

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

22 mei 2003 *

In zaak C-462/99,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van het
Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk), in het aldaar aanhangige geding tussen

Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH

en

Telekom-Control-Kommission,

in tegenwoordigheid van:

Mobilkom Austria AG,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 5 bis, lid 3, van
richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstand-
brenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van

* Procestaal: Duits.

de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) (PB L 192, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 (PB L 295, blz. 23), artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2/EG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie (PB L 20, blz. 59), de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PB L 117, blz. 15), en de artikelen 82 EG en 86, lid 1, EG,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: D. A. O. Edward, waarnemend voor de president van de Vijfde kamer, A. La Pergola (rapporteur) en P. Jann, rechters,

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, vertegenwoordigd door P. Hoffmann, Rechtsanwalt,
- Telekom-Control-Kommission, vertegenwoordigd door W. Schramm, voorzitter,

- Mobilkom Austria AG, vertegenwoordigd door P. Lewisch, Rechtsanwalt,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door H. Dossi als gemachtigde,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Kruse als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. Doherty en C. Schmidt als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, vertegenwoordigd door A. Foglar-Deinhardstein, Rechtsanwalt, en P. Hoffmann; Telekom-Control-Kommission, vertegenwoordigd door W. Schramm; Mobilkom Austria AG, vertegenwoordigd door P. Lewisch; de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door T. Kramler als gemachtigde, en de Commissie, vertegenwoordigd door C. Schmidt, ter terechtzitting van 11 oktober 2001,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 13 december 2001,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij beschikking van 24 november 1999, ingekomen bij het Hof op 2 december daaraanvolgend, heeft het Verwaltungsgerichtshof krachtens artikel 234 EG twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) (PB L 192, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 (PB L 295, blz. 23; hierna: „richtlijn 90/387”), artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2/EG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie (PB L 20, blz. 59), de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PB L 117, blz. 15), en de artikelen 82 EG en 86, lid 1, EG.

- 2 Deze vragen zijn gerezen in een geschil tussen Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (hierna: „Connect Austria”) en de Telekom-Control-Kommission (hierna: „TCK”) over de toekenning aan Mobilkom Austria AG (hierna: „Mobilkom”), die reeds houder is van een concessie voor het verrichten van digitale mobiele telefoondiensten volgens de GSM 900-norm (GSM — Global System for Mobile Communication) (hierna: „GSM 900-concessie”), van bijkomende frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied (DCS — Digital Cellular System) zonder dat daarvoor een afzonderlijke vergoeding is gevraagd.

Rechtskader

Gemeenschapsrecht

- 3 Richtlijn 96/2 is bedoeld om de vrije mededinging in de markt van mobiele en persoonlijke communicatie in te voeren.
- 4 De achtste overweging van de considerans van richtlijn 96/2 luidt als volgt:

„Bepaalde lidstaten hebben thans vergunningen verleend voor digitale, op radio gebaseerde mobiele diensten volgens de DCS 1800-norm, waarvoor gebruik wordt gemaakt van frequenties van de 1700-1900 MHz-band. In de mededeling [van de Commissie] van 23 november 1994 is vastgesteld dat DCS 1800 als behorende tot de categorie GSM-systemen moet worden beschouwd. [...] [D]e lidstaten die nog geen procedure voor het verlenen van de betrokken vergunningen ingevoerd hebben, [moeten] dit binnen een redelijke tijd doen. In het kader hiervan moet naar behoren rekening worden gehouden met de noodzaak investeringen van nieuwe marktpartijen op deze gebieden te stimuleren. Lidstaten dienen de mogelijkheid te hebben, af te zien van het verlenen van een vergunning aan bestaande exploitanten, bijvoorbeeld aan exploitanten van GSM-systemen die reeds op hun grondgebied aanwezig zijn, wanneer kan worden aangetoond dat dit de daadwerkelijke mededinging zou uitschakelen, in het bijzonder doordat een machtspositie zou worden uitgebreid. Met name wanneer een lidstaat DCS 1800-vergunningen verleent of reeds verleend heeft, mogen aan bestaande exploitanten van GSM- of DCS 1800-systemen alleen in omstandigheden die daadwerkelijke mededinging garanderen, nieuwe of aanvullende vergunningen worden verleend.”

- 5 De vijftiende overweging van de considerans van richtlijn 96/2 luidt:

„In verband met systemen voor mobiele en persoonlijke communicatie zijn de daarvoor noodzakelijke radiofrequenties een cruciaal knelpunt. [...] De stimulering van daadwerkelijke concurrentie in de telecommunicatiesector kan een objectieve reden zijn om te weigeren frequenties toe te wijzen aan exploitanten die reeds een machtspositie op de betrokken geografische markt hebben.

De lidstaten moeten ervoor zorgen dat de toewijzingsprocedures van radiofrequenties op objectieve criteria gebaseerd zijn en geen discriminerende gevolgen hebben. [...] Eventuele vergoedingen voor het gebruik van frequenties moeten evenredig zijn en worden berekend op basis van het aantal feitelijk beschikbaar gestelde kanalen.”

- 6 Artikel 2, lid 1, van richtlijn 96/2 bepaalt dat de lidstaten niet weigeren „om, uiterlijk na vaststelling van een besluit van het Europees Comité voor radio-communicatie over de toewijzing van DCS 1800-frequenties en in elk geval vóór 1 januari 1998, vergunningen voor de exploitatie van mobiele systemen volgens de DCS 1800-norm toe te wijzen”.

- 7 Artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2 luiden als volgt:

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

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

8 Richtlijn 97/13 betreft volgens artikel 1, lid 1, ervan „de procedures die samenhangen met de verlening van, en de voorwaarden die verbonden zijn aan, machtigingen voor de verstrekking van telecommunicatiediensten, daaronder begrepen machtigingen voor de totstandbrenging en/of de exploitatie van de voor het verlenen van die diensten benodigde telecommunicatienetwerken”.

9 Artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 97/13 definieert „nationale regelgevende instantie” als „een of meer instanties die van de telecommunicatieorganisaties juridisch onderscheiden en functioneel onafhankelijk zijn en die door een lidstaat zijn belast met het opstellen van en het toezicht op de naleving van machtigingen”.

10 Artikel 9, lid 2, eerste streepje, van richtlijn 97/13 luidt:

„Indien een lidstaat voornemens is individuele vergunningen te verlenen:

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

11 Artikel 11 van richtlijn 97/13 bepaalt:

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

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

12 Artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 luidt als volgt:

„De lidstaten dragen ervoor zorg dat er op nationaal niveau geschikte mechanismen bestaan zodat een partij die door een besluit van de nationale regelgevende instantie wordt geschaad, het recht heeft bij een onafhankelijk lichaam in beroep te gaan.”

Nationaal recht

- 13 Artikel 130, lid 1, sub a, van het Bundes-Verfassungsgesetz (federale grondwet; hierna: „B-VG”) bepaalt dat „het Verwaltungsgerichtshof [bevoegd is] voor geschillen waarin de onrechtmatigheid van beslissingen van de administratieve autoriteiten, met inbegrip van de onafhankelijke administratieve kamers [...], wordt ingeroepen”.

- 14 Artikel 133 B-VG luidt:

„Het Verwaltungsgerichtshof is niet bevoegd voor:

1. zaken waarvoor het Verfassungsgerichtshof bevoegd is;

2. (ingetrokken)

3. octrooizaken;

4. zaken waarvoor in hoogste instantie een collegiaal orgaan bevoegd is, indien daarvan op grond van de nationale of de deelstaatwetgeving waarin de organisatie van die organen is geregeld, ten minste één rechter deel uitmaakt, ook de andere leden bij de uitoefening van deze functie niet aan instructies zijn gebonden, de beslissingen van het orgaan niet kunnen worden vernietigd of

gewijzigd door een hoger bestuursorgaan en, ongeacht of aan voorgaande voorwaarden is voldaan, de ontvankelijkheid van een beroep bij het Verwaltungsgerichtshof niet uitdrukkelijk is voorzien.”

