järjestelmän välillä.

78 Mikäli kansallinen tuomioistuin toteaa relevanttien markkinoiden olevan kaikkien langattomien telepalvelujen markkinat, asiakirjoista käy ilmi, että Mobilkomilla on määräävä asema myös näillä markkinoilla.

79 Koska Mobilkomin määräävä markkina-asema ulottuu jäsenvaltion alueelle, se on omiaan muodostamaan EY 82 artiklan vastaisen määräävän aseman yhteismarkkinoiden merkittävällä osalla (ks. vastaavasti asia C-340/99, TNT Traco, tuomio 17.5.2001, Kok. 2001, s. I-4109, 43 kohta).

80 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan jäsenvaltio rikkoo EY 86 artiklan 1 kohdassa ja EY 82 artiklassa asetettuja kieltoja, jos se saa lailla, asetuksella tai hallinnollisilla toimenpiteillä aikaan tilanteen, jossa julkinen yritys tai yritys, jolle se on myöntänyt erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia, väistämättä syyllistyy määräävän markkina-asemansa väärinkäyttöön (ks. vastaavasti mm. asia C-18/88, GB-Inno-BM, tuomio 13.12.1991, Kok. 1991, s. I-5941, Kok. Ep. XI, s. I-551, 20 kohta; asia C-242/95, GT-Link, tuomio 17.7.1997, Kok. 1997, s. I-4449, 33 ja 34 kohta sekä asia C-203/96, Dusseldorp ym., tuomio 25.6.1998, Kok. 1998, s. I-4075, 61 kohta).

81 Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen, joka pyrkii lujittamaan tätä asemaa vääristyneellä kilpailulla, menettelytavat ovat määräävän aseman väärinkäyttöä (ks. vastaavasti em. asiat Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 90 kohta, ja Michelin v. komissio, tuomion 73 kohta).

82 Tämä pätee myös silloin, kun tietyillä markkinoilla määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii menettelyllään ulottamaan vääristyneellä kilpailulla tämän asemansa läheisille mutta erillisille markkinoille.

83 Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä käy ilmi, että perustamissopimuksen mukainen vääristymätön kilpailu voidaan taata ainoastaan varmistamalla yhtäläiset mahdollisuudet taloudellisten toimijoiden välillä (ks. asia C-202/88, Ranska v. komissio, tuomio 19.3.1991, Kok. 1991, s. I-1223, 51 kohta ja em. asia GB-Inno-BM, tuomion 25 kohta).

84 Jos talouden toimijoiden epäyhtäläiset mahdollisuudet, ja niin muodoin vääristynyt kilpailu, johtuvat valtion toimesta, tällainen toimi on vastoin EY 86 artiklan 1 kohtaa ja EY 82 artiklaa.

85 Tältä osin on todettava, että se seikka, että pääasian oikeudenkäynnissä uuden tulokkaan kyseisillä markkinoilla eli kolmannen kansallisen operaattorin langattomien telepalvelujen alalla on suoritettava maksu DCS 1800 -luvan saannista, vaikka ensimmäiselle kansalliselle operaattorina olevalle julkiselle yritykselle annetaan lisätaajuuksia DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman erillisen maksun suorittamisvelvollisuutta, on omiaan saamaan aikaan kilpailuedun, jonka ansiosta viimeksi mainittu voi joko laajentaa määräävää asemaansa DCS 1800 -standardiin perustuvien langattomien digitaalisten

telepalvelujen markkinoille tai vahvistaa määräävää asemaansa relevanttien markkinoiden määrittämisen mukaan joko digitaalisten langattomien telepalvelujen markkinoilla tai langattomien telepalvelujen markkinoilla, vääristyneen kilpailun turvin, ja tätä kautta rikkoa EY 82 artiklaa.

86 DCS 1800 -luvan saaneelle kilpailijalleen eli Connect Austrialle asetetun taloudellisen taakan seurauksena näet Mobilkom, joka on määräävässä asemassa oleva julkinen yritys ja — kuten Connect Austria aivan oikein toteaa — entinen monopoli, jolla on jo eräitä etuja puolellaan, kuten analogisten langattomien telepalvelujen markkinoilla oleminen ja GSM 900 -standardiin perustuvien digitaalisten langattomien telepalvelujen markkinoilla oleminen sekä merkittävä määrä asiakkaita, voisi olla tilanteessa, jossa se joutuisi tarjoamaan alempia hintoja erityisesti DCS 1800 -järjestelmän tilaajille ja ryhtymään voimallisiin mainoskampanjoihin sellaisissa oloissa, joissa Connect Austrian olisi vaikea kilpailla sen kanssa.

