

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer — uitgebreid)

30 januari 2002 \*

In zaak T-54/99,

**max.mobil Telekommunikation Service GmbH**, gevestigd te Wenen (Oostenrijk),  
vertegenwoordigd door S. Köck, M. Pflügl, M. Esser-Wellié en M. Oder,  
advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door W. Mölls  
en K. Wiedner als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

\* Procestaal: Duits.

ondersteund door

**Koninkrijk der Nederlanden**, vertegenwoordigd door M. A. Fierstra, J. van Bakel en H.G. Sevenster als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënt,

betreffende een verzoek tot gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking nr. IV-C1/ROK D(98) van de Commissie van 11 december 1998, voorzover deze betrekking heeft op de afwijzing van verzoeksters klacht dat de Republiek Oostenrijk bij de vaststelling van het bedrag van de door verzoekster te betalen vergoeding voor de verkrijging van een GSM-concessie de artikelen 86 en 90, lid 1, EG-Verdrag (thans de artikelen 82 EG en 86, lid 1, EG) heeft geschonden,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG  
(Tweede kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: A. W. H. Meij, kamerpresident, K. Lenaerts, M. Jaeger, J. Pirrung en N. J. Forwood, rechters,

griffier: H. Jung,

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 2 mei 2001,

het navolgende

## Arrest

### De feiten

- 1 De eerste exploitant van een GSM-netwerk op de Oostenrijkse markt was Mobilkom Austria AG (hierna: „Mobilkom”), waarvan de aandelen nog gedeeltelijk in het bezit van de Oostenrijkse Staat zijn via de vennootschap Post und Telekom Austria AG (hierna: „PTA”). Verzoekster, de vennootschap naar Oostenrijks recht max.mobil Telekommunikation Service GmbH, is in oktober 1996 als tweede GSM-exploitant op de markt gekomen. Vervolgens is een derde exploitant, Connect Austria GmbH, op grond van een begin augustus 1997 gehouden openbare inschrijving, eveneens op de markt verschenen. Toen het onderhavige beroep werd ingesteld werkte Connect Austria uitsluitend volgens de technische communicatiestandaard DCS 1800. Voordat verzoekster op de markt verscheen, beschikte de Österreichische Post und Telegraphenverwaltung (Oostenrijkse post- en telegraafdienst) over een wettelijk monopolie in de gehele mobiele telefoniesector en exploiteerde hij met name de analoge mobiele telefoonnetten „C-Netz” en „D-Netz”, alsmede het GSM-net „A1”. Op 1 juni 1996 werd dit monopolie overgedragen aan Mobilkom, een nieuw opgerichte dochtermaatschappij van PTA.
- 2 Op 14 oktober 1997 heeft verzoekster bij de Commissie een klacht ingediend die er met name toe strekte te doen vaststellen dat de Republiek Oostenrijk de bepalingen van artikel 86 juncto artikel 90, lid 1, EG-Verdrag (thans respectievelijk de artikelen 82 EG en 86, lid 1, EG) had geschonden. Deze klacht was voornamelijk gericht tegen het feit dat er geen verschil was tussen de van verzoekster respectievelijk van Mobilkom verlangde bedragen van de vergoedingen.

- 3 Bovendien stelde verzoekster in die klacht dat het gemeenschapsrecht was geschonden, in de eerste plaats omdat de Oostenrijkse autoriteiten de voordelen die bij de toewijzing van frequenties aan Mobilkom waren verleend bij wet hadden vastgelegd, en in de tweede plaats omdat PTA aan haar dochtermaatschappij Mobilkom steun had verleend voor de oprichting en de exploitatie van haar GSM-net.
  
- 4 Op 22 april 1998 heeft verzoekster bij de Commissie een aanvullende memorie ingediend waarin zij bepaalde feitelijke en juridische elementen betreffende de door haar gewraakte situatie preciseerde. Na een vergadering met de Commissie op 14 juli 1998 heeft verzoekster op 27 juli 1998 een tweede aanvullende memorie ingediend.
  
- 5 Op 11 december 1998 heeft de Commissie verzoekster de brief gezonden waartegen het onderhavige beroep is gericht (hierna: „bestreden handeling”). In die brief is onder meer het volgende verklaard:

„Op 14 oktober 1997 heeft u een klacht tegen de Republiek Oostenrijk ingediend. Die klacht betrof:

- a) de door de eerste exploitant van mobiele radiotelefonie [Mobilkom] en door uw onderneming betaalde concessievergoedingen, en in het bijzonder het feit dat Mobilkom geen hogere vergoeding moet betalen dan uw onderneming,

- b) de bij het Oostenrijkse Telekommunikationsgesetz (telecommunicatiewet) vastgestelde voorwaarden met betrekking tot de toewijzing van de frequenties DCS 1800, en
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
- c) de gebruiksvoorwaarden voor de door [PTA] ter beschikking gestelde infrastructuur, die volgens u voor Mobilkom gunstiger zijn dan voor uw onderneming.

[...]

Met deze brief delen wij u mee dat de Commissie voornemens is uw klacht met betrekking tot de punten b en c in behandeling te nemen.

Met betrekking tot punt a, aangaande het bedrag van de concessievergoeding, is de Commissie daarentegen van mening dat u het bestaan van een overheidsmaatregel die Mobilkom tot misbruik van haar machtspositie zou hebben gebracht, niet voldoende heeft bewezen. Volgens de tot dusver gevolgde praktijk heeft de Commissie in vergelijkbare zaken slechts een procedure wegens niet-nakoming ingeleid, wanneer een lidstaat aan een nieuwe onderneming op de markt een hogere vergoeding oplegde dan aan een onderneming die reeds op de markt actief was (zie beschikking van de Commissie van 4 oktober 1995 betreffende de aan de tweede exploitant van GSM-radiotelefonie in Italië opgelegde voorwaarden, PB L 280, van 23 november 1995).

De Commissie zal de twee andere grieven echter in behandeling nemen en u te zijner tijd in kennis stellen van het verloop van de procedure”.

### Procesverloop en conclusies van partijen

- 6 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 22 februari 1999, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld. Dit beroep strekt tot gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden handeling, voorzover daarbij de klacht gedeeltelijk is afgewezen.
- 7 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 31 maart 1999, heeft de Commissie op basis van artikel 114, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen. Bij beschikking van 17 september 1999 heeft het Gerecht (Tweede kamer) besloten deze exceptie te voegen met de zaak ten gronde.
- 8 Op 15 juli 1999 heeft het Koninkrijk der Nederlanden verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van 17 september 1999 heeft de president van de Tweede kamer toelating tot interventie verleend.
- 9 Op rapport van de rechter-rapporteur, heeft het Gerecht (Tweede kamer — uitgebreid) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. In het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht partijen verzocht om schriftelijk bepaalde vragen te beantwoorden.

10 Partijen zijn in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 2 mei 2001.

11 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden handeling nietig te verklaren voorzover haar klacht daarbij is afgewezen;

— verweerster te verwijzen in de kosten.