- 15 Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat op grond van § 49, lid 12, van het Telekommunikationsgesetz (BGBl I, 1997/100; hierna: „TKG”) de toewijzing van frequenties die voor het verzekeren van openbare mobiele telecommunicatiediensten zijn bestemd, geschiedt bij wege van concessies die volgens de door de §§ 22 e.v. van die wet geregelde procedure worden verleend. § 22, lid 1, TKG bepaalt dat de concessie voor mobiele telefoondiensten door de regelgevende instantie wordt verleend aan de aanvrager die aan de algemene voorwaarden voldoet en het efficiëntste gebruik van de frequenties waarborgt, hetgeen blijkt uit de hoogte van de aangeboden vergoeding voor het gebruik van de frequenties. § 22, lid 2, TKG bepaalt dat de toekenning gebeurt volgens de beginselen van een open, eerlijke en niet-discriminerende procedure op grond van een openbare aanbesteding.
- 16 Volgens § 20, lid 4, TKG is de toewijzing van verdere frequenties aan een concessiehouder voor dezelfde dienst een uitbreiding van de bestaande concessie en geschiedt deze volgens de daarin opgenomen voorwaarden. Bij het ontbreken van bepalingen ter zake in de concessie moet de procedure van § 22 TKG worden gevolgd.
- 17 § 125, lid 3, TKG, een overgangsbepaling waarin de met ingang van 1 maart 1997 aan het Fernmeldegesetz 1993 (telecommunicatiewet van 1993, in de versie van BGBl. I, 1997/44) toegevoegde § 20 bis, lid 3 ter, woordelijk is overgenomen, luidt:

„De instantie mag bestaande houders van een concessie voor het verrichten van de gereserveerde telefoondienst in de sector digitale cellulaire mobiele communicatie, indien nodig, bijkomende frequenties van 5 MHz uit het voor

DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toewijzen, wanneer sinds de inwerkingtreding van het concessiebesluit voor de in 1997 te verlenen DCS 1800-concessie ten minste drie jaren zijn verstreken. Vóór dat tijdstip kunnen aan de bestaande concessiehouders slechts dan bijkomende frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied worden toegewezen, wanneer hun abonneecapaciteit, met gebruikmaking van alle economisch verdedigbare technische mogelijkheden, aantoonbaar uitgeput is.”

Het geschil in het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

- 18 Blijkens de verwijzingsbeschikking is in Oostenrijk bij beschikking van 6 november 1996, gewijzigd bij beschikking van 23 juli 1997, een GSM 900-concessie voor een frequentiespectrum van 2 x 8 MHz toegewezen aan Mobilkom, een onderneming waarvan de staat meerderheidsaandeelhouder is. De vennootschap max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, voorheen Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (hierna: „max.mobil”) is houder van een soortgelijke concessie, die is toegewezen bij beschikking van 25 januari 1996, gewijzigd bij beschikking van 23 juli 1997. Max.mobil had een concessievergoeding van 4 miljard ATS geboden. Een even hoge vergoeding was op 2 juli 1996 opgelegd aan Post & Telekom Austria AG, de rechtsvoorganger van Mobilkom.
- 19 Op 19 augustus 1997 werd op grond van een openbare aanbesteding de eerste concessie voor het verrichten van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de DCS 1800-norm (hierna: „DCS 1800-concessies”) verleend aan Connect Austria tegen een vergoeding van 2,3 miljard ATS. Haar werd een frequentiespectrum van 2 x 16,8 MHz toegewezen, dat zou worden uitgebreid tot 2 x 22,5 MHz bij het bereiken van 300 000 abonnees met een voorzieningsgraad van 75 % in het vooruitzicht.

- 20 Bij beschikking van 10 augustus 1998, gebaseerd op § 125, lid 3, TKG (hierna: „bestreden beschikking”), wees de TCK in haar hoedanigheid van nationale regelgevende instantie aan Mobikom ter uitbreiding van haar GSM 900-concessie uit het voor DCS 1800 bestemde frequentiegebied een bijkomend frequentiespectrum van 2 x 5 MHz (24 DCS 1800-kanalen) toe, voor het verrichten van een digitale cellulaire telefoondienst (GSM DCS 1800), uitsluitend met gebruikmaking van basisstations in de deelstaat Wenen.
- 21 Tegen deze beschikking van de TCK stelde Connect Austria beroep in bij het Verfassungsgerichtshof. Dit oordeelde bij arrest van 24 februari 1999 dat de bestreden beschikking verzoekster noch in een grondwettelijk gewaarborgd recht, noch door toepassing van een onwettige algemene norm had geschaad.
- 22 In de motivering van zijn arrest overwoog het Verfassungsgerichtshof niettemin dat artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387, wat het recht op een beroepsprocedure tegen het besluit van een nationale regelgevende instantie betreft, voldoende nauwkeurig is in de zin van de vaste rechtspraak van het Hof (zie arrest van 19 november 1991, Francovich e.a., C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357), en dus in zoverre rechtstreekse werking heeft, dat er een doeltreffend rechtsmiddel bij een onafhankelijk lichaam moet bestaan. Vervolgens overwoog het Verfassungsgerichtshof dat het bij haar ingestelde beroep, gezien haar beperkte toetsingsbevoegdheid, niet aan de vereisten van die bepaling voldeed, maar dat daarentegen de aan het Verwaltungsgerichtshof opgedragen wettigheidstoetsing van bestuurshandelingen wél aan de vereisten van het gemeenschapsrecht kan voldoen. Daarom moet haars inziens, binnen de werkingssfeer van richtlijn 90/387, artikel 133, punt 4, B-VG op grond van de voorrang van het gemeenschapsrecht buiten toepassing blijven, nu deze bepaling zich verzet tegen de bevoegdheid van het Verwaltungsgerichtshof om kennis te nemen van beroepen tegen beschikkingen van de TCK.
- 23 Bij beschikking van 3 maart 1999 verwees het Verfassungsgerichtshof het beroep van Connect Austria tegen de bestreden beschikking naar het Verwaltungsgerichtshof.

- 24 Het Verwaltungsgerichtshof stelt dat de TCK door het TKG is aangewezen als nationale regelgevende instantie, met name voor de toekenning, intrekking en herroeping van concessies en voor de goedkeuring van de overdracht en wijzigingen van concessies. Het voegt eraan toe dat de TCK een onafhankelijke collegiale instantie is, bestaande uit drie leden, waaronder een magistraat, die door de Bondsregering worden benoemd, en dat zij beslist in hoogste en enige instantie.
- 25 Volgens het Verwaltungsgerichtshof kan tegen de beslissingen van de TCK op grond van artikel 144, lid 1, B-VG bij het Verfassungsgerichtshof worden opgekomen voorzover verzoeker stelt dat zijn belangen zijn geschaad door schending van een grondwettelijk gewaarborgd recht of schending van een recht door toepassing van een onwettig besluit, een ongrondwettige wet of een met het recht strijdig verdrag.
- 26 Ook blijkt uit de verwijzingsbeschikking dat een beroep bij het Verwaltungsgerichtshof wegens onwettigheid van besluiten van de TCK krachtens artikel 133, punt 4, B-VG niet-ontvankelijk is omdat deze bepaling niet uitdrukkelijk in de ontvankelijkheid van die beroepen voorziet.
- 27 In deze context vraagt het Verwaltungsgerichtshof zich af of, gezien het arrest van 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punten 40 e.v.), artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 rechtstreekse werking heeft, zodat het artikel 133, punt 4, B-VG buiten toepassing moet laten en zich bevoegd moet verklaren om kennis te nemen van het beroep van Connect Austria tegen de bestreden beschikking.
- 28 Voor het geval dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, stelt het Verwaltungsgerichtshof dat § 125, lid 3, TKG toestaat om frequenties op het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied zonder aanvullende vergoeding toe te wijzen aan een openbare onderneming met een machtspositie op de markt

van de digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900-norm. Enerzijds zou een dergelijke regeling, door een verdere versterking van de reeds bestaande machtspositie van de openbare onderneming, tot een door artikel 82 EG junctis artikel 86, lid 1, EG en artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2 verboden concurrentievervalsing ten nadele van de houder van de DCS 1800-concessie kunnen leiden. Anderzijds zou deze regeling, gezien de verplichting van laatstbedoelde om een vergoeding voor het gebruik van DCS 1800-frequenties te betalen, het in artikel 9, lid 2, en artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 neergelegde discriminatieverbod kunnen schenden.

- 29 In deze omstandigheden heeft het Verwaltungsgerichtshof besloten de procedure te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Moet artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387/EEG van de Raad, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad, aldus worden uitgelegd, dat die bepaling rechtstreekse werking heeft in die zin, dat zij, door een ermee strijdige nationale bevoegdheidsregel te verdringen, een bepaald, op nationaal niveau bestaand ‚onafhankelijk lichaam’ als ‚geschikt mechanisme’ voor het beroep van een betrokken partij tegen een besluit van de nationale regelgevende instantie aanwijst?

2) Voor het geval dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Moeten de artikelen 82 EG en 86, lid 1, EG, artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2/EG van de Commissie, de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad, of andere bepalingen van gemeenschapsrecht aldus worden uitgelegd, dat zij in de weg staan aan een nationaal rechtsvoorschrift dat bepaalt dat aan bestaande houders van een

concessie voor het verzekeren van de gereserveerde telefoondienst in de sector digitale cellulaire mobiele telefonie, vóór het verstrijken van drie jaren vanaf de inwerkingtreding van het concessiebesluit voor de in 1997 aan een concessiehouder verleende DCS 1800-concessie, bijkomende frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied mogen worden toegewezen, wanneer hun abonneecapaciteit, met gebruikmaking van alle economisch verdedigbare technische mogelijkheden, aantoonbaar uitgeput is, waarbij de frequenties, zonder afzonderlijke vergoeding voor het gebruik ervan, en ook aan een openbare onderneming met een machtspositie op de markt in het 900 MHz-gebied kunnen worden toegewezen?”