87 Näin ollen pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltainen kansallinen säännöstö, jonka mukaan on mahdollista myöntää ilman erillistä maksua lisätaajuuksia DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle, vaikka uusi tulokas kyseisille markkinoille on joutunut suorittamaan maksun DCS 1800 -luvastaan, on omiaan saamaan julkisen yrityksen rikkomaan EY 82 artiklaa relevanttien markkinoiden määrittämisen mukaan joko laajentamalla tai lujittamalla määräävää asemaansa vääristyneen kilpailun turvin. Koska tässä tapauksessa kilpailun vääristyminen johtuisi valtion toimesta, joka synnyttää tilanteen, jossa asianomaisten eri talouden toimijoiden yhtäläisiä mahdollisuuksia ei ole varmistettu, kyseinen toimi on omiaan rikkomaan EY 86 artiklan 1 kohtaa ja EY 82 artiklaa.

88 Ennakkoratkaisupyynnöstä kuitenkin ilmenee, että pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevassa tapauksessa Mobilkom ja Max.mobil maksoivat kumpikin 4 miljardia ATS luvista, joissa kummallekin myönnetään 2 × 8 MHz:n taajuuksia

GSM 900 -standardille varatulta taajuusalueelta, kun taas Connect Austria maksoi 2,3 miljardia ATS luvasta, jossa sille annettiin 2 × 16,8 MHz:n taajuuksia — ja 2 × 22,5 MHz:n taajuuksia 300 000 asiakkaan saamisen jälkeen — DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta.

89 Tältä osin on huomattava, ettei pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltainen kansallinen lainsäädäntö ole EY 82 artiklan ja EY 86 artiklan 1 kohdan vastainen, mikäli kyseisille eri operaattoreille määrätyt maksut luvista ottaen huomioon lisätaajuuksien antamisen DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman erillistä maksua määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle on katsottava olevan sopusoinnussa sen vaatimuksen kanssa, joka koskee talouden eri toimijoiden yhtäläisiä mahdollisuuksia, ja siten takaavan vääristymättömän kilpailun.

90 Jos määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle määrätty maksu GSM 900 -luvasta, mukaan luettuna myöhempi taajuuksien antaminen DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman lisämaksua, näyttää taloudellisesti katsoen yhtäläiseltä siihen maksuun nähden, joka on määrätty DCS 1800 -luvan saaneelle kilpailijalle, pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaisen kansallisen lainsäädännön on katsottava turvaavan yhtäläiset mahdollisuudet talouden eri toimijoille ja siten takaavan vääristymättömän kilpailun.

91 Kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, onko näin asian laita pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevassa asiassa.

92 Koska maksujen määrän vahvistaminen edellyttää monitahoista taloudellista arviointia, kansallisten viranomaisten ei voida edellyttää tältä osin noudattavan

ankaria kriteereitä sikäli kuin ne pitäytyvät yhteisön oikeuden asettamissa rajoissa.

93 Tutkinnan yhteydessä kansallisen tuomioistuimen on selvitettävä asianomaisten lupien taloudellinen arvo ottamalla huomioon annettujen eri taajuuksien merkittävyys kunkin kyseisen operaattorin markkinoilletulon hetkellä sekä sen merkittävyys, että on mahdollista tehdä kokonaistarjous langattomista telepalvelujärjestelmistä.

94 Connect Austrian sen väitteen osalta, jonka mukaan Mobilkom ei suorittanut maksua analogisten langattomien telepalvelujen suorittamisen sallivasta luvasta, kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, onko lupa otettava huomioon sen tutkiessa sitä, ovatko Itävallan viranomaiset noudattaneet velvollisuutta varmistaa yhtäläiset mahdollisuudet talouden eri toimijoille, kun otetaan huomioon ajankohta, jona lupa myönnettiin, tuolloin voimassa ollut lainsäädäntö, mahdollinen käyttövelvollisuus ja tarpeen mukaan luvan taloudellinen arvo erityisesti siitä lähtien, kun langattomien telepalvelujen sektori avattiin kilpailulle.

