

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM  
(andra avdelningen i utökad sammansättning)  
den 30 januari 2002 \*

I mål T-54/99,

**max.mobil Telekommunikation Service GmbH**, Wien (Österrike), företrätt av advokaterna S. Köck, M. Pflügl, M. Esser-Wellié och M. Oder, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av W. Mölls och K. Wiedner, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

\* Rättegångsspråk: tyska.

med stöd av

Konungariket Nederländerna, företrätt av M. A. Fierstra, J. van Bakel och H.G. Sevenster, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenient,

angående en talan om delvis ogiltigförklaring av kommissionens beslut nr IV-C1/ROK D(98) av den 11 december 1998 i den del det innebar avslag på sökandens klagomål om att Republiken Österrike hade åsidosatt artiklarna 86 och 90.1 i EG-fördraget (nu artiklarna 82 EG och 86.1 EG) vid fastställandet av den avgift som sökanden var skyldig att erlagga för att erhålla ett GSM-tillstånd,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN  
(andra avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden A.W.H. Meij samt domarna K. Lenaerts, M. Jaeger, J. Pirrung, N.J. Forwood,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter den muntliga förhandlingen den 2 maj 2001,

följande

## Dom

### Bakgrunden till tvisten

- 1 Den första operatören av GSM-nät som etablerade sig på den österrikiska marknaden var Mobilkom Austria AG (nedan kallat Mobilkom). Österrikiska staten innehar fortfarande delvis aktier i bolaget genom Post und Telekom Austria AG (nedan kallat PTA). Sökanden, max.mobil Telekommunikation Service GmbH, som är ett bolag bildat enligt österrikisk rätt, etablerade sig på marknaden som den andra GSM-operatören i oktober 1996. Även en tredje operatör, Connect Austria GmbH, som tog hem ett anbudsförfarande i början av augusti 1997, har därefter etablerat sig på marknaden. När denna talan väcktes tillämpade Connect Austria enbart den tekniska kommunikationsstandarden DCS 1800. Innan sökanden etablerade sig på marknaden hade österrikiska post- och telegrafstyrelsen (Österreichische Post- und Telegraphenverwaltung) enligt lag monopol på hela mobiltelefonisektorn och drev bland annat de analoga mobiltelefonnäten C-Netz och D-Netz samt GSM-nätet A1. Den 1 juni 1996 övergick monopolet till Mobilkom, som var ett nybildat dotterbolag till PTA.
- 2 Den 14 oktober 1997 inkom sökanden med ett klagomål till kommissionen (nedan kallat klagomålet) som bland annat avsåg att kommissionen skulle fastställa att Republiken Österrike hade åsidosatt bestämmelserna i artikel 86 jämte artikel 90.1 i EG-fördraget (nu artiklarna 82 EG och 86.1 EG). I huvudsak avsåg detta klagomål den omständigheten att någon åtskillnad inte gjorts mellan den avgift som sökanden ålagts och den avgift som Mobilkom ålagts.

- 3 Sökanden gjorde dessutom i detta klagomål gällande att gemenskapsrätten har åsidosatts dels genom att de österrikiska myndigheterna i lag hade fastställt de förmåner som beviljats Mobilkom vid tilldelningen av frekvenser, dels genom att PTA hade beviljat stöd till sitt dotterbolag Mobilkom för detta bolags etablering och drift av GSM-nätet.
  
- 4 Den 22 april 1998 inkom sökanden till kommissionen med en kompletterande inlägga i vilken den preciserade vissa faktiska och rättsliga omständigheter avseende den påtalade situationen. Efter ett möte med kommissionen den 14 juli 1998 inkom sökanden den 27 juli 1998 med en andra kompletterande inlägga.
  
- 5 Den 11 december 1998 skickade kommissionen den skrivelse till sökanden som utgör föremålet för förevarande talan (nedan kallad den ifrågasatta rättsakten). I denna skrivelse preciserades särskilt följande:

”Den 14 oktober 1997 inkom Ni med ett klagomål mot Republiken Österrike. Detta klagomål avsåg

- a) tillståndsavgifter som erlagts av den första operatören för mobil radiotelefon, [Mobilkom], och av ert företag, samt i synnerhet det förhållandet att Mobilkom inte ålagts en högre avgift än den som ert företag betalade,



Kommissionen kommer emellertid att vidta åtgärder beträffande de två andra anmärkningarna och kommer att i god tid underrätta Er om det fortsatta förfarandet.”