De eerste prejudiciële vraag

Bij het Hof ingediende opmerkingen

- 30 Volgens Connect Austria spreekt het op grond van het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht op het nationaal recht vanzelf, dat de bepaling van artikel 133, punt 4, B-VG, die de bevoegdheid van het Verwaltungsgerichtshof uitsluit, buiten toepassing moet worden gelaten. Daarom moet deze instantie bevoegd worden geacht om kennis te nemen van beroepen tegen beslissingen van de TCK, mits deze beroepsmogelijkheid voldoet aan de eis van een geschikt mechanisme in de zin van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387.
- 31 De Oostenrijkse regering betoogt op basis van de punten 25 en volgende van het arrest Francovich e.a., reeds aangehaald, dat artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 geen rechtstreekse werking heeft. Deze bepaling is namelijk niet onvoorwaardelijk, aangezien hierin is bepaald dat de lidstaten op nationaal niveau moeten zorgen voor geschikte mechanismen, waardoor hun een beoordelingsmarge wordt gelaten om een dergelijk mechanisme concreet op te zetten, met name wat de aanwijzing van het „onafhankelijke lichaam” betreft.

- 32 In ieder geval voldoet volgens de Oostenrijkse regering de mogelijkheid om op grond van artikel 144 B-VG bij het Verfassungsgerichtshof tegen de beslissingen van de TCK in beroep te gaan, zowel aan de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit van de rechtsbescherming (zie arrest van 14 december 1995, Peterbroeck, C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 12; arrest Dorsch Consult, reeds aangehaald, punt 40, en arrest van 21 januari 1999, Upjohn, C-120/97, Jurispr. blz. I-223, punt 32), als aan de eisen van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387.
- 33 Volgens de Zweedse regering vermeldt artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 niet welke instantie bevoegd is om van de beroepen kennis te nemen, maar het gaat ervan uit dat de lidstaten bijkomende maatregelen nemen om de bevoegde instantie aan te wijzen en de toepasselijke procedureregels vast te stellen. Deze bepaling heeft volgens haar dus geen rechtstreekse werking. Uit 's Hofs rechtspraak (zie arrest Dorsch Consult, reeds aangehaald) volgt dat het Hof zich niet dient in te laten met de beslechting van bevoegdheidsvragen die op het niveau van de nationale rechterlijke organisatie kunnen rijzen wanneer gebruik wordt gemaakt van individuele rechten die aan communautaire rechtsorde zijn ontleend.
- 34 De Commissie betoogt dat artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 overeenstemt met artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1). Beide bepalingen verplichten de lidstaten immers om instanties in het leven te roepen die onafhankelijk zijn van de instanties met beslissingsbevoegdheid en waarbij de benadeelde partijen in beroep kunnen gaan om de beslissingen van deze instanties te laten toetsen. De Commissie geeft het Hof dan ook in overweging, zich bij de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag te baseren op de rechtspraak over beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (zie arrest Dorsch Consult, reeds aangehaald, en arresten van 24 september 1998, Tögel, C-76/97, Jurispr. blz. I-5357, en EvoBus Austria, C-111/97, Jurispr. blz. I-5411).

Beoordeling door het Hof

- 35 Enerzijds moet worden herinnerd aan de vaste rechtspraak, dat de rechtsorde van elke lidstaat de rechterlijke instantie moet aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend, echter met dien verstande dat de lidstaten gehouden zijn in elk geval een effectieve bescherming van die rechten te verzekeren. Het Hof dient zich evenwel niet in te laten met de beslechting van bevoegdheidsvragen die op het niveau van de nationale rechterlijke organisatie kunnen rijzen bij de kwalificatie van bepaalde op het gemeenschapsrecht gebaseerde rechtssituaties (zie met name arresten van 9 juli 1985, Bozzetti, 179/84, Jurispr. blz. 2301, punt 17, en 4 maart 1999, HI, C-258/97, Jurispr. blz. I-1405, punt 22).
- 36 Anderzijds moet worden opgemerkt, dat artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 de lidstaten wel de verplichting oplegt ervoor te zorgen dat er op nationaal niveau geschikte mechanismen bestaan zodat een partij die door een besluit van de nationale regelgevende instantie wordt geschaad, bij een onafhankelijk lichaam in beroep kan gaan, maar niet per lidstaat preciseert welke nationale instantie bevoegd is om van deze beroepen kennis te nemen.
- 37 Op 3 maart 1999, de dag waarop het Verfassungsgerichtshof het beroep van Connect Austria naar het Verwaltungsgerichtshof verwees, was artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 niet in Oostenrijks recht omgezet. Zoals het Verfassungsgerichtshof terecht heeft opgemerkt, en anders dan de Oostenrijkse regering beweert, kan een beroepsrecht zoals dat wat bij het Verfassungsgerichtshof openstaat en dat beperkt is tot de gevallen waarin de verzoeker zich beroept op schending van een grondwettelijk gewaarborgd recht of schending van een recht door toepassing van een onwettig besluit, een ongrondwettige wet of een met het recht strijdig verdrag, geen geschikt mechanisme zijn in de zin van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387, zodat het niet aan de vereisten van dat artikel voldoet.

- 38 In deze omstandigheden zij eraan herinnerd dat volgens 's Hofs rechtspraak de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting voor de lidstaten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook hun verplichting krachtens artikel 10 EG om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, gelden voor alle overheidsinstanties in de lidstaten, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Hieruit volgt dat de nationale rechter bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht, ongeacht of zij van eerdere of van latere datum dan de richtlijn zijn, deze zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG te voldoen (zie arrest van 14 juli 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 26; reeds aangehaalde arresten *EvoBus Austria*, punt 18, en *HI*, punt 25, en arrest van 26 september 2000, *Engelbrecht*, C-262/97, Jurispr. blz. I-7321, punten 38 en 39).
- 39 Op grond van deze verplichting moet de nationale rechter nagaan of er naar nationaal recht geschikte mechanismen zijn waarmee de justitiabelen een beroepsrecht tegen beslissingen van de nationale regelgevende instanties wordt verzekerd. In omstandigheden als die van het hoofdgeding dient de nationale rechter in het bijzonder na te gaan, of dit beroepsrecht kan worden uitgeoefend voor de rechterlijke instantie die in beginsel bevoegd is voor de wettigheids-toetsing van bestuurshandelingen (zie in die zin arrest *EvoBus Austria*, reeds aangehaald, punt 19).
- 40 Indien een toepassing van het nationale recht in overeenstemming met de voorschriften van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 onmogelijk is, is de nationale rechter verplicht het gemeenschapsrecht integraal toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen, daarbij zo nodig elke bepaling buiten toepassing latend waarvan de toepassing in het betrokken geval tot een met genoemde richtlijn strijdig resultaat zou leiden, terwijl bij het niet-toepassen ervan het nationale recht conform aan deze richtlijn zou worden (zie in die zin arrest *Engelbrecht*, reeds aangehaald, punt 40).

- 41 Hieruit volgt dat een nationale rechter die aan de vereisten van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 voldoet, en die bevoegd zou zijn om kennis te nemen van beroepen tegen beslissingen van de nationale regelgevende instantie indien er geen bepaling van nationaal recht was die zijn bevoegdheid uitdrukkelijk uitsloot, zoals artikel 133, punt 4, B-VG, verplicht is deze bepaling buiten toepassing te laten.
- 42 Daarom moet op de eerste prejudiciële vraag worden geantwoord, dat het vereiste van een met richtlijn 90/387 strokende uitlegging van het nationale recht en dat van een effectieve bescherming van de rechten van de justitiabelen, voor de nationale rechter de verplichting meebrengt te onderzoeken of de desbetreffende bepalingen van zijn nationaal recht de justitiabelen een recht van beroep tegen beslissingen van de nationale regelgevende instantie toekennen dat voldoet aan de criteria van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387. Is een toepassing van het nationale recht in overeenstemming met de voorschriften van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387 onmogelijk, dan is een nationale rechter die aan genoemde vereisten voldoet en die bevoegd zou zijn om kennis te nemen van beroepen tegen beslissingen van de nationale regelgevende instantie indien er geen bepaling van nationaal recht was die zijn bevoegdheid uitdrukkelijk uitsloot, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, verplicht deze bepaling buiten toepassing te laten.