95 Tästä seuraa, että EY 82 artikla ja EY 86 artiklan 1 kohta ovat lähtökohtaisesti esteenä pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan on mahdollista myöntää ilman erillistä maksua DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta lisätaajuuksia määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle, jolla jo on GSM 900 -lupa, vaikka kyseisille markkinoille tulleen uuden tulokkaan on suoritettava maksu DCS 1800 -luvan saannista. Mainitut määräykset eivät kuitenkaan ole esteenä tällaiselle kansalliselle lainsäädännölle, mikäli tälle määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle määrätty maksu GSM 900 -luvasta, mukaan luettuna myöhempi taajuuksien antaminen DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman lisämaksua, näyttää taloudellisesti katsoen yhtäläiseltä siihen maksuun nähden, joka on määrätty DCS 1800 -luvan saaneelle kilpailijalle.

Direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdan rikkominen

96 Direktiivin 96/2/EY osalta on muistettava, että sillä on tarkoitus ottaa käyttöön lainsäädäntöä, jonka nojalla voidaan käyttää matkaviestinnän ja henkilökohtaisen viestinnän tarjoamat mahdollisuudet siten, että poistetaan mahdollisimman nopeasti kaikki yksin- ja erityisoikeudet ja että poistetaan matkapuhelinverkko-operaattoreiden osalta sekä rajoitukset, jotka koskevat vapautta käyttää kyseisiä verkkoja ja kehittää niitä operaattoreiden toimilupien tai muiden lupien kattamien toimintojen harjoittamiseksi, että kilpailun vääristymät, ja mahdollistetaan se, että nämä operaattorit voivat hallita kulunsa (ks. yhdistetyt asiat C-396/99 ja C-397/99, komissio v. Kreikka, tuomio 16.10.2001, Kok. 2001, s. I-7577, 25 kohta).

97 Tämän tavoitteen mukaisesti direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltiot eivät 1.1.1998 alkaen saa kieltäytyä myöntämästä toimilupia DCS 1800 -standardin mukaisille matkaviestinjärjestelmille (ks. em. asiat komissio v. Kreikka, tuomion 26 kohta).

98 Direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdasta ilmenee, että jäsenvaltiot voivat ulottaa voimassa olevien digitaalisten langattomien telepalvelujen tarjoamista varten olevien lupien soveltamisalaa digitaalisten langattomien GSM 900- ja DCS 1800 -standardien mukaisten telejärjestelmien yhdistelmiin ainoastaan siinä tapauksessa, että tällainen ulottaminen on perusteltua, jotta varmistettaisiin asianomaisilla markkinoilla kilpailevien operaattoreiden välinen tehokas kilpailu.

99 Direktiivin 96/2/EY 2 artiklan kahdeksannessa perustelukappaleessa todetaan, että DCS 1800 -lupien myöntämismenettelyä käyttöön otettaessa jäsenvaltioiden olisi otettava huomioon näiden alojen uusien yrittäjien investointien edistäminen. Jäsenvaltioilla olisi oltava mahdollisuus olla myöntämättä toimilupia nykyisille operaattoreille, esimerkiksi alueellaan jo olemassa olevilla GSM-operaattoreille,

jos voidaan osoittaa, että tämä hävittäisi tehokkaan kilpailun erityisesti laajentamalla niiden määräävää markkina-asemaa. Erityisesti jos jäsenvaltio myöntää tai on jo myöntänyt DCS 1800 -järjestelmän toimilupia, uusia lupia tai lisätoimilupia nykyisille GSM- tai DCS 1800 -järjestelmän operaattoreille voidaan myöntää ainoastaan, jos varmistetaan tehokas kilpailu.

100 Tältä osin on todettava, että jos määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle annettu voimassa oleva GSM 900 -lupa ulotetaan ilman erillistä maksua lisätaajuuksiin DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta, vaikka kyseisille markkinoille tulleen uuden tulokkaan on suoritettava maksu DCS 1800 -luvan saannista, jolloin kyseisten eri operaattorien yhtäläisiä mahdollisuuksia ei ole turvattu, ja kilpailu siten vääristyy, tätä luvan laajennusta ei voida pitää direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 2 artiklan 4 kohdan nojalla oikeutettuna.

101 Tämän vuoksi TKG:n 125 §:n 3 momentin kaltainen kansallinen säännös, joka sallii tällaisen laajennuksen, on direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdan vastainen.