12 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet ontvankelijk, subsidiair, ongegrond te verklaren;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

13 Het Koninkrijk der Nederlanden ondersteunt de conclusies van de Commissie.

## In rechte

- 14 Het Gerecht acht het wenselijk om allereerst alle argumenten van partijen betreffende de ontvankelijkheid en de zaak ten gronde uiteen te zetten alvorens uitspraak te doen.

### *Argumenten van partijen*

#### De ontvankelijkheid

- 15 Om te beginnen stelt de Commissie dat het beroep zonder voorwerp is, omdat het verwijst naar haar vermeende weigering om vast te stellen dat de Republiek Oostenrijk de artikelen 86 en 90 EG-Verdrag heeft geschonden door Connect Austria een voorkeursbehandeling te geven. Verzoekster heeft immers de behandeling van deze exploitant niet als een inbreuk op zich voorgesteld, maar deze aangevoerd als een bewijs van het feit dat zij is gediscrimineerd ten opzichte van Mobilkom. Zij heeft trouwens zelfs niet gesteld, dat Connect Austria een onderneming in de zin van artikel 90 EG-Verdrag is.
- 16 Vervolgens stelt de Commissie dat het beroep niet-ontvankelijk is. Zij is in de eerste plaats van mening, dat een particulier in beginsel niet in rechte kan opkomen tegen een besluit van de Commissie om geen gebruik te maken van de haar bij artikel 90, lid 3, EG-Verdrag verleende bevoegdheid (arrest Hof van 20 februari 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commissie, C-107/95 P, Jurispr. blz. I-947, punten 25-27; hierna: „arrest Bilanzbuchhalter”). Zij wijst erop dat in dit arrest is gepreciseerd, dat het niet à priori is uitgesloten dat er in uitzonderingssituaties van die regel kan worden afgeweken. Het Hof stelde evenwel vast dat dit in de zaak die tot dat arrest heeft geleid, niet het geval was.



Geconfronteerd met dezelfde problematiek na de uitspraak van het arrest Bilanzbuchhalter, is het Hof overigens niet meer teruggekomen op het bestaan, zelfs theoretisch, van dergelijke „uitzonderingssituaties” (beschikking Hof van 16 september 1997, Koelman/Commissie, C-59/96 P, Jurispr. blz. I-4809, punten 57-59). Het Gerecht heeft in zijn arrest van 17 juli 1998, ITT Promedia/Commissie (T-111/96, Jurispr. blz. II-2937, punt 97) zelf ook voor een soortgelijke benadering als die van het Hof gekozen.

- 17 Vervolgens herinnert de Commissie eraan, dat artikel 90, lid 1, EG-Verdrag rechtstreekse werking heeft in samenhang met artikel 86 EG-Verdrag. Aldus is de bescherming van particulieren gewaarborgd door de krachtens het Verdrag rechtstreeks op de lidstaten rustende verplichtingen.
- 18 Verzoeksters verklaring dat zij in casu naar Oostenrijks recht niet kan opkomen tegen de ten gunste van Mobilkom genomen maatregelen, kan volgens vaste rechtspraak niet van invloed zijn op de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een beroep voor de gemeenschapsrechter (beschikking Hof van 23 november 1995, Asocarne/Raad, C-10/95 P, blz. I-4149, punt 26, en arrest Gerecht van 5 juni 1996, Kahn Scheepvaart/Commissie, T-398/94, Jurispr. blz. II-477, punt 50). Overigens had verzoekster naar Oostenrijks recht de mededeling kunnen verlangen van het besluit tot concessieverlening aan Mobilkom, om daarentegen beroep in rechte in te stellen. In casu blijkt verzoekster echter niets te hebben ondernomen om langs deze weg haar rechten te verdedigen. Ter terechtzitting heeft de Commissie overigens gewezen op het bestaan van een uitspraak van de nationale rechter waarbij aan een telecommunicatieonderneming procesbevoegdheid is verleend in een soortgelijke situatie als die waarop verzoeksters klacht betrekking heeft.
- 19 Anders dan de procedurele bepalingen betreffende inbreuken op de mededingingsregels, zoals vastgesteld in artikel 6 van verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag (PB L 354, blz. 18) en in artikel 93, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 2,

EG), kent artikel 90, lid 3, EG-Verdrag particulieren niet het recht toe tussen te komen in de desbetreffende administratieve procedure.

- 20 Rekening houdend met de ingewikkeldheid van haar toezichthoudende taak, beschikt de Commissie bovendien over een ruime beoordelingsbevoegdheid, die des te ruimer is omdat ook de lidstaten op het betrokken gebied over een dergelijke beoordelingsbevoegdheid beschikken (arrest Gerecht van 27 oktober 1994, Ladbroke Racing/Commissie, T-32/93, Jurispr. blz. II-1015, punten 37 en 38).
- 21 Verzoeksters standpunt dat artikel 90, lid 3, EG-Verdrag bedoeld is ter bescherming van particulieren, is dus onjuist. Die bepaling beoogt immers, evenals artikel 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG) het algemeen belang te dienen. Overigens is gewezen op het verband tussen de artikelen 90, lid 3, en 169 EG-Verdrag, met name in het arrest van 8 juli 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Commissie (T-266/97, Jurispr. blz. II-2329, punt 75). De Commissie kon dus in het kader van artikel 90, lid 3, EG-Verdrag vrij over haar optreden beslissen, en daarbij klachten en zelfs de belangen van particulieren buiten beschouwing laten (arrest Ladbroke Racing/Commissie, reeds aangehaald, punten 37 en 38).
- 22 Wat ten slotte het arrest van het Gerecht van 3 juni 1999, TF1/Commissie (T-17/96, Jurispr. blz. II-1757; hierna: „arrest TF1”) betreft, wijst de Commissie er allereerst op, dat zij evenals de Franse Republiek, tegen dit arrest een hogere voorziening heeft ingesteld, die ten tijde van de terechtzitting in de onderhavige zaak nog aanhangig was (C-302/99 P en C-308/99 P). Zij betwist meer in het bijzonder de rechtsoverwegingen van dit arrest volgens welke artikel 90, lid 3, EG-Verdrag de bescherming van de belangen van particulieren zou beogen, alsmede de rechtsoverwegingen volgens welke het feit dat de indiener van de klacht, TF1, een concurrent is van de overheidsonderneming waartegen de klacht is gericht, een „uitzonderingssituatie” in de zin van het arrest Bilanzbuchhalter vormt. De in het arrest TF1 aangevoerde omstandigheden leveren dus geen grond op om te stellen dat het onderhavige beroep ontvankelijk is.