De tweede prejudiciële vraag

Bij het Hof ingediende opmerkingen

- 43 Connect Austria betoogt dat Mobilkom een openbaar bedrijf in de zin van artikel 86, lid 1, EG is dat ook uitsluitende rechten in de zin van die bepaling geniet, aangezien het het enige bedrijf is dat een concessie voor de exploitatie van een analoog mobiel telecommunicatienetwerk, het „D-netwerk”, heeft. Voor die

concessie, die loopt tot 31 december 2007 en recht geeft op het gebruik van een frequentiespectrum van 2 x 11 MHz, heeft Mobilkom geen afzonderlijke vergoeding betaald, hetgeen zij rechtvaardigt door te stellen dat op haar een exploitatieverplichting rust.

- 44 Gezien haar overheersende marktaandeel van ongeveer 70 % heeft Mobilkom een machtspositie op de Oostenrijkse GSM-markt, zodat artikel 82 EG op haar van toepassing is.
- 45 Connect Austria betoogt dat onder die voorwaarden de toekenning om niet van DCS 1800-frequenties aan Mobilkom, waardoor deze haar machtspositie kan handhaven en uitbreiden, in strijd is met artikel 82 EG juncto artikel 86 EG. Door deze toekenning is Mobilkom namelijk de enige marktdeelnemer die het volledige gamma van technisch beschikbare mobiele telecommunicatiediensten kan aanbieden (analoog en digitaal, respectievelijk volgens de GSM 900- en de DCS 1800-norm). De aanzienlijke concurrentievoordelen die Mobilkom al heeft door de monopoliepositie die zij jarenlang heeft ingenomen, en door haar eveneens vele jaren oude machtspositie op de markt die zij nog altijd heeft, worden zo nog aanzienlijk versterkt. Dit effect kan alleen worden gecompenseerd door de verplichting om een vergoeding te betalen voor de haar toegekende bijkomende frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied.
- 46 Uit de beschikkingen 95/489/EG van de Commissie van 4 oktober 1995 betreffende de aan de tweede exploitant van GSM-radiotelefonie in Italië opgelegde voorwaarden (PB L 280, blz. 49), en 97/181/EG van de Commissie van 18 december 1996 betreffende de aan de tweede exploitant van GSM-radiotelefonie in Spanje opgelegde voorwaarden (PB L 76, blz. 19), blijkt duidelijk dat door de eenzijdige oplegging van een vergoeding aan een nieuwe marktdeelnemer op de GSM-markten in Italië en Spanje, de voormalige openbare telefoniebedrijven, die een monopolie hadden, hun machtspositie op deze markten in strijd met de artikelen 82, tweede alinea, sub b, EG en 86 EG konden versterken. Deze redenering is volgens Connect Austria ook van toepassing op het hoofdgeding.

- 47 De voorkeursbehandeling van Mobilkom komt volgens haar voort uit een handeling van de wetgever, namelijk § 125, lid 3, TKG, zoals uitgelegd door de TCK.
- 48 Artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2 voorzien, in het licht van de achtste overweging van de considerans van die richtlijn, uitdrukkelijk in de mogelijkheid om marktdeelnemers die reeds een GSM 900-concessie hebben, uit te sluiten van de toekenning van DCS 1800-concessies, met name wanneer daardoor hun machtspositie zou worden versterkt. Volgens Connect Austria kan in het hoofdgeding een daadwerkelijke mededinging in de zin van richtlijn 96/2 slechts worden verzekerd door Mobilkom van de DCS 1800-technologie uit te sluiten of door haar ten minste een vergoeding voor het gebruik van de DCS 1800-frequenties te laten betalen. In dit verband wijst Connect Austria op de investeringskosten van enkele miljarden ATS die zij zelf sinds medio 1997 heeft moeten dragen.
- 49 Wat richtlijn 97/13 betreft, stelt Connect Austria dat sprake is van ongelijke behandeling van aanvragers in de zin van artikel 9, lid 2, daarvan wanneer § 125, lid 3, TKG aldus wordt uitgelegd dat Mobilkom en max.mobil voor het gebruik van bijkomende frequenties geen vergoeding moeten betalen, terwijl alle andere kandidaten de procedure van de §§ 22 e.v. TKG moeten volgen.
- 50 Volgens de TCK blijkt uit de considerans van het ontwerp van wet betreffende § 20 bis, lid 3 ter, van het Fernmeldegesetz 1993, dat de bepaling van § 125, lid 3, TKG tot doel heeft bij te dragen tot het garanderen van de daadwerkelijke mededinging op de markt van de mobiele telecommunicatiediensten, met name gelet op de artikelen 82 EG en 86 EG alsmede richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (PB L 192, blz. 10), en richtlijn 96/2.

- 51 Door de wijziging van de procedure voor de toekenning van concessies was een overgangsbepaling zoals § 125, lid 3, TKG nodig, met bijzondere maatregelen voor de toekenning van frequenties aan marktdeelnemers die reeds een GSM 900-concessie hebben. Mobilkom en max.mobil hebben hun concessie namelijk gekregen in een periode waarin in het algemeen voor de toekenning van bijkomende frequenties geen openbare aanbestedingsprocedure nodig was en voor het gebruik van deze frequenties geen vergoeding moest worden betaald.
- 52 Deze overgangsbepaling garandeerde tevens aan degene aan wie bij de openbare aanbestedingsprocedure in 1997 de DCS 1800-concessie was toegekend, de nodige zekerheid met het oog op de toekomst en een periode waarin hij tegen de concurrentie wordt beschermd, die door de Oostenrijkse wetgever noodzakelijk wordt geacht om te voorkomen dat de marktdeelnemers die reeds een GSM 900-concessie hadden, de toegang tot de markt van de nieuwe marktdeelnemer zouden „ondermijnen” door gebruikmaking van hun voorsprong doordat zij reeds een netwerk hadden ontwikkeld, en aldus de daadwerkelijke mededinging zouden vervalsen door eveneens digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de DCS 1800-norm aan te bieden.
- 53 Niettemin moeten marktdeelnemers die reeds een GSM 900-concessie hebben, dergelijke diensten kunnen aanbieden zodra de capaciteitsgrens van hun GSM 900-netwerk is bereikt, zodat zij niet door onoverkomelijke technische en economische beperkingen worden belemmerd bij het werven van abonnees.
- 54 § 125, lid 3, TKG is immers niet bedoeld om de groei van de economische activiteiten te remmen, maar om een doelmatig gebruik van de frequenties te verzekeren.
- 55 Wat de toepassing van artikel 82 EG juncto artikel 86 EG betreft, betoogt de TCK dat de frequenties van het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied

het niet mogelijk maken, diensten aan te bieden die niet eveneens kunnen worden aangeboden via frequenties van het voor GSM 900 gereserveerde frequentiegebied, aangezien beide gebieden met dezelfde technische systemen worden geëxploiteerd. De toekenning van extra frequenties aan Mobilkom levert haar dus geen concurrentievoordeel op.

- 56 Daarentegen zou in de omstandigheden van het hoofdgeding de weigering om aan Mobilkom extra frequenties toe te kennen, tot een beperking van de mededinging op de markt van mobiele telecommunicatiediensten hebben geleid, aangezien in dat geval slechts twee bedrijven, max.mobil en Connect Austria, daadwerkelijk aan de concurrentie hadden kunnen deelnemen, terwijl Mobilkom om technische redenen niet langer diensten van gelijkwaardige kwaliteit had kunnen aanbieden.
- 57 Overigens is de TCK van mening dat de toekenning van bijkomende frequenties overeenkomstig § 125, lid 3, TKG zonder dat daarvoor moet worden bijbetaald, uit mededingingsrechtelijk oogpunt geen enkel bezwaar oproept. Er moet namelijk worden gekeken naar het geheel van vergoedingen die zijn betaald voor de verlening van een concessie of voor het gebruik van frequenties, alsmede naar de omvang van de toegekende frequenties en het moment van toetreding tot de markt.
- 58 Mobilkom en max.mobil hebben elk een vergoeding van 4 miljard ATS betaald voor de toekenning van frequenties van 2 x 8 MHz in het voor GSM 900 gereserveerde frequentiegebied. Connect Austria heeft van haar kant een vergoeding van 2,3 miljard ATS betaald voor de toekenning van frequenties van 2 x 16,8 MHz, die later tot 2 x 22,5 MHz kunnen worden uitgebreid, zonder betaling van een aanvullende vergoeding. De TCK heeft overigens op 3 april 2000 een aanvraag in die zin toegewezen. Connect Austria heeft dus een veel lager bedrag betaald dan haar concurrenten en is voor die prijs beter met frequenties bedeed.