102 Kuten kuitenkin tämän tuomion 90 kohdassa on todettu, jos määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle määrätty maksu GSM 900 -luvasta, mukaan luettuna myöhempi taajuuksien antaminen DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman lisämaksua, näyttää taloudellisesti katsoen yhtäläiseltä siihen maksuun nähden, joka on määrätty DCS 1800 -luvan saaneelle kilpailijalle, pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaisen kansallisen lainsäädännön on katsottava turvaavan yhtäläiset mahdollisuudet talouden eri toimijoille ja siten takaavan vääristymättömän kilpailun, minkä vuoksi se aivan ilmeisestikin on direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdan mukainen, koska se turvaa asianomaisilla markkinoilla kilpailevien operaattoreiden välisen tehokkaan kilpailun.

103 Kansallisen tuomioistuimen asiana on tutkia yhteisöjen tuomioistuimen tämän tuomion 92—94 kohdassa antamien viitteiden perusteella, onko pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevassa asiassa näin.

104 Tässä yhteydessä on huomattava, että direktiivin 96/2/EY 15 perustelukappaleen mukaan taajuuksien mahdollisten käyttömaksujen olisi oltava suhteessa tosiasiallisesti myönnettyjen kanavien lukumäärään.

105 Tästä seuraa, että direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohta on lähtökohtaisesti esteenä pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan on mahdollista myöntää DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman erillistä maksua lisätaajuuksia määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle, jolla jo on GSM 900 -lupa, vaikka kyseisille markkinoille tulleen uuden tulokkaan on suoritettava maksu DCS 1800 -luvan saannista. Mainitut kohdat eivät kuitenkaan ole esteenä tällaiselle kansalliselle lainsäädännölle, mikäli tälle määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle määrätty maksu GSM 900 -luvasta, mukaan luettuna myöhempi taajuuksien antaminen DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman lisämaksua, näyttää taloudellisesti katsoen yhtäläiseltä siihen maksuun nähden, joka on määrätty DCS 1800 -luvan saaneelle kilpailijalle.

106 Connect Austria on kuitenkin väittänyt myös, että pääasian oikeudenkäynnissä toimivan kilpailun säilyminen direktiivissä 96/2/EY tarkoitetulla tavalla voidaan turvata vain sulkemalla Mobilkom täysin DCS 1800 -standardille varatun taajuusalueen taajuuksien myöntämisen ulkopuolelle.

107 Tältä osin on muistettava, että TKG:n 125 §:n 3 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan viranomainen voi antaa voimassaolevan GSM 900 -luvan haltijoille lisätaajuuksia DCS 1800 -järjestelmää varten varatulta taajuusalueelta vasta kun vähintään kolme vuotta on kulunut vuonna 1997 annetun DCS 1800 -luvan

myöntämisestä, ja kullekin enintään 5 MHz. Tällaisessa säännöksessä otetaan huomioon uusien yrittäjien investointien edistämistä koskeva vaatimus, kuten direktiivin 96/2/EY kahdeksannessa perustelukappaleessa edellytetään, sekä saman direktiivin 15 perustelukappaleen ensimmäisessä kappaleessa ilmaistu huoli siitä, että koska matkaviestinnän ja henkilökohtaisen viestinnän järjestelmissä radiotaajuudet muodostavat merkittävän pullonkaulan, tehokkaan kilpailun kehittyminen televiestintäalalla voi olla objektiivinen peruste olla myöntämättä taajuuksia operaattoreille, joilla jo on määräävä maantieteellinen markkina-asema.

108 TKG:n 125 §:n 3 momentin toisesta virkkeestä käy kuitenkin ilmi, että jos osoitetaan, että GSM 900 -luvan jo saaneiden operaattorien tilaajakapasiteetti on kaikkien taloudellisesti hyväksyttävien teknisten mahdollisuuksien hyödyntämisen jälkeen loppuun käytetty, näille operaattoreille voidaan antaa lisätaajuuksia DCS 1800 -järjestelmää varten vahvistetulta taajuusalueelta.