- 23 In de tweede plaats stelt de Commissie dat het beroep niet-ontvankelijk is, omdat verzoekster niet individueel is geraakt. De economische gevolgen van de bestreden handeling raken verzoekster immers niet op soortgelijke wijze als de adressaat, in de zin van het arrest van het Hof van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, Jurispr. blz. 205), maar net als elke andere werkelijke of potentiële concurrent op die markt (Ladbroke Racing/Commissie, reeds aangehaald, punten 41 en 42). Duidelijkheidshalve preciseert de Commissie, dat verzoeksters hoedanigheid van klager niet betekent dat de afwijzing van haar klacht haar individueel raakt (arrest Ladbroke Racing/Commissie, reeds aangehaald, punt 43).
- 24 De Commissie is van mening, dat het feit dat de betrokken markt kan worden beschouwd als een natuurlijk oligopolie dat slechts een bepaald aantal exploitanten omvat, en zelfs het feit dat verzoekster tijdelijk de enige concurrent van Mobilkom was, niet afdoet aan de beoordeling van de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep, omdat de bestreden handeling de gehele betrokken markt indirect raakt (zie inzonderheid arrest Hof van 14 juli 1983, Spijker/Commissie, 231/82, Jurispr. blz. 2559, punt 10).
- 25 Het Koninkrijk der Nederlanden stelt, dat het beroep van een particulier tegen een beschikking krachtens artikel 90, lid 3, EG-Verdrag slechts in uitzonderlijke omstandigheden ontvankelijk is, ook wanneer de betrokken nationale maatregel geen maatregel van algemene strekking is. Tegen die achtergrond beklemtoont het de gelijkennis tussen de procedure betreffende deze bepaling en die van artikel 93 EG-Verdrag (arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, en arrest Gerecht van 16 september 1998, Waterleiding Maatschappij/Commissie, T-188/95, Jurispr. blz. II-3713, punten 53 en 54).
- 26 Verzoekster stelt, dat de bestreden handeling een rechtshandeling vormt die krachtens artikel 230, vierde alinea, EG vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring.

- 27 Dienaangaande wijst zij er in de eerste plaats op, dat het Hof in het arrest Bilanzbuchhalter in punt 25 heeft geoordeeld, dat een particulier in bepaalde gevallen beroep in rechte kan instellen tegen een weigering van de Commissie om een beschikking te geven in het kader van artikel 90, leden 1 en 3, EG-Verdrag, en dat advocaat-generaal La Pergola in zijn conclusie bij ditzelfde arrest (Jurispr. blz. I-947, op blz. I-949) eveneens de mogelijkheid heeft erkend om dit type besluit aan rechterlijke toetsing te onderwerpen. Volgens de punten 20 en 21 van dezelfde conclusie van advocaat-generaal La Pergola kan het ontbreken van procesbevoegdheid niet op een onbeperkte beoordelingsbevoegdheid van de Commissie berusten, nu die bevoegdheid binnen bepaalde grenzen moet blijven die voortvloeien uit het feit dat de particulier subjectieve rechten heeft en dat de schending daarvan door de belanghebbende voor toetsing aan de gemeenschapsrechter moet kunnen worden voorgelegd.
- 28 Wat de vraag betreft of zij individueel wordt geraakt, stelt verzoekster met name dat de redenering van de Commissie berust op het onjuiste uitgangspunt dat de bestreden handeling gelijkwaardige gevolgen heeft voor alle Oostenrijkse GSM-exploitanten. Wegens de bijzondere kenmerken van de geregementeerde telecommunicatiemarkt, een klassiek voorbeeld van een natuurlijk oligopolie, vormen de betrokken exploitanten namelijk slechts een kleine groep. Bovendien was verzoekster de enige die dezelfde vergoeding moest betalen als Mobilkom. Ten slotte was zij gedurende een vrij lange periode na de toewijzing van de twee in geding zijnde concessies en het opleggen van de desbetreffende vergoedingen de enige concurrente van Mobilkom. Al deze overwegingen volstaan volgens verzoekster om haar ten opzichte van elke andere onderneming te individualiseren in de zin van artikel 230 EG.

Ten gronde

- 29 Verzoekster voert in hoofdzaak twee middelen aan. Het eerste betreft schending van de artikelen 86 en 90 EG-Verdrag en kennelijke dwaling bij de beoordeling van de relevante feiten. Het tweede middel betreft schending van de motiveringsplicht.

— Eerste middel: schending van de artikelen 86 en 90 EG-Verdrag en kennelijke dwaling bij de beoordeling van de relevante feiten

- 30 Verzoekster brengt allereerst een aantal feitelijke en economische omstandigheden in herinnering.
- 31 Zij stelt dat haar concurrente Mobilkom alleen al in de GSM-sector ongeveer 500 000 abonnees had toen zij haar klacht indiende. Op dat zelfde tijdstip had Mobilkom bovendien ongeveer 280 000 abonnees voor het „D-Netz” en het „C-Netz”. Verzoeksters concurrentiepositie verslechterde nog aanzienlijk toen Mobilkom in 1996 een vergoeding van 4 miljard Oostenrijkse schilling (ATS) moest betalen, formeel identiek aan het bedrag dat verzoekster moest betalen. Bovendien kreeg Mobilkom nadien een korting op het bedrag van haar vergoeding, zogenaamd als schadevergoeding voor het feit dat zij ten gunste van verzoekster frequenties in de 900 MHz-band had afgestaan. Tevens kreeg Mobilkom tegen een gunstige rentevoet uitstel van betaling van haar vergoeding tot 20 maart 1997.
- 32 Verder beklemtoont verzoekster ook nog dat de derde GSM-concessie in augustus 1997 was verleend aan Connect Austria, tegen een vergoeding van 2,3 miljard ATS. De inzake telecommunicatie bevoegde Oostenrijkse instantie voerde ter rechtvaardiging van dit verschil tussen de vergoedingsbedragen aan dat de waarde van deze derde concessie geringer was dan die welke aan de twee andere exploitanten waren verleend, omdat de nieuwe concurrent later op de markt kwam.
- 33 In het licht van die feitelijke omstandigheden meent verzoekster in de eerste plaats, dat de Commissie in de bestreden handeling niet enkel van mening lijkt te

zijn dat Mobilkom een machtspositie op de Oostenrijkse markt inneemt, maar ook dat het gewraakte misbruik de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