- 59 Wat artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2 betreft, betoogt de TCK dat uit haar bovenstaande opmerkingen volgt dat zij bij de vaststelling van de bestreden beschikking rekening heeft gehouden met de eisen van het mededingingsrecht.
- 60 Wat de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13 betreft, stelt de TCK dat zij de lidstaten een ruime beoordelingsmarge laten door hen vrij te laten beslissen of zij al dan niet een vergoeding vragen, zodat die bepalingen geen rechtstreekse werking hebben.
- 61 Met betrekking tot artikel 82 EG juncto artikel 86 EG betoogt Mobilkom vooreerst dat zij slechts een van de marktdeelnemers in de sector van mobiele telecommunicatiediensten is, nu zij noch over een uitsluitend noch over een bijzonder recht beschikt. Voorts kan de toekenning aan haar van aanvullende frequenties geen uitbreiding van een machtspositie naar een naburige markt vormen, omdat de twee digitale mobiele telecommunicatiesystemen, respectievelijk volgens de GSM 900-norm en volgens de DCS 1800-norm, tot één en dezelfde productmarkt behoren en substitueerbaar zijn wat technische mogelijkheden en productkenmerken betreft.
- 62 Wat richtlijn 96/2 betreft, stelt Mobilkom dat wanneer bijkomende frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied worden toegekend aan marktdeelnemers met een GSM 900-concessie wanneer de capaciteit van deze marktdeelnemers is uitgeput, zodat zij kunnen blijven concurreren, de mededinging niet wordt belemmerd maar juist wordt bevorderd. De mededinging wordt daarentegen wél aangetast indien aan Connect Austria eenvoudigweg een monopolie voor digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de DCS 1800-norm wordt toegekend.
- 63 Wat richtlijn 97/13 betreft, stelt Mobilkom dat deze uitgaat van het beginsel dat frequenties zonder betaling van een vergoeding worden toegekend en dat alleen in bepaalde bijzondere gevallen een vergoeding kan worden gevraagd. Artikel 11

van richtlijn 97/13 legt de lidstaten beperkingen op bij de heffing van vergoedingen, maar verplicht ze niet een vergoeding te vragen. Artikel 9 van de richtlijn leidt niet tot een andere conclusie, omdat deze bepaling de toekennings-procedure voor individuele concessies regelt, en niet de toekenning van extra frequenties.

- 64 Tot slot brengt Mobilkom naar voren dat aan Connect Austria, in vergelijking met haarzelf en max.mobil, een veel omvangrijker frequentiespectrum is toegekend tegen een veel lagere prijs. De toekenning om niet van extra frequenties aan Mobilkom en aan max.mobil is dus absoluut noodzakelijk om dit voordeel ten minste gedeeltelijk te compenseren.
- 65 De Oostenrijkse regering stelt dat § 125, lid 3, TKG is vastgesteld om het de houder van de eerste DCS 1800-concessie die in Oostenrijk is verleend — tevens de derde concessiehouder in de sector mobiele telecommunicatiediensten — mogelijk te maken om in te lopen op de voorsprong van zijn twee concurrenten die vóór hem tot de markt waren toetreden.
- 66 Overigens is volgens de Oostenrijkse regering bij de vaststelling van de vergoeding die oorspronkelijk door de eerste twee concessiehouders in de sector van de mobiele telecommunicatiediensten is betaald, rekening gehouden met een eventuele latere toekenning om niet van extra frequenties op basis van § 125, lid 3, TKG voor het geval dat deze twee concessiehouders hier behoefte aan mochten hebben. Gezien de rechtssituatie op dat moment, mochten zij daar op goede gronden op rekenen.
- 67 Wat artikel 82 EG juncto artikel 86 EG betreft, betoogt de Oostenrijkse regering dat de beslissing om op grond van § 125, lid 3, TKG extra frequenties toe te kennen, wordt genomen op basis van objectieve criteria die afhankelijk zijn van

het commerciële succes van de marktdeelnemer en de vraag naar mobiele telecommunicatiediensten. In deze omstandigheden kan de mogelijkheid om een openbaar bedrijf extra frequenties toe te kennen, op zichzelf geen schending van artikel 82 EG juncto artikel 86 EG vormen (zie arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 91).

- 68 Wat artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2 betreft, stelt de Oostenrijkse regering dat het daarin gebruikte begrip „daadwerkelijke mededinging” moet worden uitgelegd in het licht van ’s Hofs rechtspraak over artikel 82 EG en verwijst zij in dit verband met name naar punt 38 van het reeds aangehaalde arrest Hoffmann-La Roche/Commissie. Op grond van de cijfers waarover zij beschikt is de Oostenrijkse regering van mening dat geen van de op de Oostenrijkse markt van mobiele telecommunicatiediensten actieve ondernemingen een duidelijke autonomie ten opzichte van haar concurrenten heeft, zodat een daadwerkelijke mededinging die aan de eisen van het gemeenschapsrecht voldoet haars inziens is verzekerd.
- 69 Overigens heeft artikel 125, lid 3, TKG tot doel, de investeringen van nieuwe marktdeelnemers te beschermen, zoals de achtste overweging van de considerans van richtlijn 96/2 voorschrijft.
- 70 Wat de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13 betreft, merkt de Oostenrijkse regering tot slot op dat Connect Austria 2,3 miljard ATS heeft betaald voor een frequentiespectrum van 2 x 22,5 MHz, terwijl Mobilkom 4 miljard ATS voor een frequentiespectrum van 2 x 8 MHz heeft betaald.

Beoordeling door het Hof

- 71 Wat de uitlegging van artikel 125, lid 3, TKG betreft, moet er om te beginnen aan worden herinnerd dat het niet aan het Hof staat om zich uit te spreken over de uitlegging van nationale bepalingen, maar dat het in het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de communautaire en de nationale rechterlijke instanties acht moet slaan op de in de verwijzingsbeschikking omschreven feitelijke en juridische context waarin de prejudiciële vraag moet worden geplaatst (zie arrest van 25 oktober 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt 10).

De uitlegging van de artikelen 82 EG en 86, lid 1, EG

- 72 Op grond van artikel 86, lid 1, EG, nemen of handhaven de lidstaten met betrekking tot de openbare bedrijven of de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van het EG-Verdrag, met name die bedoeld in artikel 82 EG.
- 73 Artikel 82 EG verbiedt misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.
- 74 In dit verband moet in de eerste plaats worden vastgesteld, dat uit de verwijzingsbeschikking blijkt, dat Mobilkom een openbaar bedrijf is met een machtspositie op de markt van de digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900-norm.

- 75 Hoewel het aan de verwijzende rechter staat om de betrokken dienstenmarkt af te bakenen, moet erop worden gewezen dat uit 's Hofs rechtspraak volgt dat, om de markt te kunnen beschouwen als voldoende homogeen en deze van andere te kunnen onderscheiden, de dienst moet kunnen worden geïndividualiseerd door bijzondere kenmerken die deze dermate van andere diensten onderscheiden dat zij onderling slechts in beperkte mate substitueerbaar zijn en nauwelijks concurrentie van elkaar ondervinden (zie in deze zin arresten van 14 februari 1978, *United Brands/Commissie*, 27/76, Jurispr. blz. 207, punten 11 en 12, en 11 april 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro*, 66/86, Jurispr. blz. 803, punt 40). In dit verband moet niet alleen worden gekeken naar de objectieve kenmerken van de betrokken diensten, maar ook naar de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt (zie arrest van 9 november 1983, *Michelin/Commissie*, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 37).
- 76 Daarom staat het aan de verwijzende rechter om in het onderhavige geval te onderzoeken:
- of er drie onderscheiden markten bestaan, namelijk die van de analoge mobiele telecommunicatiediensten, die van de digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900-norm, en die van de digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de DCS 1800-norm, dan wel
 - of er twee onderscheiden markten bestaan, namelijk die van de analoge mobiele telecommunicatiediensten en die van de digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900- en de DCS 1800-norm, dan wel
 - of er een enkele markt bestaat, namelijk die van de mobiele telecommunicatiediensten, die zowel de analoge mobiele telecommunicatiediensten als de digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900- en de DCS 1800-norm omvat.