## Förfarande och parternas yrkanden

- 6 Sökanden väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 22 februari 1999. Talan avser delvis ogiltigförklaring av den ifrågasatta rättsakten i den del klagomålet avsågs.
- 7 I en separat handling som gavs in till förstainstansrättens kansli den 31 mars 1999 gjorde kommissionen en invändning om rättegångshinder med stöd av artikel 114.1 i förstainstansrättens rättegångsregler. I beslut av den 17 september 1999 fastställde förstainstansrätten (andra avdelningen) att denna invändning skulle prövas i samband med prövningen av saken.
- 8 Den 15 juli 1999 ansökte Konungariket Nederländerna om att få intervensera till stöd för kommissionens yrkanden. Ordföranden på andra avdelningen beslutade den 17 september 1999 att bifalla interventionsansökan.
- 9 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (andra avdelningen i utökad sammansättning) att inleda det muntliga förfarandet. Såsom en åtgärd för processledning anmodade förstainstansrätten parterna att skriftligen besvara vissa frågor.

10 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 2 maj 2001.

11 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara den ifrågasatta rättsakten i den del sökandens klagomål avslogs,

— förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna.

12 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— avvisa talan och i andra hand ogilla den,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

13 Konungariket Nederländerna stöder kommissionens yrkanden.

## Rättslig bedömning

- 14 Förstainstansrätten anser det vara lämpligt att redogöra för parternas samtliga argument avseende huruvida talan kan upptas till sakprövning samt avseende saken innan rätten avgör förevarande talan.

## *Parternas argument*

### Upptagande till sakprövning

- 15 Kommissionen har inledningsvis gjort gällande att talan saknar tvisteföremål med hänsyn till att den avser en påstådd vägran att fastställa att Republiken Österrike har åsidosatt artiklarna 86 och 90 i fördraget genom att behandla Connect Austria på ett fördelaktigt sätt. Sökanden har nämligen inte anfört att den speciella behandling som denna operatör erhöi i sig skulle betraktas som ett åsidosättande, utan som ett bevis för att sökanden hade erhållit en diskriminerande behandling i förhållande till Mobilkom. Sökanden har för övrigt inte ens påstått att Connect Austria skulle vara ett företag i den mening som avses i artikel 90 i EG-fördraget.
- 16 Kommissionen har vidare gjort gällande att talan inte kan upptas till sakprövning. Kommissionen anser för det första att en enskild i princip inte är behörig att föra talan mot ett beslut av kommissionen att inte använda sig av den befogenhet som den i detta hänseende tillerkänns enligt artikel 90.3 i fördraget (domstolens dom av den 20 februari 1997 i mål C-107/95 P, Bundesverband der Bilanzbuchhalter mot kommissionen, REG 1997, s. I-947, punkterna 25—27, nedan kallat Bilanzbuchhalter). Kommissionen har anfört att denna dom visserligen preciserar att det inte kan uteslutas att det under särskilda omständigheter kan förekomma undantag från denna regel. Domstolen konstaterade emellertid att så inte var



fallet i det fall som ledde fram till denna dom. När domstolen efter domen i målet Bilanzbuchhalter har ställts inför samma problematik, har den för övrigt inte på nytt prövat den eventuella förekomsten av sådana "särskilda omständigheter" (domstolens beslut av den 16 september 1997 i mål C-59/96 P, Koelman mot kommissionen, REG 1997, s. I-4809, punkterna 57—59). Även förstainstansrätten har valt ett motsvarande tillvägagångssätt i domen av den 17 juli 1998 i mål T-111/96, ITT Promedia mot kommissionen (REG 1998, s. II-2937), punkt 97.

- 17 Kommissionen har därefter erinrat om att artikel 90.1 i fördraget, jämförd med artikel 86 i fördraget, har direkt effekt. Skyddet för enskilda garanteras således av de skyldigheter som direkt åligger medlemsstaterna enligt fördraget.
  