- 34 Vervolgens wijst verzoekster erop dat de Commissie in de bestreden handeling stelt, dat verzoekster niet „voldoende bewijzen heeft geleverd voor het bestaan van een overheidsmaatregel die Mobilkom tot misbruik van haar machtspositie had gebracht”. Deze zienswijze van de Commissie is onjuist. Verzoekster is immers benadeeld doordat zij dezelfde vergoeding moest betalen als Mobilkom, terwijl de waarde van haar concessie aanzienlijk geringer was. Uit twee beschikkingen van de Commissie, 95/489/EG van 4 oktober 1995 betreffende de aan de tweede exploitant van GSM-radiotelefonie in Italië opgelegde voorwaarden (PB L 280, blz. 49, punt 16; hierna: „beschikking GSM Italië”) en 97/181/EG van 18 december 1996 betreffende de aan de tweede exploitant van GSM-radiotelefonie in Spanje opgelegde voorwaarden (PB 1997, L 76, blz. 19, punt 20; hierna: „beschikking GSM Spanje”) blijkt, dat de vergoedingen op het betrokken gebied na een economische analyse moeten worden vastgesteld op basis van de waarde van de betrokken concessie. Meer in het bijzonder, de winstvooruitzichten van de GSM-exploitanten variëren afhankelijk van de datum waarop zij op de markt zijn gekomen. De formeel gelijke behandeling wat de bedragen van de twee concessies betreft vormt dus een ernstige ongelijke behandeling en bijgevolg een discriminatie van verzoekster.
- 35 Deze praktijken vormen een schending van de bepalingen van artikel 86 juncto artikel 90 EG-Verdrag. Immers, een overheidsmaatregel betreffende een overheidsonderneming als Mobilkom maakt inbreuk op artikel 90, lid 1, EG-Verdrag, wanneer die maatregel die onderneming verplicht, aanspoort of ertoe brengt om met name artikel 6 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 12 EG) of mededingingsregels te schenden. In het licht van de beschikkingen GSM Italië (punt 17) en GSM Spanje (punt 21) moet dit beginsel aldus worden begrepen, dat de maatregelen die de concurrentiepositie van de overheidsonderneming verbeteren en de mededinging vervalsen, onder het verbod van artikel 90 EG-Verdrag vallen, zonder dat die maatregelen rechtstreeks in verband behoeven te staan met een gedraging die een misbruik vormt waartoe de overheidsonderneming zelf heeft besloten (arrest Hof van 13 december 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Jurispr. blz. I-5941, punt 24).

- 36 Bijgevolg heeft de Commissie, door in de bestreden handeling te verklaren dat verzoekster niet voldoende bewijzen heeft geleverd voor het bestaan van een overheidsmaatregel die Mobilkom tot misbruik van haar machtspositie heeft gebracht, enerzijds het belang van de discriminatie van verzoekster kennelijk onjuist beoordeeld, en anderzijds artikel 90 EG-Verdrag geschonden.
- 37 In de tweede plaats stelt verzoekster, dat de Commissie in de bestreden handeling voornamelijk heeft gepreciseerd dat zij, volgens haar administratieve praktijk, in soortgelijke zaken alleen dan een procedure heeft ingeleid, wanneer een lidstaat aan een nieuw op de markt verschenen onderneming een hogere vergoeding oplegde dan aan een onderneming die reeds op de markt actief is. Verzoekster wijst er niettemin op, dat de Commissie in de beschikkingen GSM Italië en GSM Spanje slechts op één aspect van de gelijke behandeling van GSM-exploitanten is ingegaan. Eisen dat een overheidsonderneming hetzelfde bedrag moet betalen als de tweede exploitant zonder rekening te houden met de economische waarde van de respectieve concessies, moet als een onvoldoende criterium worden beschouwd. Met andere woorden, de Commissie heeft in de bestreden handeling geen rekening gehouden met de concrete verschillen met de situaties die tot de beschikkingen GSM Italië en GSM Spanje hebben geleid, met name wat de factor tijd betreft. In elk geval heeft de Commissie niet het noodzakelijke onderzoek verricht teneinde te bepalen of het bedrag van de aan Mobilkom opgelegde vergoeding gerechtvaardigd was, terwijl de Commissie de toepasselijke criteria, met name in haar beschikking GSM Italië, reeds had opgesomd.
- 38 Op het argument van de Commissie dat zij bij het onderzoek van de aan haar voorgelegde gevallen in elk geval het recht moet hebben om voor het gebruiken van haar beperkte middelen prioriteiten te stellen, antwoordt verzoekster dat deze instelling zich in de bestreden handeling niet op die reden beroept om te rechtvaardigen dat zij geen procedure heeft ingeleid.
- 39 Ook in het geval dat de bestreden handeling zou moeten worden beschouwd als een toepassing van die mogelijkheid om bij de behandeling van klachten

prioriteiten te stellen, heeft de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid onwettig gebruikt, omdat zij geen rekening heeft gehouden met het ontbreken van passende beroepsmogelijkheden in het nationale recht. Zij heeft dat ontbreken van beroepsmogelijkheden zelfs niet onderzocht, terwijl zij krachtens haar Mededeling betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bij de behandeling van onder de artikelen 85 en 86 van het EG -Verdrag vallende zaken (PB 1997, C-313, blz. 3, punten 36 en 45) daartoe verplicht was.

40 De Commissie komt tot de slotsom, dat haar besluit om in casu niet op te treden, niet onregelmatig is wegens een onjuiste beoordeling.

41 De Nederlandse regering stelt, dat de Commissie niet kan worden verplicht over klachten betreffende vermeende inbreuken door de lidstaten te beslissen, wanneer het voorwerp van die klachten niet tot haar exclusieve bevoegdheden behoort. Is de Commissie niet bij uitsluiting bevoegd, dan kan zij optreden volgens de door haar gestelde prioriteiten. Ten slotte is twijfelachtig of een eventuele verhoging achteraf van de GSM-vergoeding, zoals verzoekster voor Mobilkom suggereert, verenigbaar is met de beginselen van gewettigd vertrouwen, transparantie en objectiviteit.

— Tweede middel: schending van de motiveringsplicht

42 Om te beginnen stelt verzoekster, dat de Commissie op grond van artikel 190 EG-Verdrag (thans artikel 253 EG) weliswaar niet verplicht is om een standpunt in te nemen over alle door de klagers aangevoerde argumenten, maar wel verplicht is zich uit te spreken over die welke voor de belanghebbenden van bijzonder gewicht lijken te zijn.



- 43 In de bestreden handeling heeft de Commissie in twee zinnen verzoeksters opmerkingen als ontoereikend afgedaan en verder alleen naar haar administratieve praktijk verwezen. Volgens vaste rechtspraak volstaat echter niet dat een door een beschikking geraakt persoon in staat is om de redenen van een beschikking af te leiden uit een vergelijking van die beschikking met eerdere soortgelijke beschikkingen (arrest Hof van 17 maart 1983, *Control Data/Commissie*, 294/81, *Jurispr.* blz. 911, punt 15). Ten slotte beklemt toont verzoekster, dat de Commissie in de bestreden handeling haar evenmin om aanvullende inlichtingen verzoekt. Aldus gezien, moet de bestreden handeling dus worden beschouwd als een definitieve beoordeling van haar klacht.
- 44 Verzoekster stelt tevens dat zij niet in staat is geweest om kennis te nemen van de rechtvaardigingsgronden van de door de Commissie in casu genomen maatregelen, en dat ook het Gerecht niet in staat is zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen. Daarom stelt zij voor om verschillende functionarissen van haar onderneming en deskundigen op het gebied van telecommunicatie hierover als getuigen te horen.
- 45 In antwoord op de memorie in interventie van het Koninkrijk der Nederlanden wijst verzoekster er nog op dat aan de Commissie weliswaar een bepaalde beoordelingsbevoegdheid moet worden toegekend bij de behandeling van de bij haar ingediende klachten, maar dat een dergelijke bevoegdheid niet onbegrensd is. Bovendien moet het gebruik van een dergelijke bevoegdheid naar behoren worden gemotiveerd (arrest Gerecht van 18 mei 1994, *BEUC en NCC/Commissie*, T-37/92, *Jurispr.* blz. II-285, punt 47). In een dergelijke samenhang kan de Commissie niet volstaan met een abstracte verwijzing naar het ontbreken van communautair belang bij de behandeling van een klacht.
- 46 De Commissie stelt onder meer, dat volgens vaste rechtspraak de door artikel 190 EG-Verdrag vereiste motivering in de eerste plaats moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling, en in de tweede plaats aan de omstandigheden van het geval, dat wil zeggen met name de inhoud van de handeling, de aard van

de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een nadere toelichting kunnen hebben (zie inzonderheid arrest Commissie/Sytraval en Brink's France reeds aangehaald, punt 63).