109 Tältä osin on todettava, että DCS 1800 on digitaalinen matkaviestinjärjestelmä, joka perustuu kansainväliseen GSM-standardiin mutta käyttää 900 MHz:n taajuusalueen sijaan 1800 MHz:n taajuusaluetta. Periaatteessa DCS 1800 -taajuusalueella on enemmän käytettävissä olevia taajuuksia kuin GSM 900 -taajuusalueella, mikä mahdollistaa järjestelmälle enemmän tilaajia ja enemmän liikennettä samanaikaisesti. Koska ylempien taajuuksien ala on rajatumpi, kunkin DCS 1800 -tukiaseman solut ovat GSM 900 -järjestelmään nähden pienempiä, mikä merkitsee tukiasemien suurempaa tiheyttä ja niin muodoin verkkoa, jolla on suurempi kapasiteetti.

110 Vuoden 1993 Fernmeldegesetzin 20 a §:n 3 momentin b kohdan — jonka sanamuoto on sanasta sanaan otettu TKG:n 125 §:n 3 momenttiin — säätämisen ajankohtaan langattomat digitaaliset GSM 900 -standardiin perustuvat televerkot olivat useissa jäsenvaltioissa vaarassa pian suurkaupungeissa ruuhka-aikoina tukkeutua tilaajamäärien hyvin nopean kasvun takia. Järjestelmästä

toiseen siirtymään kykenevien kaksitaajuuspuhelinten saapumisen myötä DCS 1800 -tukiasemien perustaminen suurkaupunkeihin GSM 900 -tukiasemien lisäksi teki GSM 900 -verkon operaattoreille mahdolliseksi vähentää tätä tilaajamäärien kasvusta johtuvaa tukkeutumista.

111 Tässä tilanteessa on ilmeistä, että pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaista kansallista lainsäädäntöä, jonka mukaan vähintään kolmen vuoden kuluttua vuonna 1997 annetun DCS 1800 -luvan saannista saadaan myöntää DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta rajallisesti lisätaajuuksia operaattoreille, joilla jo on GSM 900 -lupa, myös määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle, ja jonka mukaan toisaalta tällainen taajuuksien antaminen on sallittua ennen kyseisen ajan umpeutumista, jos näiden operaattorien tilaajakapasiteetti on todistettavasti kaikkien taloudellisesti hyväksyttävien teknisten mahdollisuuksien hyödyntämisen jälkeen loppuun käytetty, on pidettävä direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdassa tarkoitetulla tavalla perusteltuna, jotta varmistettaisiin asianomaisilla markkinoilla kilpailevien operaattoreiden välinen tehokas kilpailu.

112 Tästä seuraa, etteivät direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdat lähtökohtaisesti ole esteenä pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan vähintään kolmen vuoden kuluttua vuonna 1997 annetun DCS 1800 -luvan saannista saadaan myöntää DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta rajallisesti lisätaajuuksia operaattoreille, joilla jo on GSM 900 -lupa, ja myös tällaiselle määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle. Mainitut kohdat eivät myöskään ole esteenä pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan tällainen taajuuksien antaminen on sallittua ennen kyseisen ajan umpeutumista, jos näiden operaattorien tilaajakapasiteetti on todistettavasti kaikkien taloudellisesti hyväksyttävien teknisten mahdollisuuksien hyödyntämisen jälkeen loppuun käytetty.

Direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohdan ja 11 artiklan 2 kohdan tulkinta

113 Direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohdan ja 11 artiklan 2 kohdan osalta kansallinen tuomioistuin kysyy, estääkö siinä säädetty syrjintäkielto pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaisen kansallisen lainsäädännön, jonka mukaan on mahdollista myöntää ilman erillistä maksua DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta lisätaajuuksia operaattoreille, joilla jo on GSM 900 -lupa, vaikka DCS 1800 -luvan haltijan oli suoritettava maksu luvastaan.

114 Tältä osin on todettava ensinnäkin, että vastoin TCK:n väitteitä direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohta ja 11 artiklan 2 kohta ovat sisällöltään ehdottomia ja riittävän täsmällisiä, joten vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan (ks. mm. asia 8/81, Becker, tuomio 19.1.1982, Kok. 1982, s. 53, Kok. Ep. VI, s. 295, 25 kohta ja asia C-141/00, Kügler, tuomio 10.9.2002, Kok. 2002, s. I-6833, 51 kohta) niihin voidaan määräajassa tapahtuneen täytäntöönpanon puuttuessa vedota kaikkia sellaisia kansallisia oikeussääntöjä vastaan, jotka eivät ole direktiivin säännösten mukaisia, tai siltä osin kuin niissä määritellään oikeuksia, joihin yksityiset voivat vedota suhteessa valtioon.