- 18 Enligt kommissionen kan sökandens påstående, att denne i det förevarande fallet inte kunde ifrågasätta de åtgärder som vidtogs till förmån för Mobilkom i enlighet med österrikisk rätt, enligt fast rättspraxis inte påverka villkoren för när en talan kan upptas till sakprövning vid en gemenskapsdomstol (domstolens beslut av den 23 november 1995 i mål C-10/95 P, Asocarne mot rådet, REG 1995, s. I-4149, punkt 26, och förstainstansrättens dom av den 5 juni 1996 i mål T-398/94, Kahn Scheepvaart mot kommissionen, REG 1996, s. II-477, punkt 50). För övrigt hade sökanden enligt österrikisk rätt kunnat begära att beslutet att tilldela Mobilkom tillståndet skulle delges sökanden i syfte att väcka talan mot detta beslut i domstol. I det förevarande fallet tycks sökanden inte ha försökt att ta till vara sina rättigheter på detta sätt. Vid förhandlingen angav för övrigt kommissionen att det fanns ett nationellt domstolsbeslut som medgav ett telekommunikationsföretag talerätt, i en liknande situation som den som utgjorde föremålet för sökandens klagomål.
  
- 19 I motsats till de processuella bestämmelserna beträffande överträdelse av konkurrensreglerna som anges i artikel 6 i kommissionens förordning (EG) nr 2842/98 av den 22 december 1998 om hörande av parter i vissa förfaranden

enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (EGT L 354, s 18) och i artikel 93.2 i EG-fördraget (nu artikel 88.2 EG), medger inte artikel 90.3 i EG-fördraget att enskilda deltar i det däri föreskrivna administrativa förfarandet.

- 20 Mot bakgrund av komplexiteten i kommissionens övervakningsuppdrag har den ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning, vilket är ännu vidare på det berörda området, eftersom medlemsstaterna även har ett sådant utrymme för skönsmässig bedömning (förstainstansrättens dom av den 27 oktober 1994 i mål T-32/93, Ladbroke Racing mot kommissionen, REG 1994, s. II-1015, punkterna 37 och 38).
- 21 Enligt kommissionen är sökandens argument, att syftet med artikel 90.3 i fördraget skulle vara att skydda enskilda, således felaktigt. Denna bestämmelse, liksom artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG), är avsedd att tjäna allmänintresset. Likheter mellan artikel 90.3 och artikel 169 i fördraget har dessutom framhållits bland annat i förstainstansrättens dom av den 8 juli 1999 i mål T-226/97, Vlaamse Televisie Maatschappij mot kommissionen (REG 1999, s. II-2329), punkt 75. Kommissionen kan således enligt artikel 90.3 i fördraget fritt besluta om vilka åtgärder som skall vidtas utan att beakta klagomål eller ens beakta enskildas intressen (domen i det ovannämnda målet Ladbroke Racing mot kommissionen, punkterna 37 och 38).
- 22 Vad slutligen avser förstainstansrättens dom av den 3 juni 1999 i mål T-17/96, TF1 mot kommissionen (REG 1999, s. II-1757, nedan kallat TF1), har kommissionen gjort gällande att den, liksom Republiken Frankrike, har överklagat denna dom (de förenade målen C-302/99 P och C-308/99 P), och att domstolen ännu inte hade avgjort detta överklagande när förhandlingen i det förevarande målet hölls. Kommissionen har särskilt ifrågasatt slutsatserna i denna dom enligt vilka artikel 90.3 i fördraget avser att skydda enskildas intressen, samt slutsatserna att det förhållandet att TF1, som ingivit klagomålet, är en konkurrent till det offentliga företag som utgjorde föremålet för klagomålet, utgör en sådan "särskild omständighet" som avses i domen i målet Bilanzbuchhalter. De omständigheter som har åberopats i målet TF1 är inte sådana att de medför att den förevarande talan således skall anses kunna upptas till sakprövning.