### *Beoordeling door het Gerecht*

#### Opmerkingen vooraf

- 47 Alvorens de door partijen aangevoerde middelen te onderzoeken, dient te worden gepreciseerd binnen welk kader de vragen inzake de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het onderhavige beroep betreffende de toepassing van artikel 90, lid 3, EG-Verdrag, moeten worden beoordeeld.
- 48 Aangezien het in casu gaat om een beroep tegen een handeling betreffende de afwijzing van een klacht, moet vooraf worden beklemtoond, dat de zorgvuldige en onpartijdige behandeling van een klacht haar weerspiegeling vindt in het recht op behoorlijk bestuur dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van de rechtsstaat die gemeen zijn aan de constitutionele tradities van de lidstaten. Immers, artikel 41, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd op 7 december 2000 te Nice (PB 2000, C 364, blz. 1; hierna: „Handvest van de grondrechten”) bepaalt: „Een ieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen en organen van de Unie worden behandeld.” Dus moeten nu de aard en de omvang van dit recht en de desbetreffende verplichting van de administratie worden onderzocht, in de bijzondere context van de toepassing van het communautaire mededingingsrecht op een concreet geval, zoals in casu door verzoekster uiteengezet.

- 49 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat een verplichting tot zorgvuldig en onpartijdig onderzoek reeds uitdrukkelijk aan de Commissie is opgelegd door de rechtspraak van het Gerecht in het kader van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag (thans de artikelen 81 EG en 82 EG), voorts ook in het kader van de artikelen 92 (thans, na wijziging, artikel 87 EG) en 93 EG-Verdrag (thans artikel 88 EG) (zie met name arresten Gerecht van 18 september 1992, *Automec/Commissie*, T-24/90, Jurispr. blz. II-2223, punt 79, en 15 september 1998, *Gestevisión Telecinco/Commissie*, T-95/96, Jurispr. blz. II-3407, punt 53). In de arresten van 17 november 1987, *BAT en Reynolds/Commissie* (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 20) en 17 mei 2001 (*IECC/Commissie*, C-449/98 P, Jurispr. blz. I-3875, punt 45), heeft overigens ook het Hof verklaard, dat de Commissie verplicht is om alle haar door de klagers ter kennis gebrachte elementen feitelijk en rechtens te onderzoeken. Geen enkele uitdrukkelijke tekst of ander element wijst erop, dat dit niet ook zou gelden in het kader van de beoordelingsbevoegdheid waarover de Commissie beschikt bij een klacht die ertoe strekt dat de Commissie krachtens artikel 90, lid 3, EG-Verdrag maatregelen zou nemen.
- 50 De genoemde arresten steunen met name op het bestaan van bij het Verdrag of bij bepalingen van afgeleid recht uitdrukkelijk erkende procedurele rechten op grond waarvan wordt gesproken van een onderzoeksverplichting van de Commissie, terwijl de Commissie zelf stelt dat dergelijke rechten niet formeel in het kader van artikel 90 EG-Verdrag aan de klagers zijn toegekend.
- 51 Er zij evenwel op gewezen dat deze verdragsbepaling, zoals met name volgt uit het eerste lid ervan, steeds geldt in samenhang met andere verdragsbepalingen, waaronder die betreffende mededinging, die uitdrukkelijk wél procedurele rechten aan de klagers toekennen. In casu stelt verzoekster in haar klacht in wezen, dat zij in negatieve zin is geraakt door een Oostenrijkse overheidsmaatregel op grond waarvan Mobilkom haar machtspositie op de betrokken mobiele telefoniemarkt in strijd met artikel 86 van het Verdrag kon misbruiken. Verzoekster bevindt zich dus in een situatie die vergelijkbaar is met die welke

is bedoeld in artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), op grond waarvan zij een klacht kan indienen bij de Commissie.

- 52 In de tweede plaats wordt het bestaan van een dergelijke verplichting tot zorgvuldig en onpartijdig onderzoek ook gerechtvaardigd door de op de Commissie rustende algemene toezichthoudende taak, ook al wordt die verplichting in het kader van artikel 90, lid 3, EG-Verdrag tegenover de lidstaten uitgeoefend. Het Gerecht heeft immers verklaard, dat de omvang van de verplichtingen van de Commissie op het gebied van het mededingingsrecht moet worden onderzocht uit het oogpunt van artikel 89, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 85, lid 1, EG), dat op dit gebied de specifieke uitdrukking is van de bij artikel 155 EG-Verdrag (thans artikel 211 EG) aan de Commissie opgedragen algemene toezichthoudende taak (zie met name arrest Gerecht 14 juli 1994, Parker Pen/Commissie T-77/92, Jurispr. blz. II-549, punt 63). Evenals artikel 89 EG-Verdrag is ook artikel 90 EG-Verdrag de uitdrukking van de algemene doelstelling die volgens artikel 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, sub g, EG) met het optreden van de Gemeenschap moet worden nagestreefd, namelijk het totstandkomen van een regeling waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst (zie in die zin arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 38).
- 53 Tegen die achtergrond moeten de algemene toezichthoudende taak van de Commissie en het corollarium ervan, de verplichting tot zorgvuldig en onpartijdig onderzoek van de bij haar ingediende klachten, in beginsel zonder onderscheid gelden in het kader van de artikelen 85, 86, 90, 92, en 93 EG-Verdrag, ook al verschillen de uitvoeringsmodaliteiten van die verplichtingen naar gelang van het specifieke gebied waarop zij worden toegepast, en met name van de procedurele rechten die bij het Verdrag of het afgeleide gemeenschapsrecht uitdrukkelijk aan de belanghebbenden op die gebieden zijn toegekend. Bijgevolg zijn de argumenten van de Commissie dat artikel 90, lid 3, EG-Verdrag aan particulieren elke rol ontzegt, en verder dat de bescherming van particulieren is gewaarborgd door de rechtstreeks op de lidstaten rustende verplichtingen, niet relevant.