- 77 Hiertoe moet de verwijzende rechter inzonderheid onderzoeken of uit het gezichtspunt van de consument de digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900-norm en de digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de DCS 1800-norm substitueerbaar zijn, en in het kader van dat onderzoek nagaan of er dualband mobiele telefoons beschikbaar zijn die in de twee frequentiegebieden kunnen functioneren. Ook moet hij het belang van de markt van analoge mobiele telecommunicatiediensten onderzoeken en nagaan of de drie systemen, met name op plaatselijk niveau in de grote steden, met elkaar concurreren.
- 78 De verwijzende rechter heeft weliswaar geconstateerd dat de betrokken dienstenmarkt die van alle mobiele telecommunicatiediensten tezamen is, maar uit de stukken blijkt dat Mobilkom ook op die markt een machtspositie inneemt.
- 79 De machtspositie van Mobilkom strekt zich uit over het grondgebied van een lidstaat, en kan dan ook een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormen en aldus in strijd zijn met artikel 82 EG (zie in die zin arrest van 17 mei 2001, TNT Traco, C-340/99, Jurispr. blz. I-4109, punt 43).
- 80 In de tweede plaats moet worden herinnerd aan de vaste rechtspraak, dat een lidstaat in strijd met de verbodsbepalingen van artikel 86, lid 1, EG juncto artikel 82 EG handelt wanneer hij bij wege van een wettelijke of bestuursrechtelijke maatregel een situatie schept waarin een openbaar bedrijf of een onderneming waaraan hij bijzondere of uitsluitende rechten heeft verleend, ertoe wordt gebracht misbruik van haar machtspositie te maken (zie in die zin inzonderheid arresten van 13 december 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Jurispr. blz. I-5941, punt 20; 17 juli 1997, GT-Link, C-242/95, Jurispr. blz. I-4449, punten 33 en 34, en 25 juni 1998, Dusseldorp e.a., C-203/96, Jurispr. blz. I-4075, punt 61).

- 81 Praktijken van een onderneming met een machtspositie die ten doel hebben om die positie te versterken door de mededinging te vervalsen, vormen een misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG (zie in die zin de reeds aangehaalde arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, punt 90, en Michelin/Commissie, punt 73).
- 82 Dit is ook het geval wanneer de gedraging van een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt erop is gericht, die positie door middel van vervalsing van de mededinging naar een naburige, maar onderscheiden markt uit te breiden.
- 83 Uit 's Hofs rechtspraak volgt, dat een stelsel van onvervalste mededinging, zoals geregeld in het Verdrag, slechts kan worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers (zie arrest van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie, C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punt 51, en arrest GB-Inno-BM, reeds aangehaald, punt 25).
- 84 Indien de ongelijkheid van kansen tussen de marktdeelnemers, en dus de vervalste mededinging, het gevolg is van een staatsmaatregel, vormt die maatregel een schending van artikel 86, lid 1, EG juncto artikel 82 EG.
- 85 In dit opzicht moet worden vastgesteld, dat het feit dat in het hoofdgeding een nieuwe deelnemer op de betrokken markt, namelijk de derde nationale marktdeelnemer in de sector van mobiele telecommunicatiediensten, een vergoeding moet betalen voor de toekenning van zijn DCS 1800-concessie, terwijl aan de grootste nationale marktdeelnemer, een openbaar bedrijf met een machtspositie, extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied worden toegekend zonder dat hij daarvoor een vergoeding moet betalen, een concurrentievoordeel kan zijn dat het voor laatstgenoemde mogelijk maakt, hetzij zijn machtspositie uit te breiden naar de markt van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de DCS 1800-norm, hetzij zijn machtspositie op de markt

van digitale mobiele telecommunicatiediensten of op die van mobiele telecommunicatiediensten — afhankelijk van de definitie van de markt van de betrokken diensten — te versterken door de mededinging te vervalsen, zodat sprake is van een schending van artikel 82 EG.

- 86 Gezien de financiële last die is opgelegd aan haar concurrent die de DCS 1800-concessie heeft gekregen, namelijk Connect Austria, kan Mobilkom — een openbaar bedrijf met een machtspositie en, zoals Connect Austria terecht heeft opgemerkt, voormalig monopolist die reeds een aantal voordelen geniet, zoals een aanwezigheid op de markten van analoge mobiele telecommunicatiediensten en van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900-norm, alsmede een aanzienlijk klantenbestand — in een positie komen te verkeren waarin zij er inzonderheid toe wordt gebracht lagere tarieven aan te rekenen, vooral aan potentiële DCS 1800-abonnees, en intensieve reclamecampagnes te voeren onder zodanige omstandigheden dat Connect Austria moeilijk met haar kan concurreren.
- 87 Aldus kan een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt om aan een openbaar bedrijf met een machtspositie extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen zonder daarvoor een vergoeding te vragen, terwijl de nieuwe deelnemer op de betrokken markt voor zijn DCS 1800-concessie wél een vergoeding heeft moeten betalen, het openbare bedrijf met een machtspositie ertoe brengen de mededinging te vervalsen en aldus in strijd met artikel 82 EG zijn machtspositie uit te breiden of te versterken, afhankelijk van de definitie van de betrokken markt. Aangezien in dit geval de vervalsing van de mededinging het gevolg zou zijn van een staatsmaatregel die tot een situatie leidt waarin de gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers niet zijn gegarandeerd, kan zulks een schending van artikel 86, lid 1, EG juncto artikel 82 EG vormen.
- 88 Uit de verwijzingsbeschikking blijkt echter, dat Mobilkom en max.mobil in het hoofdgeding elk 4 miljard ATS hebben betaald voor concessies waarmee aan elk van hen een frequentiespectrum van 2 x 8 MHz in het voor de GSM 900-norm

gereserveerde frequentiegebied is toegekend, terwijl Connect Austria een vergoeding van 2,3 miljard ATS heeft betaald voor een frequentiespectrum van 2 x 16,8 MHz, dat bij het bereiken van 300 000 abonnees in het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied tot 2 x 22,5 MHz zou worden uitgebreid.

- 89 In dit verband moet worden opgemerkt, dat een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, niet in strijd is met de artikelen 82 EG en 86, lid 1, EG indien kan worden gesteld dat de toekenning, zonder dat daarvoor een vergoeding wordt gevraagd, van extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied aan de onderneming met een machtspositie, gelet op de vergoedingen die van de verschillende marktdeelnemers voor hun respectieve concessies worden gevraagd, voldoet aan het vereiste van gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers, en aldus een onvervalste mededinging garandeert.
- 90 Indien blijkt dat de vergoeding die van het openbare bedrijf met een machtspositie wordt gevraagd voor zijn GSM 900-concessie, met inbegrip van de latere toekenning, zonder dat daarvoor moet worden bijbetaald, van bijkomende frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied, economisch gelijkwaardig is met de vergoeding die wordt gevraagd van de concurrent aan wie de DCS 1800-concessie is verleend, moet een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding worden geacht de gelijkheid van kansen tussen de onderscheiden marktdeelnemers, en dus ook een onvervalste mededinging te garanderen.
- 91 Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit in het hoofdgeding het geval is.
- 92 In dit verband moet worden opgemerkt dat enerzijds, gezien de ingewikkelde economische beoordelingen die voor de vaststelling van de hoogte van de

vergoedingen nodig zijn, de nationale autoriteiten niet mogen worden verplicht om daarbij starre criteria te hanteren, zolang zij zich aan de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende limieten houden.

- 93 Anderzijds moet de verwijzende rechter bij zijn onderzoek de economische waarde van de betrokken concessies onderzoeken, en daarbij inzonderheid rekening houden met de omvang van de toegekende frequentiespectra, het moment waarop elk van de betrokken marktdeelnemers tot de markt is toegetreden, en het belang om een volledig gamma van mobiele telecommunicatiesystemen te kunnen aanbieden.
- 94 Naar aanleiding van het argument van Connect Austria dat Mobilkom geen vergoeding voor haar concessie voor het verrichten van analoge mobiele telecommunicatiediensten heeft betaald, staat het aan de verwijzende rechter na te gaan of deze concessie in aanmerking moet worden genomen bij zijn onderzoek of de Oostenrijkse autoriteiten hebben voldaan aan de verplichting om gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers te garanderen, met name gezien de datum waarop deze concessie is verleend, de destijds geldende voorschriften, een eventuele exploitatieverplichting en, in voorkomend geval, de economische waarde van die concessie, met name vanaf de openstelling van de mobiele telecommunicatiesector voor de concurrentie.
- 95 Hieruit volgt dat de artikelen 82 EG en 86, lid 1, EG zich in beginsel verzetten tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt om zonder daarvoor een afzonderlijke vergoeding te vragen, extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen aan een openbaar bedrijf met een machtspositie dat al een GSM 900-concessie heeft, terwijl een nieuwe deelnemer op de betrokken markt voor een DCS 1800-concessie wél een vergoeding heeft moeten betalen. Deze bepalingen staan echter niet aan een dergelijke nationale regeling in de weg indien de vergoeding die van het openbare bedrijf met een machtspositie is gevraagd voor zijn GSM 900-concessie, met inbegrip van de extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied die het later heeft gekregen zonder daarvoor te moeten bijbetalen, economisch gelijkwaardig blijkt te zijn met de vergoeding die de concurrent aan wie de DCS 1800-concessie is verleend, moest betalen.