- 23 Kommissionen har för det andra gjort gällande att talan inte kan upptas till sakprövning, eftersom sökanden inte berörs personligen. Enligt kommissionen berör den ekonomiska följden av den ifrågasatta rättsakten inte sökanden på samma sätt som det berör mottagaren av denna rättsakt, vilket följer av domstolens dom av den 15 juli 1963 i mål 25/62, Plaumann mot kommissionen (REG 1963, s. 199; svensk specialutgåva, volym 1, s. 181), utan den motsvarar den ekonomiska följd som berör varje verklig eller potentiell konkurrent på marknaden (domen i det ovannämnda målet Ladbroke Racing mot kommissionen, punkterna 41 och 42). Kommissionen har för alla eventualiteter preciserat att sökandens egenskap av klagande inte innebär att ett beslut att avslå dess klagomål inte får till följd att den berörs personligen (domen i det ovannämnda målet Ladbroke Racing mot kommissionen, punkt 43).
- 24 Kommissionen anser att det förhållandet att den berörda marknaden kan anses vara ett oligopol som inte omfattar mer än ett bestämt antal operatörer, och även det förhållandet att sökanden tillfälligt var den enda konkurrenten till Mobilkom, inte ändrar bedömningen av huruvida förevarande talan kan upptas till sakprövning, eftersom den ifrågasatta rättsakten indirekt berör hela den berörda marknaden (se, bland annat, domstolens dom av den 14 juli 1983 i mål 231/82, Spijker mot kommissionen, REG 1983, s. 2559, punkt 10).
- 25 Konungariket Nederländerna har gjort gällande att en talan som förs av en enskild mot ett beslut som antagits enligt artikel 90.3 i fördraget endast undantagsvis kan godtas, vilket även gäller då den berörda nationella åtgärden inte är en åtgärd med generell verkan. Konungariket Nederländerna har i detta hänseende framhållit de likheter som föreligger mellan förfarandet enligt denna bestämmelse och det som anges i artikel 93 i fördraget (domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, och förstainstansrättens dom av den 16 september 1998 i mål T-188/95, Waterleiding Maatschappij mot kommissionen, REG 1998, s. II-3713, punkterna 53 och 54).
- 26 Sökanden har gjort gällande att den ifrågasatta rättsakten utgör en rättsakt mot vilken en talan om ogiltigförklaring kan väckas enligt artikel 230 fjärde stycket EG.

- 27 Sökanden har i detta hänseende särskilt gjort gällande att domstolen i domen i målet Bilanzbuchhalter, punkt 25, ansåg att en enskild i vissa fall kunde väcka talan mot kommissionens vägran att anta ett beslut enligt artikel 90.1 och 90.3 i fördraget. I sitt förslag till avgörande i nämnda mål (REG 1997, s. I-947, I-949) godtog även generaladvokaten La Pergola att det fanns en möjlighet att detta slags beslut kunde omfattas av domstolens prövningsrätt. Enligt punkterna 20 och 21 i nämnda förslag till avgörande av generaladvokaten La Pergola, kan en bristande talerätt inte baseras på att kommissionen har ett obegränsat utrymme för skönsmässiga bedömningar, eftersom detta utrymme begränsas av att den enskilde tillerkänns subjektiva rättigheter som den berörde kan åberopa inför gemenskapsdomstolarna om dessa åsidosätts.
- 28 Vad gäller frågan huruvida sökanden berörs personligen, har sökanden särskilt gjort gällande att kommissionens argument utgår ifrån den oriktiga förutsättningen att den ifrågasatta rättsakten skulle ha motsvarande verkan i förhållande till samtliga österrikiska GSM-operatörer. Operatörerna utgör endast en liten grupp på grund av de specifika förutsättningar som hör samman med den reglerade marknaden för telekommunikation, vilken utgör ett klassiskt exempel på ett naturligt oligopol. Dessutom var sökanden ensam om att behöva erlägga en lika hög avgift som Mobilkom. Slutligen var sökanden under en ganska lång tid efter tilldelningen av de två ifrågavarande licenserna, och erläggandet av de avgifter som är hänförliga till dessa, den enda konkurrenten till Mobilkom. Dessa överväganden sammantagna räcker för att särskilja sökanden ifrån andra företag i den meningen som avses i artikel 230 EG.

#### Prövning i sak

- 29 Sökanden har i huvudsak anfört två grunder. Den första grunden avser att artiklarna 86 och 90 i fördraget har åsidosatts samt att det har skett en uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna i det förevarande fallet. Den andra grunden avser att motiveringsskyldigheten har åsidosatts.

— Den första grunden som avser att artiklarna 86 och 90 i EG-fördraget har åsidosatts och att det skett en uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna i det förevarande fallet