115 Toiseksi on muistettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan syrjintänä on pidettävä sitä, että toisiinsa rinnastettavia tapauksia kohdellaan eri tavalla, minkä vuoksi tietyt toimijat joutuvat epäedulliseen asemaan muihin verrattuna ilman, että tällainen eriarvoinen kohtelu olisi perusteltua merkityksellisten objektiivisten erojen vuoksi (ks. mm. yhdistetyt asiat 17/61 ja 20/61, Klöckner-Werke ja Hoesch vastaan korkea viranomainen, tuomio 13.7.1962, Kok. 1962,

s. 615 ja 652 ja asia C-351/98, Espanja v. komissio, tuomio 26.2.2002, Kok. 2002, s. I-8031, 57 kohta).

116 Olematta tarpeen ratkaista sitä, sovelletaanko direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohtaa ainoastaan lupien myöntämiseen vai myös lisätaajuuksien antamiseen, on todettava, että mikäli olemassa oleville operaattoreille määrätty maksu GSM 900 -luvasta, mukaan luettuna myöhempi taajuuksien antaminen DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman lisämaksua, näyttää taloudellisesti katsoen yhtäläiseltä siihen maksuun nähden, joka on määrätty DCS 1800 -luvan saaneelle operaattorille, tällainen antaminen ei ole toisiinsa rinnastettavien tapausten kohtelemista eri tavalla.

117 Kansallisen tuomioistuimen asiana on tutkia yhteisöjen tuomioistuimen tämän tuomion 92—94 kohdassa antamien viitteiden perusteella, onko pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevassa asiassa näin.

118 Tästä seuraa, että direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohdan ja 11 artiklan 2 kohdassa säädetty syrjintäkielto ei ole esteenä pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan on mahdollista myöntää DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman erillistä maksua lisätaajuuksia operaattoreille, joilla jo on GSM 900 -lupa, vaikka DCS 1800 -luvan saaneelle operaattorille maksu on määrätty, mikäli olemassa oleville operaattoreille määrätty maksu GSM 900 -luvasta, mukaan luettuna myöhempi taajuuksien antaminen DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman lisämaksua, on taloudellisesti katsoen ilmeisen yhtäläinen siihen maksuun nähden, joka on määrätty DCS 1800 -luvan saaneelle operaattorille.

Oikeudenkäyntikulut

119 Yhteisöjen tuomioistuimelle huomautuksensa esittäneille Itävallan ja Ruotsin hallituksille ja Euroopan yhteisöjen komissiolle aiheutuneita oikeudenkäyntikuluja ei voida määrätä korvattaviksi. Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (viides jaosto)

on ratkaissut Verwaltungsgerichtshofin 24.11.1999 tekemällään päätöksellä esittämät kysymykset seuraavasti:

1) Kansallisen oikeuden tulkitsemiseksi telepalvelujen sisämarkkinoiden toteuttamisesta saamalla aikaan avoimen verkon tarjoaminen 28 päivänä kesäkuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/387/ETY, sellaisena kuin tuo direktiivi on muutettuna 6 päivänä lokakuuta 1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/51/EY, mukaisesti ja yksityisten oikeuksien tosiasiallisen suojan takaamiseksi kansallisen tuomioistuimen on varmistettava, että asiaa koskevissa kansallisissa säännöksissä yksityisille annetaan kansallisen sääntelyviranomaisen päätösten osalta mahdollisuus muutoksenhakuun, joka täyttää direktiivillä 97/51/EY muutetun direktiivin 90/387/EY 5 a artiklan 3 kohdan vaatimukset. Jos kyseisen direktiivin 5 a artiklan 3 kohdan vaatimusten mukainen tulkinta kansallisesta oikeudesta ei ole mahdollinen, mainitut vaatimukset täyttävän kansallisen tuomioistuimen, joka olisi toimivaltainen tutkimaan muutoksenhaun kansallisen

sääntelyviranomaisen päätöksiin, ellei sitä estäisi pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltainen kansallinen säännös, jossa nimenomaisesti suljetaan pois sen toimivalta, on jätettävä tämä soveltamatta.