Schending van artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2

- 96 Richtlijn 96/2 heeft tot doel, een wetgevend kader te scheppen opdat de mogelijkheden van mobiele en persoonlijke communicatie kunnen worden benut en zo spoedig mogelijk alle uitsluitende en bijzondere rechten worden afgeschaft, door voor de exploitanten van mobiele netten zowel de beperkingen op de vrijheid om die netten te exploiteren en te ontwikkelen voor de in hun vergunning of machtiging toegestane werkzaamheden, als de concurrentiedistorsies weg te nemen, en door die exploitanten in staat te stellen hun kosten te beheersen (zie arrest van 16 oktober 2001, Commissie/Griekenland, C-396/99 en C-397/99, Jurispr. blz. I-7577, punt 25).
- 97 In overeenstemming met dat doel legt artikel 2, lid 1, van richtlijn 96/2 de lidstaten vanaf 1 januari 1998 de verplichting op, geen concessies te weigeren voor de exploitatie van mobiele systemen die aan de DCS 1800-norm voldoen (zie arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, punt 26).
- 98 Uit artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2 volgt dat de lidstaten de werkingssfeer van de bestaande concessies voor de verrichting van digitale mobiele telecommunicatiediensten slechts mogen uitbreiden naar combinaties van digitale mobiele telecommunicatiesystemen volgens respectievelijk de GSM 900- en de DCS 1800-norm, indien deze uitbreiding wordt gerechtvaardigd door de noodzaak te zorgen voor een daadwerkelijke mededinging tussen exploitanten die op de betrokken markten met elkaar concurreren.
- 99 Volgens de achtste overweging van de considerans van richtlijn 96/2 moeten de lidstaten bij het instellen van een procedure voor de verlening van DCS 1800-concessies naar behoren rekening houden met de noodzaak investeringen van nieuwe marktpartijen op deze gebieden te stimuleren. Zij moeten de mogelijkheid hebben af te zien van het verlenen van een vergunning aan bestaande

exploitanten, bijvoorbeeld aan exploitanten van GSM 900-systemen die reeds op hun grondgebied aanwezig zijn, wanneer kan worden aangetoond dat dit de daadwerkelijke mededinging zou uitschakelen, in het bijzonder doordat een machtspositie zou worden uitgebreid. Met name wanneer een lidstaat DCS 1800-vergunningen verleent of reeds heeft verleend, mogen aan bestaande exploitanten van GSM 900- of DCS 1800-systemen alleen in omstandigheden die daadwerkelijke mededinging garanderen, nieuwe of aanvullende vergunningen worden verleend.

- 100 In dit verband moet worden vastgesteld, dat wanneer een aan een openbaar bedrijf met een machtspositie verleende GSM 900-concessie wordt uitgebreid met extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied, zonder dat daarvoor een vergoeding wordt gevraagd, terwijl de nieuwe deelnemer op de betrokken markt voor een DCS 1800-concessie een vergoeding heeft moeten betalen, zodat de gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers niet meer zijn gegarandeerd en de mededinging aldus wordt vervalst, deze uitbreiding niet kan worden beschouwd als gerechtvaardigd in de zin van artikel 2, lid 4, van richtlijn 96/2.
- 101 Een nationale regeling zoals § 125, lid 3, TKG, die een dergelijke uitbreiding mogelijk maakt, kan in strijd zijn met artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2.
- 102 Zoals echter in punt 90 van het onderhavige arrest is vastgesteld, moet, indien de vergoeding die van het openbare bedrijf met een machtspositie wordt gevraagd voor zijn GSM 900-concessie, met inbegrip van de later toegekende extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied waarvoor niet moest worden betaald, economisch gelijkwaardig blijkt te zijn met de vergoeding die wordt gevraagd van de concurrent aan wie de DCS 1800-concessie is verleend, van een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding worden gesteld dat zij gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers en dus een onvervalste mededinging garandeert, en aldus, waar zij de daadwerkelijke mededinging garandeert tussen de exploitanten die op de betrokken markten met elkaar concurreren, klaarblijkelijk aan artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2 voldoet.

- 103 Het staat aan de verwijzende rechter om op basis van de aanwijzingen van het Hof in de punten 92 tot en met 94 van het onderhavige arrest, na te gaan of dit in het hoofdgeding het geval is.
- 104 In deze context zij erop gewezen, dat volgens de vijftiende overweging van de considerans van richtlijn 96/2 eventuele vergoedingen voor het gebruik van frequenties evenredig moeten zijn aan het aantal feitelijk beschikbaar gestelde kanalen.
- 105 Hieruit volgt dat artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2 zich in beginsel verzet tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt om zonder dat daarvoor moet worden bijbetaald, frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen aan een openbaar bedrijf met een machtspositie dat al een GSM 900-concessie heeft, terwijl een nieuwe deelnemer op de betrokken markt voor een DCS 1800-concessie wél een vergoeding heeft moeten betalen. Deze bepaling staat echter niet aan een dergelijke nationale regeling in de weg, indien de vergoeding die van het openbare bedrijf met een machtspositie is gevraagd voor zijn GSM 900-concessie, met inbegrip van de later toegekende extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied waarvoor niet moest worden bijbetaald, economisch gelijkwaardig blijkt te zijn met de vergoeding die is gevraagd van de concurrent aan wie de DCS 1800-concessie is verleend.
- 106 Connect Austria betoogt echter ook dat in het hoofdgeding een daadwerkelijke mededinging in de zin van richtlijn 96/2 slechts kan worden gehandhaafd door Mobikom volstrekt geen frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen.
- 107 In dit verband moet eraan worden herinnerd, dat de bevoegde instantie op grond van de eerste zin van § 125, lid 3, eerste volzin, TKG aan bestaande houders van een GSM 900-concessie geen bijkomende frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied mag toewijzen voordat sinds de verlening van de

DCS 1800-concessie in 1997 ten minste drie jaren zijn verstreken, en dan nog slechts maximaal 5 MHz per geval. Een dergelijke bepaling houdt naar behoren rekening met de noodzaak om investeringen van nieuwe marktdeelnemers te stimuleren, die in de achtste overweging van de considerans van richtlijn 96/2 is genoemd, en met het in de eerste alinea van de vijftiende overweging van de considerans van richtlijn 96/2 genoemde aspect, namelijk dat radiofrequenties een cruciaal knelpunt vormen, zodat de stimulering van daadwerkelijke concurrentie in de telecommunicatiesector een objectieve rechtvaardiging kan zijn om exploitanten die op de betrokken geografische markt reeds een machtspositie hebben, geen frequenties toe te kennen.

- 108 Uit de tweede zin van § 125, lid 3, tweede volzin, TKG volgt echter dat exploitanten die reeds een GSM 900-concessie hebben, wanneer blijkt dat zij hun abonneecapaciteit, met gebruikmaking van alle economisch verdedigbare technische mogelijkheden, hebben uitgeput, extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied kunnen krijgen.
- 109 DCS 1800 is een digitaal mobiel telecommunicatiesysteem dat op de internationale GSM-standaard is gebaseerd, maar dat het frequentiegebied rond 1800 MHz in plaats van dat rond 900 MHz gebruikt. In beginsel zijn er meer frequenties beschikbaar in het DCS 1800-gebied dan in het GSM 900-gebied, waardoor het systeem door een groter aantal abonnees kan worden gebruikt en meer klanten gelijktijdig kunnen bellen. Aangezien het bereik van de hogere frequenties beperkter is, zijn de cellen per DCS-basisstation kleiner dan bij het GSM 900-systeem, hetgeen een hogere dichtheid van basisstations, en dus een netwerk met een grotere capaciteit met zich brengt.
- 110 Ten tijde van de vaststelling van § 20 bis, lid 3, sub b, van het Fernmeldegesetz 1993, waarvan de tekst letterlijk is overgenomen in § 125, lid 3, TKG, dreigden in een aantal lidstaten de GSM 900-netwerken in de grote steden tijdens de piekuren evenwel snel verzadigd te raken als gevolg van de zeer snelle stijging van het aantal abonnees. Met de komst van dualband telefoons, die van het ene

systeem naar het andere kunnen overschakelen, en de aanleg van DCS 1800-basisstations naast de GSM 900-basisstations in de grote steden, konden de exploitanten van de GSM 900-netwerken het hoofd bieden aan de verzadigingsproblemen als gevolg van het groeiende aantal abonnees.