- 30 Sökanden har inledningsvis erinrat om ett visst antal faktiska och ekonomiska omständigheter.
- 31 Sökanden har därvid gjort gällande att vid tidpunkten för ingivandet av klagomålet hade dess konkurrent Mobilkom 500 000 abonnenter enbart i GSM-sektorn. Samtidigt hade Mobilkom redan cirka 280 000 abonnenter i näten D-netz och C-netz. Sökandens ställning försämrades väsentligt i konkurrenshänseende när det år 1996 fastställdes att Mobilkom skulle betala en avgift på 4 miljarder österrikiska schilling (ATS), vilket formellt var lika mycket som sökanden skulle betala. Dessutom erhöll Mobilkom senare en återbetalning av en del av avgiften, vilket påstods utgöra en ersättning för att det frigjorde frekvenser på 900 MHz-bandet till förmån för sökanden. Vidare erhöll Mobilkom en förlängning av betalningsfristen för avgiften till och med den 20 mars 1997 med en förmånlig räntesats.
- 32 Sökanden har påpekat att ett tredje GSM-tillstånd beviljades Connect Austria i augusti 1997 mot en avgift på 2,3 miljarder ATS. Den österrikiska telekommunikationsmyndigheten motiverade denna skillnad mellan avgifterna med att det tredje tillståndet hade ett lägre värde jämfört med de tillstånd som beviljades de två andra operatörerna, eftersom den nya konkurrenten etablerade sig på marknaden vid en senare tidpunkt.
- 33 Det är mot bakgrund av dessa faktiska omständigheter som sökanden anser, för det första, att kommissionen i den ifrågasatta rättsakten inte endast tycks anse att

Mobilkom har en dominerande ställning på den österrikiska marknaden, utan även att det påstådda missbruket av dominerande ställning kan påverka handeln mellan medlemsstater.

- 34 Sökanden har därefter påpekat att kommissionen i den ifrågasatta rättsakten gör gällande att sökanden inte har anfört "tillräckliga bevis för att det skulle ha förekommit en statlig åtgärd som föranledde Mobilkom att missbruka sin dominerande ställning". Detta påstående av kommissionen är felaktigt. Sökanden missgynnades nämligen genom att behöva erlagga samma avgift som Mobilkom, trots att det tillstånd som sökanden erhöll hade ett väsentligt lägre värde. Det framgår av två kommissionsbeslut, dels av den 4 oktober 1995 om de villkor som har ålagts den andra GSM-radiotelefonoperatören i Italien (EGT L 280, s. 49, punkt 16, nedan kallat beslut om GSM i Italien), dels av den 18 december 1996 om de villkor som har ålagts den andra GSM-radiotelefonoperatören i Spanien (EGT L 76, 1997, s. 19, punkt 20, nedan kallat beslut om GSM i Spanien), att avgifterna inom det berörda området borde fastställas, efter en ekonomisk bedömning, i förhållande till värdet på tillståndet i fråga. GSM-operatörernas utsikter till vinst varierar nämligen beroende på vid vilken tidpunkt de etablerar sig på marknaden. Den formella likabehandlingen såvitt avser avgifterna för de två tillstånden utgör således en allvarlig särbehandling och därför en diskriminering av sökanden.
- 35 Enligt sökanden utgör detta tillvägagångssätt ett åsidosättande av artikel 86 jämförd med artikel 90 i EG-fördraget. En statlig åtgärd som berör ett offentligt företag såsom Mobilkom innebär ett åsidosättande av artikel 90.1 i EG-fördraget om denna åtgärd tvingar, stimulerar eller leder detta företag till att åsidosätta, i synnerhet, artikel 6 i EG-fördraget (nu artikel 12 EG i ändrad lydelse) eller konkurrensreglerna. Mot bakgrund av beslutet om GSM i Italien (punkt 17) och beslutet om GSM i Spanien (punkt 21) skall denna princip förstås på så sätt att de åtgärder som förbättrar det offentliga företagets konkurrenssituation och snedvrider konkurrensen omfattas av förbudet i artikel 90 i EG-fördraget, vilket gäller utan att dessa åtgärder behöver ha något direkt samband med det offentliga företagets missbruk av dominerande ställning (domstolens dom av den 13 december 1991 i mål C-18/88, GB-Inno-BM, REG 1991, s. I-5941, punkt 24; svensk specialutgåva, volym 11, s. 519).