2) EY 82 artikla ja EY 86 artiklan 1 kohta ovat lähtökohtaisesti esteenä pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan on mahdollista myöntää DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman erillistä maksua lisätaajuuksia määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle, jolla jo on lupa GSM 900 -standardiin perustuvien digitaalisten langattomien telepalvelujen suorittamiseen, vaikka kyseisille markkinoille tulleen uuden tulokkaan oli suoritettava maksu DCS 1800 -standardin mukaisiin langattomiin digitaalisiin telepalveluihin annettavan luvan saannista. Mainitut säännökset eivät kuitenkaan ole esteenä tällaiselle kansalliselle lainsäädännölle, mikäli tälle määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle määrätty maksu GSM 900 -luvasta, mukaan luettuna myöhempi taajuuksien antaminen DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman lisämaksua, on taloudellisesti katsoen ilmeisen yhtäläinen siihen maksuun nähden, joka määrättiin DCS 1800 -luvan saaneelle kilpailijalle.

3) Direktiivin 90/388/ETY muuttamisesta matkaviestinnän ja henkilökohtaisen viestinnän osalta 16 päivänä tammikuuta 1996 annetun komission direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohta ovat lähtökohtaisesti esteenä pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan on mahdollista myöntää DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman erillistä maksua lisätaajuuksia määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle, jolla jo on lupa GSM 900 -standardiin perustuvien digitaalisten langattomien telepalvelujen suorittamiseen, vaikka kyseisille markkinoille tulleen uuden tulokkaan oli suoritettava maksu DCS 1800 -standardin mukaisiin langattomiin digitaalisiin telepalveluihin annettavan luvan saannista. Mainitut kohdat eivät kuitenkaan ole esteenä tällaiselle kansalliselle lainsäädännölle, mikäli tälle määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle määrätty maksu GSM 900 -luvasta, mukaan

luettuna myöhempi taajuuksien antaminen DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman lisämaksua, on taloudellisesti katsoen ilmeisen yhtäläinen siihen maksuun nähden, joka on määrätty DCS 1800 -luvan saaneelle kilpailijalle.

4) Direktiivin 96/2/EY 2 artiklan 3 ja 4 kohdat eivät lähtökohtaisesti ole esteenä pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan vähintään kolmen vuoden kuluttua vuonna 1997 annetun DCS 1800 -standardin mukaisiin langattomiin digitaalisiin telepalveluihin annettavan luvan saannista saadaan myöntää DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta rajallisesti lisätaajuuksia operaattoreille, joilla jo on lupa GSM 900 -standardiin perustuvien digitaalisten langattomien telepalvelujen suorittamiseen, myös määräävässä asemassa olevalle julkiselle yritykselle. Mainitut kohdat eivät myöskään ole esteenä pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan tällainen taajuuksien antaminen on sallittua ennen samaisen ajan umpeutumista, jos näiden operaattorien tilaajakapasiteetti on todistettavasti kaikkien taloudellisesti hyväksyttävien teknisten mahdollisuuksien hyödyntämisen jälkeen loppuun käytetty.

5) Telepalvelualan yleisten valtuutusten ja yksittäisten toimilupien yhteisistä puitteista 10 päivänä huhtikuuta 1997 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 97/13/EY 9 artiklan 2 kohdassa ja 11 artiklan 2 kohdassa oleva syrjintäkielto ei ole esteenä pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan on mahdollista myöntää DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman erillistä maksua lisätaajuuksia operaattoreille, joilla jo on lupa GSM 900 -standardiin perustuvien digitaalisten langattomien telepalvelujen suorittamiseen, vaikka DCS 1800 -standardin mukaisiin langattomiin digitaalisiin telepalveluihin annettavan luvan saaneelle operaattorille maksu määrättiin, mikäli olemassa oleville operaattoreille määrätty maksu GSM 900 -luvasta, mukaan luettuna myöhempi taajuuksien antaminen DCS 1800 -standardille varatulta taajuusalueelta ilman lisämaksua, on taloudellisesti katsoen ilmei-

sen yhtäläinen siihen maksuun nähden, joka määrättiin DCS 1800 -luvan saaneelle operaattorille.

Edward La Pergola Jann

Julistettiin Luxemburgissa 22 päivänä toukokuuta 2003.

R. Grass

kirjaaja

M. Wathelet

viidennen jaoston puheenjohtaja