- 111 In die situatie is een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt na het verstrijken van ten minste drie jaar sinds de verlening van de DCS 1800-concessie in 1997, extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen aan marktdeelnemers die reeds een GSM 900-concessie hebben, ook aan een openbaar bedrijf met een machtspositie, en die het bovendien mogelijk maakt door deze frequenties toe te kennen vóór het verstrijken van die termijn, indien is aangetoond dat genoemde marktdeelnemers hun abonneecapaciteit, ondanks de gebruikmaking van alle economisch verdedigbare technische mogelijkheden, hebben uitgeput, kennelijk te beschouwen als gerechtvaardigd door de verplichting te zorgen voor een daadwerkelijke mededinging tussen de exploitanten die op de betrokken markten met elkaar concurreren in de zin van artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2.
- 112 Hieruit volgt dat artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2 zich niet verzet tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt na het verstrijken van ten minste drie jaar sinds de verlening van de DCS 1800-concessie in 1997, een bepaald aantal extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen aan marktdeelnemers die reeds een GSM 900-concessie hebben, daaronder begrepen een openbaar bedrijf met een machtspositie. Deze bepaling verzet zich evenmin tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt deze frequenties toe te kennen vóór het verstrijken van diezelfde periode, indien is aangetoond dat bedoelde marktdeelnemers hun abonneecapaciteit, ondanks de gebruikmaking van alle economisch verdedigbare technische mogelijkheden, hebben uitgeput.

De uitlegging van de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13

- 113 Wat de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13 betreft, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het daarin opgenomen discriminatieverbod zich verzet tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdeding, die het mogelijk maakt om zonder een afzonderlijke vergoeding te vragen, extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen aan marktdeelnemers die reeds een GSM 900-concessie hebben, terwijl van de houder van de DCS 1800-concessie wél een vergoeding voor de verwerving ervan is gevraagd.
- 114 In dit verband moet enerzijds worden opgemerkt dat, anders dan de TCK beweert, de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13 inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn en dus volgens vaste rechtspraak (zie inzonderheid arresten van 19 januari 1982, Becker, 8/81, Jurispr. blz. 53, punt 25, en 10 september 2002, Kügler, C-141/00, Jurispr. blz. I-6833, punt 51), wanneer niet tijdig uitvoeringsmaatregelen zijn getroffen, kunnen worden ingeroepen tegenover elk nationaal voorschrift dat niet met de richtlijn in overeenstemming is, of voorzover zij rechten vastleggen die particulieren tegenover de staat kunnen doen gelden.
- 115 Anderzijds moet eraan worden herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak met name sprake is van discriminatie wanneer vergelijkbare situaties verschillend worden behandeld en daardoor bepaalde marktdeelnemers ten opzichte van andere worden benadeeld, zonder dat dit verschil in behandeling door het bestaan van objectieve verschillen van een zeker gewicht wordt gerechtvaardigd (zie inzonderheid arresten van 13 juli 1962, Klöckner-Werke en Hoesch/Hoge

Autoriteit, 17/61 en 20/61, Jurispr. blz. 643, 681, en 26 september 2002, Spanje/Commissie, C-351/98, Jurispr. blz. I-8031, punt 57).

- 116 Zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de vraag of artikel 9, lid 2, van richtlijn 97/13 uitsluitend van toepassing is op de verlening van concessies of ook op de toewijzing van extra frequenties, moet worden vastgesteld dat indien de vergoeding die van de bestaande marktdeelnemers is gevraagd voor hun GSM 900-concessie, met inbegrip van de later toegekende extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied waarvoor niet moest worden bijbetaald, kennelijk economisch gelijkwaardig is met de vergoeding die is gevraagd van de marktdeelnemer aan wie de DCS 1800-concessie is verleend, een dergelijke toekenning geen verschillende behandeling van vergelijkbare situaties vormt.
- 117 Het staat aan de verwijzende rechter om op basis van de aanwijzingen van het Hof in de punten 92 tot en met 94 van het onderhavige arrest, na te gaan of dit in het hoofdgeding het geval is.
- 118 Hieruit volgt dat het discriminatieverbod van de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13 zich niet verzet tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt om, zonder dat daarvoor een afzonderlijke vergoeding wordt gevraagd, extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen aan marktdeelnemers die reeds een GSM 900-concessie hebben, terwijl van de marktdeelnemer aan wie een DCS 1800-concessie is toegekend, wél een vergoeding is gevraagd, indien de vergoeding die van de bestaande marktdeelnemers is gevraagd voor hun GSM 900-concessie, met inbegrip van de later toegekende extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied waarvoor niet moest worden bijbetaald, economisch gelijkwaardig blijkt te zijn met de vergoeding die is gevraagd van de marktdeelnemer aan wie de DCS 1800-concessie is verleend.

Kosten

- 119 De kosten door de Oostenrijkse en de Zweedse regering en de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

uitspraak doende op de door het Verwaltungsgerichtshof bij beschikking van 24 november 1999 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) Het vereiste van een uitlegging van het nationale recht die strookt met richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997, en dat van een effectieve bescherming van de rechten van de justitiabelen, brengen voor de nationale rechter de verplichting mee te onderzoeken of de desbetreffende bepalingen van zijn nationaal recht de justitiabelen een recht van beroep tegen beslissingen van de nationale regelgevende instanties toekennen dat voldoet aan de criteria van artikel 5 bis, lid 3, van richtlijn 90/387, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/51. Is een toepassing van het nationale recht in overeenstemming met de voorschriften van artikel 5 bis, lid 3, van bedoelde richtlijn onmogelijk, dan is een nationale rechter die aan genoemde vereisten voldoet en die bevoegd zou zijn om kennis te nemen van beroepen tegen beslissingen van de nationale regel-

gevende instantie indien er geen bepaling van nationaal recht was die zijn bevoegdheid uitdrukkelijk uitsluit, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, verplicht deze bepaling buiten toepassing te laten.

- 2) De artikelen 82 EG en 86, lid 1, EG verzetten zich in beginsel tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt om zonder daarvoor een afzonderlijke vergoeding te vragen, extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen aan een openbaar bedrijf met een machtspositie dat al een concessie voor het verrichten van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900-norm heeft, terwijl een nieuwe deelnemer op de betrokken markt voor een concessie voor het verrichten van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de DCS 1800-norm wél een vergoeding heeft moeten betalen. Deze bepalingen staan echter niet aan een dergelijke nationale regeling in de weg indien de vergoeding die van het openbare bedrijf met een machtspositie is gevraagd voor zijn GSM 900-concessie, met inbegrip van de extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied die het later heeft gekregen zonder daarvoor te moeten bijbetalen, economisch gelijkwaardig blijkt te zijn met de vergoeding die de concurrent aan wie de DCS 1800-concessie is verleend, moest betalen.

- 3) Artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2/EG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie, verzet zich in beginsel tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt om zonder dat daarvoor moet worden bijbetaald, bijkomende frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen aan een openbaar bedrijf met een machtspositie dat al een concessie voor het verrichten van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900-norm heeft, terwijl een nieuwe deelnemer op de betrokken markt voor de verwerving van een concessie voor het verrichten van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de DCS 1800-norm wél een vergoeding heeft moeten betalen. Deze bepaling staat echter niet aan een dergelijke nationale regeling in de weg, indien de vergoeding die van het openbare bedrijf met een machtspositie is gevraagd voor zijn GSM 900-concessie, met

inbegrip van de later toegekende extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied waarvoor niet moest worden bijbetaald, economisch gelijkwaardig blijkt te zijn met de vergoeding die is gevraagd van de concurrent aan wie de DCS 1800-concessie is verleend.

- 4) Artikel 2, leden 3 en 4, van richtlijn 96/2 verzet zich niet tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt na het verstrijken van ten minste drie jaar sinds de verlening van de concessie voor het verrichten van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de DCS 1800-norm in 1997, een beperkt aantal extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen aan marktdeelnemers die reeds een concessie voor het verrichten van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900-norm hebben, daaronder begrepen een openbaar bedrijf met een machtspositie. Deze bepaling verzet zich evenmin tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt deze frequenties toe te kennen vóór het verstrijken van diezelfde periode, indien is aangetoond dat bedoelde marktdeelnemers hun abonneecapaciteit, ondanks de gebruikmaking van alle economisch verdedigbare technische mogelijkheden, hebben uitgeput.

- 5) Het discriminatieverbod van de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van de telecommunicatiediensten, verzet zich niet tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die het mogelijk maakt om, zonder dat daarvoor een afzonderlijke vergoeding wordt gevraagd, extra frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te kennen aan marktdeelnemers die reeds een concessie voor het verrichten van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de GSM 900-norm hebben, terwijl van de marktdeelnemer aan wie een concessie voor het verrichten van digitale mobiele telecommunicatiediensten volgens de DCS 1800-norm is toegekend, wél een vergoeding is gevraagd, indien de vergoeding die van de bestaande marktdeelnemers is gevraagd voor hun GSM 900-concessie, met inbegrip van de later toegekende extra

frequenties uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied waarvoor niet moest worden bijbetaald, economisch gelijkwaardig blijkt te zijn met de vergoeding die is gevraagd van de marktdeelnemer aan wie de DCS 1800-concessie is verleend.

Edward

La Pergola

Jann

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 22 mei 2003.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

R. Grass

M. Wathelet