- 54 De Commissie beroept zich tevergeefs op het parallellisme tussen de artikelen 90, lid 3, en 169 EG-Verdrag ten betoge dat zij niet verplicht is de klacht in het kader van die eerstgenoemde bepaling te onderzoeken. Dienaangaande moet worden beklemdoond, dat deze bepalingen weliswaar allebei leiden tot procedures waarbij de Commissie en een lidstaat zijn betrokken, in het kader waarvan de Commissie haar algemene toezichthoudende taak krachtens artikel 155 van het Verdrag uitoefent, maar dat de Commissie krachtens artikel 169 EG-Verdrag een niet-nakomingsprocedure tegen een lidstaat „kan” inleiden, doch krachtens artikel 90, lid 3, EG-Verdrag passende maatregelen neemt „voorzover nodig”. Deze uitdrukking vormt een precisering van de bij artikel 90, lid 3, EG-Verdrag aan de Commissie toegekende bevoegdheid, en wijst er dus op, dat de Commissie moet kunnen beslissen over de „noodzaak” van haar optreden, wat dan weer wijst op een verplichting tot zorgvuldig en onpartijdig onderzoek van de klachten, na afloop waarvan zij opnieuw kan beoordelen of een onderzoek al dan niet nodig is en of in voorkomend geval, voorzover nodig, maatregelen tegen de betrokken lidstaat of lidstaten moeten worden genomen. Anders dan in het geval van haar beslissingen om een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 169 EG-Verdrag in te stellen, is de bevoegdheid van de Commissie op het gebied van de toepassing van artikel 90, lid 3, EG-Verdrag dus niet volledig discretionair (zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Mischo bij arrest Hof van 12 juli 2001, Commissie en Frankrijk/TF1, C-302/99 P en C-308/99 P, Jurispr. blz. I-5603, punt 96).
- 55 Deze verplichting tot zorgvuldig en onpartijdig onderzoek houdt evenwel niet noodzakelijk in dat de Commissie een dergelijk onderzoek moet voortzetten totdat een definitieve beschikking is gegeven of een voor één of meerdere lidstaten bestemde richtlijn is vastgesteld. Immers, krachtens vaste rechtspraak volgt uit artikel 90, lid 3, EG-Verdrag en de structuur van het geheel van de bepalingen van dit artikel, dat de aan de Commissie opgedragen toezichthoudende taak tegenover lidstaten die de verdragsregels hebben geschonden, met name die betreffende de mededinging, de uitoefening van een ruime beoordelingsbevoegdheid inhoudt, zowel wat het door haar noodzakelijk geachte optreden als de daartoe geschikte middelen betreft (zie met name arrest Bilanzbuchhalter, punt 27, en arrest Vlaamse Televisie Maatschappij/Commissie, reeds aangehaald, punt 75). In de rechtspraak is voorts gepreciseerd, dat „de uitoefening van de bij artikel 90, lid 3, van het Verdrag verleende bevoegdheid om te beoordelen of maatregelen van de lidstaten verenigbaar zijn met de verdragsregels, derhalve geen verplichting van de Commissie impliceert om in te grijpen, waarop men zich

zou kunnen beroepen teneinde een eventueel nalaten van de Commissie te doen vaststellen” (zie met name arrest Ladbroke Racing/Commissie, reeds aangehaald, punt 38). Hoewel moet worden beklemtoond dat de Commissie niet verplicht is om tegen lidstaten op te treden, houdt deze rechtspraak niet in, dat die instelling de klachten niet zorgvuldig en onpartijdig zou moeten onderzoeken.

- 56 Vervolgens moet er op worden gewezen dat, nu op de Commissie een dergelijke onderzoeksverplichting rust, de nakoming ervan niet aan elke rechterlijke toetsing kan worden onttrokken. Het is immers zowel in het belang van een goede rechtsbedeling als van een juiste toepassing van de mededingingsregels, dat natuurlijke of rechtspersonen die de Commissie verzoeken om een inbreuk op die regels vast te stellen, bij gehele of gedeeltelijke afwijzing van hun verzoek kunnen beschikken over een beroepsmogelijkheid ter bescherming van hun wettige belangen. Het Hof heeft dit beginsel overigens op het gebied van inbreuken op de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag herhaaldelijk toegepast (zie met name arrest Hof van 25 oktober 1977, Metro/Commissie, 26/76, Jurispr. blz. 1875, punt 13). Hetzelfde geldt in geval van inbreuk op artikel 90, lid 3, EG-Verdrag (zie in die zin, conclusie van advocaat-generaal Mischo bij het arrest Commissie en Frankrijk/TF1, reeds aangehaald, punt 97).
- 57 Een dergelijke rechterlijke toetsing maakt ook deel uit van de algemene beginselen van de rechtsstaat die gemeen zijn aan de constitutionele tradities van de lidstaten, zoals wordt bevestigd door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten, dat bepaalt dat eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte.
- 58 Aangezien hierboven reeds is beklemtoond dat de Commissie in het kader van artikel 90, lid 3, EG-Verdrag over een ruime beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot de „noodzaak” van een optreden tegen de lidstaten beschikt, en dat zij verder verplicht is tot een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek van de klachten over schending van artikel 90, lid 1, EG-Verdrag wanneer wordt opgekomen tegen een besluit van de Commissie om de haar bij artikel 90, lid 3,

EG-Verdrag verleende bevoegdheid niet te gebruiken, dient de gemeenschapsrechter zich te bepalen tot een beperkte controle, waarbij hij in de eerste plaats moet nagaan of de bestreden handeling een prima facie consistente motivering bevat waaruit blijkt dat rekening is gehouden met de relevante elementen van het dossier, in de tweede plaats of de vastgestelde feiten materieel juist zijn, en in de derde plaats of de prima facie beoordeling van deze feiten niet kennelijk onjuist is.

- 59 In dergelijke omstandigheden is de door het Gerecht uitgeoefende controle dus beperkt wat betreft het toepassingsgebied ervan, en verschillend wat betreft de intensiteit ervan. De materiële juistheid van de vastgestelde feiten kan door het Gerecht namelijk volledig worden getoetst, terwijl de prima facie beoordeling van die feiten en meer nog de beoordeling van de noodzaak van een tussenkomst slechts beperkt kan worden getoetst.
- 60 In het licht van deze overwegingen dienen de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het onderhavige beroep te worden onderzocht.

Het argument van de Commissie dat het beroep gedeeltelijk zonder voorwerp is

- 61 Met het oog op een beslissing over het in punt 15 hiervoor genoemde argument van de Commissie dat dit beroep gedeeltelijk zonder voorwerp is, moet de inhoud worden onderzocht van de klacht en de aanvullende memories die door verzoekster zijn ingediend.

- 62 Bij nadere beschouwing van deze documenten blijkt weliswaar inderdaad dat het gedeelte van de klacht betreffende de vermeende discriminatie van verzoekster in het bijzonder Mobilkom betrof, doch niettemin betrof dit gedeelte van de klacht ook uitdrukkelijk Connect Austria, en verzoekster is haars inziens in elk geval ten opzichte van één van deze twee ondernemingen gediscrimineerd.
- 63 Het verzoek van de Commissie om te verklaren dat het beroep gedeeltelijk zonder voorwerp is, moet dus worden afgewezen.

#### De ontvankelijkheid

- 64 Er moet allereerst aan worden herinnerd dat, anders dan de Commissie betoogt, het feit dat zij over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt met betrekking tot de toepassing van artikel 90, lid 3, EG-Verdrag, als zodanig geen beletsel vormt voor de mogelijkheid om een beroep in te stellen tot nietigverklaring van een besluit waarbij de voortzetting wordt geweigerd van het onderzoek van een klacht die ertoe strekt een op dit verdragsartikel gebaseerd optreden uit te lokken (zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Mischo bij het arrest Commissie en Frankrijk/TF1, reeds aangehaald, punt 98) met name wanneer een dergelijk besluit tot de indiener van de klacht is gericht.
- 65 Vervolgens moet er op worden gewezen dat, anders dan bij de oplossing die geldt in het kader van het onderzoek van klachten over schending van artikel 92



EG-Verdrag op het gebied van staatssteun (zie met name arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punten 44 en 45), waarnaar interveniënt verwijst (zie punt 25 van het onderhavige arrest), het bestaan moet worden erkend van besluiten tot afwijzing van klachten waarmee de Commissie wordt verzocht op basis van artikel 90, lid 3, EG-Verdrag op te treden.

- 66 Immers, op het gebied van staatssteun leidt het onderzoek van een klacht in het algemeen tot een aan de betrokken lidstaat gerichte beschikking. Het antwoord op de klacht gaat dan volledig op in de tot deze lidstaat gerichte beschikking. In die omstandigheden, en volgens vaste rechtspraak, is het nutteloos om uit te gaan van het bestaan van een besluit tot afwijzing van de klacht dat los staat van de tot de betrokken lidstaat gerichte beschikking (zie in die zin arrest Hof van 19 mei 1993, Cook/Commissie, C-198/91, Jurispr. blz. I-2487, punt 13-15, alsmede de conclusie van advocaat-generaal Tesauro bij dit arrest, Jurispr. blz. I-2502, punt 32). Daarentegen leidt een klacht waarbij de Commissie wordt verzocht om op te treden op basis van artikel 90, lid 3, EG-Verdrag niet altijd tot een aan de betrokken lidstaat gerichte beschikking, want de Commissie richt een dergelijke beschikking slechts tot die lidstaat voorzover zulks „nodig” is. Met het oog op een goede rechtsbedeling als bedoeld in punt 56 van het onderhavige arrest, moet dus, zoals in casu, het bestaan worden erkend van besluiten tot afwijzing van klachten over de schending van artikel 90, lid 1, EG-Verdrag.
- 67 Bovendien moet worden opgemerkt, dat de omstandigheid dat het Verdrag noch het afgeleide recht uitdrukkelijk voorzien in de bevoegdheid voor de Commissie om in een geval als het onderhavige een besluit vast te stellen, geen beletsel vormt voor de conclusie dat een dergelijk besluit tot afwijzing van de klacht bestaat. Dienaangaande moet er bij wijze van voorbeeld aan worden herinnerd, dat op het gebied van klachten wegens schending van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag, de rechtspraak het bestaan heeft erkend van een besluit tot seponering van de klacht, terwijl het Verdrag noch het afgeleide recht een dergelijk besluit kennen (arresten Hof van 11 oktober 1983, Demo-Studio Schmidt/Commissie, 210/81, Jurispr. blz. 3045, punten 14-16; 28 maart 1985, CICE/Commissie, 298/83, Jurispr. blz. 1105, punt 18, en arrest Gerecht van 10 juli 1990, Automec/Commissie, T-64/89, Jurispr. blz. II-367, punt 47).

- 68 Verder moet er op worden gewezen, dat de onderhavige zaak zich ook onderscheidt van de zaak die heeft geleid tot het eveneens door de Commissie aangevoerde arrest *Ladbroke/Commissie*, omdat laatstbedoelde zaak een beroep wegens nalaten betrof.
- 69 In elk geval, gesteld dat — *quod non* — de bestreden handeling, in strijd met de vorm en de strekking ervan en de hoedanigheid van de geadresseerde (verzoeker, natuurlijk of rechtspersoon in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG), niet moet worden aangemerkt als een besluit tot afwijzing van een klacht wegens schending van artikel 90, lid 1, EG-Verdrag, maar als een handeling waarbij wordt vastgesteld dat een nationale bepaling niet onverenigbaar is met het Verdrag en die in werkelijkheid tot een lidstaat is gericht, dan mag daaruit niet noodzakelijkerwijze worden afgeleid dat verzoekster geen procesbevoegdheid heeft om beroep tot nietigverklaring van de handeling in te stellen. Het kan immers niet bij voorbaat worden uitgesloten dat verzoeksters rechtspositie is aangetast. Onderzocht moet dus worden, of verzoekster door de bestreden handeling rechtstreeks en individueel wordt geraakt.
- 70 In casu wordt verzoekster rechtstreeks en individueel door de aldus gekwalificeerde bestreden handeling geraakt. De bestreden handeling vormt immers in de eerste plaats een reactie van de Commissie op een formele klacht van verzoekster. In de tweede plaats blijkt uit de twee aanvullende memories (genoemd in punt 4 van dit arrest) dat de Commissie meermaals met verzoekster heeft vergaderd ten einde verschillende in de klacht opgeworpen aspecten te onderzoeken. In de derde plaats, op het tijdstip van de toewijzing van de GSM-concessie aan verzoekster had zij slechts één concurrent, Mobilkom, die begunstigde was van de overheidsmaatregelen waartegen bezwaar wordt gemaakt in het gedeelte van de klacht dat, volgens de mening van de Commissie in de bestreden handeling, geen verder onderzoek behoeft. In de vierde plaats is verzoekster de enige van de twee concurrenten van Mobilkom die dezelfde vergoeding moest betalen als Mobilkom, terwijl de andere concurrent, Connex Austria, een aanzienlijk lagere vergoeding moest betalen dan Mobilkom of verzoekster. In de vijfde plaats wordt niet betwist dat het bedrag van de vergoeding die Mobilkom moet betalen, wat het centrale probleem van de klacht en van de bestreden handeling vormt, zonder meer is overgenomen van het bedrag van de vergoeding die verzoekster in het kader van de procedure voor de toewijzing van de tweede GSM-licentie in Oostenrijk had voorgesteld. In de zesde plaats ten slotte, moet erop worden gewezen dat de maatregel die het voorwerp van de klacht en de bestreden handeling uitmaakt, een individuele strekking ten opzichte van Mobilkom heeft,

en geen maatregel vormt met een algemene strekking, zoals die welke aan de orde was in de zaak die tot het arrest *Bilanzbuchhalter* heeft geleid.

- 71 Het Gerecht is echter van oordeel, dat in casu verzoeksters procesbevoegdheid volgt uit het feit dat zij de adressaat is van de bestreden handeling waarbij de Commissie heeft besloten niet op basis van artikel 90, lid 3, EG-Verdrag een maatregel tegen de Republiek Oostenrijk te nemen met betrekking tot het bedrag van de concessievergoedingen op het gebied van radiotelefonie. In tegenstelling tot de in de punten 69 en 70 hiervoor uitvoerig uiteengezette benadering, behoeft in die omstandigheden niet te worden onderzocht, zoals de Commissie blijkbaar suggereert, of de verzoekende partij rechtstreeks en individueel door de tot haar gerichte beschikking wordt geraakt. Voorzover de Commissie de vraag heeft willen opwerpen of verzoekster een wettig belang heeft bij het vaststellen van de maatregel die zij de Commissie verzoekt krachtens artikel 90, lid 3, EG-Verdrag te nemen, dat wil zeggen of verzoeksters rechtspositie bij ontbreken van een dergelijke maatregel wordt aangetast, moet worden opgemerkt dat deze vraag allereerst aan de orde is voor de instelling waarbij de klacht is ingediend. In voorkomend geval kan de gemeenschapsrechter vervolgens onderzoeken of de Commissie die vraag juist heeft beoordeeld. Die vraag valt evenwel buiten het bestek van de beoordeling van de ontvankelijkheid van het door de klager tegen de beschikking tot afwijzing van zijn klacht gerichte beroep, zoals het in casu is ingesteld.
- 72 In het licht van deze overwegingen, moet worden vastgesteld dat het beroep ontvankelijk is.

Ten gronde

- 73 Er zij aan herinnerd, dat de controle door het Gerecht is beperkt tot het verifiëren of de Commissie zich heeft gehouden aan haar verplichting tot zorgvuldig en onpartijdig onderzoek van de klachten, zoals gepreciseerd in punt 58 van dit arrest. Gelet op de aard van deze controle, moeten het middel betreffende schending van de motiveringsplicht en het middel betreffende een kennelijke

beoordelingsfout met betrekking tot het al dan niet bestaan van een inbreuk op de artikelen 86 en 90 EG-Verdrag gezamenlijk worden onderzocht.

- 74 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd, dat de Commissie in de bestreden handeling haar weigering om de klacht verder te onderzoeken baseert op enerzijds de overweging dat verzoekster „niet voldoende bewijzen heeft geleverd voor het bestaan van een overheidsmaatregel die Mobilkom ertoe heeft gebracht misbruik te maken van haar machtspositie”, en anderzijds op de overweging dat de Commissie, „volgens haar tot dusver gevolgde praktijk in vergelijkbare zaken slechts een niet-nakomingsprocedure heeft ingeleid wanneer een lidstaat aan een nieuw op de markt verschenen onderneming een aanzienlijker vergoeding doet betalen dan aan een onderneming die reeds op die markt werkzaam was”.
- 75 Uit deze twee overwegingen kan worden afgeleid, dat de Commissie de centrale grief van de klacht heeft geïdentificeerd, wat erop duidt dat rekening is gehouden met de relevante elementen van het dossier. Verder moet worden vastgesteld, dat de bestreden handeling is gebaseerd op feiten waarvan de juistheid niet is betwist, nu partijen erkennen dat verzoekster en Mobilkom identieke vergoedingen betalen. Ten slotte zij opgemerkt, dat de Commissie, zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken, op basis van een prima facie onderzoek van de elementen van het dossier tot de slotsom kon komen, dat het feit dat Mobilkom en verzoekster dezelfde vergoeding moesten betalen, op zich niet volstaat om aan te tonen dat Mobilkom tot misbruik van haar machtspositie is aangezet. Deze conclusie is in overeenstemming met de eerdere praktijk van de Commissie, en meer in het bijzonder met de beschikkingen GSM Italië en GSM Spanje waarin de Commissie tot de slotsom was gekomen dat de bestaande exploitant tot misbruik van zijn machtspositie was aangezet, omdat de nieuwe marktdeelnemer een hogere vergoeding moest betalen dan die bestaande exploitant.
- 76 In die omstandigheden kan uit geen enkel element van het dossier worden afgeleid, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door na haar onderzoek van verzoeksters klacht tot de slotsom te komen, dat er geen aanleiding was om op basis van artikel 90, lid 3, EG-Verdrag tegen Oostenrijk

een procedure wegens schending van de artikelen 86 en 90, lid 1, EG-Verdrag in te leiden.

- 77 Ten aanzien van verzoeksters argument dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met het ontbreken van passende beroepsmogelijkheden op nationaal niveau, kan worden volstaan met de vaststelling dat verzoekster in haar klacht en in haar aanvullende memories niet verder is ingegaan op het ontbreken van die beroepsmogelijkheden. In die omstandigheden moet ervan worden uitgegaan, dat de Commissie dus in casu haar onderzoeksverplichting kennelijk niet heeft geschonden door in de bestreden handeling niet uitdrukkelijk te beslissen over het bestaan van passende mogelijkheden van beroep bij de rechter of bij een bestuursrechtelijke instantie op nationaal niveau.
- 78 Met betrekking tot verzoeksters middel betreffende een ontoereikende motivering moet er aan worden herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak de door artikel 190 EG-Verdrag vereiste motivering de redenering van de communautaire instantie waarvan de bestreden handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig moet doen uitkomen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en hun rechten kunnen verdedigen en de gemeenschapsrechter zijn toezicht kan uitoefenen (zie met name arrest Hof van 14 februari 1990, *Delacre e.a./Commissie*, C-350/88, *Jurispr.* blz. I-395, punt 15).
- 79 In casu moet er op worden gewezen, dat de bestreden handeling is vastgesteld na meerdere vergaderingen tussen verzoekster en de Commissie, zodat verzoekster de context ervan kende, zoals blijkt uit de door haar bij de Commissie ingediende aanvullende memories. In dat opzicht verschilt deze zaak van die welke heeft geleid tot het arrest *Controldata/Commissie*, reeds aangehaald (punt 15). Verzoekster is dus in staat gesteld de redenen te begrijpen in de motivering van de bestreden handeling, op grond waarvan de Commissie meende dat haar klacht niet verder behoefde te worden onderzocht. Bijgevolg heeft verzoekster haar rechten voor het Gerecht kunnen verdedigen, en heeft het Gerecht zijn toezicht kunnen uitoefenen binnen de in punt 58 van dit arrest genoemde grenzen. In die omstandigheden moet worden vastgesteld, dat de bestreden handeling ten aanzien van artikel 190 EG-Verdrag toereikend is gemotiveerd.

- 80 Gelet op de aard van het door het Gerecht uitgeoefende toezicht zoals omschreven in punt 58 van dit arrest, is er geen aanleiding om gevolg te geven aan verzoeksters vordering dat functionarissen van haar onderneming of deskundigen op het gebied van telecommunicatie zouden worden gehoord.
- 81 Om de hiervoor genoemde redenen moet het beroep worden verworpen in zijn geheel.

### Kosten

- 82 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de conclusies van de Commissie worden verwezen in de kosten.
- 83 Ingevolge artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering zal het Koninkrijk der Nederlanden, interveniënt, zijn eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.
  
- 2) Verstaat dat verzoekster haar eigen kosten en die van de Commissie zal dragen.
  
- 3) Verstaat dat het Koninkrijk der Nederlanden zijn eigen kosten zal dragen.

Meij

Lenaerts

Jaeger

Pirrung

Forwood

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 30 januari 2002.

De griffier

De president van de Tweede kamer

H. Jung

A. W. H. Meij