- 36 Kommissionen har således genom att i den ifrågasatta rättsakten påstå att sökanden inte har anfört tillräckliga bevis för att det skulle ha förekommit en statlig åtgärd som föranledde Mobilkom att missbruka sin dominerande ställning dels gjort en uppenbart oriktig bedömning av hur allvarlig diskrimineringen av sökanden var, dels åsidosatt artikel 90 i EG-fördraget.
- 37 Sökanden har för det andra gjort gällande att kommissionen i den ifrågasatta rättsakten i huvudsak angav att enligt kommissionens förvaltningspraxis inledde den ett förfarande i liknande fall endast när en medlemsstat ålägger en avgift som är högre för ett företag som nyligen har etablerat sig på marknaden än för ett företag som redan utövar verksamhet på den marknaden. Sökanden har inte desto mindre hävdade att kommissionen i beslutet om GSM i Italien och i beslutet om GSM i Spanien enbart har behandlat en aspekt på likabehandlingen av GSM-operatörer. Ett krav som innebär att det offentliga företaget skall betala en lika stor avgift som en andra operatör utan att beakta det ekonomiska värdet på respektive tillstånd måste anses utgöra ett otillräckligt kriterium. I den ifrågasatta rättsakten har kommissionen med andra ord inte beaktat skillnaderna mellan det föreliggande fallet och de förhållanden som ledde fram till beslutet om GSM i Italien och beslutet om GSM i Spanien, i synnerhet avseende tidsfaktorn. Under alla förhållanden har kommissionen inte genomfört en nödvändig prövning i syfte att fastställa huruvida den avgift som Mobilkom skulle betala var motiverad trots att kommissionen redan tidigare har räknat upp de tillämpliga kriterierna, särskilt i sitt beslut om GSM i Italien.
- 38 Vad avser kommissionens argument att kommissionen under alla förhållanden har givits rätt att fastställa prioriteringsordningen för användandet av sina begränsade resurser, har sökanden gjort gällande att nämnda institution i den ifrågasatta rättsakten inte grundade sig på denna motivering i syfte att motivera sitt beslut att inte inleda ett förfarande.
- 39 Även för det fall möjligheten att fastställa prioritetsordningen för behandlingen av klagomål skall anses ha tillämpats i den ifrågasatta rättsakten, anser sökanden

att kommissionen har tillämpat sitt utrymme för skönsmässig bedömning på ett rättsstridigt sätt genom att inte beakta att det saknades tillfredsställande möjligheter att väcka talan enligt nationell rätt. Kommissionen har inte ens utrett denna avsaknad av möjlighet att väcka talan, trots sin skyldighet att pröva detta i enlighet med kommissionens meddelande om samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter för handläggning av ärenden som omfattas av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (EGT C 313, 1997, s. 3, punkterna 36 och 45).

- 40 Kommissionen anser sammanfattningsvis att dess beslut att inte ingripa i det förevarande fallet inte är behäftat med något fel.
- 41 Konungariket Nederländerna har gjort gällande att kommissionen inte kan vara skyldig att avgöra klagomål beträffande medlemsstaternas påstådda överträdelser när föremålet för dessa klagomål inte omfattas av kommissionens exklusiva behörighet. Då en sådan exklusiv behörighet saknas kan denna institution handla i enlighet med sin egen prioritering. Det är för övrigt tveksamt om ett eventuellt tillägg i efterhand till en GSM-avgift, såsom sökanden har avsett för Mobilkom, är förenligt med principen om skydd för berättigade förväntningar, principen om insyn och objektivitetsprincipen.

— Den andra grunden som avser att motiveringsskyldigheten har åsidosatts

- 42 Sökanden har inledningsvis gjort gällande att även om det är riktigt att kommissionen i enlighet med artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG) inte är skyldig att ta ställning till alla argument som åberopas av klagandena, är kommissionen inte desto mindre skyldig att besvara de argument som verkar vara särskilt väsentliga för de berörda parterna.



- 43 I den ifrågasatta rättsakten har kommissionen med enbart två meningar ansett att sökandens påståenden var otillräckliga och hänvisat till sin förvaltningspraxis. Enligt rättspraxis är det emellertid inte tillräckligt att en person som berörs av ett beslut enbart kan utläsa skälen till beslutet genom att jämföra detta beslut med liknande tidigare beslut (domstolens dom av den 17 mars 1983 i mål 294/81, Control Data mot kommissionen, REG 1983, s. 911, punkt 15). Sökanden har slutligen påpekat att kommissionen i den ifrågasatta rättsakten inte heller har anmodat sökanden att inkomma med kompletterande information. Den ifrågasatta rättsakten får således under dessa omständigheter anses som en slutgiltig bedömning av sökandens klagomål.
- 44 Sökanden har vidare gjort gällande att denne inte har kunnat ta del av motiveringen till de åtgärder som vidtagits av kommissionen i det förevarande fallet, och att förstainstansrätten därför inte heller kan utöva sin domstolskontroll. Sökanden har således föreslagit att olika ansvariga företrädare för sökanden, samt sakkunniga inom telekommunikationsområdet, skall lämna vittnesmål vid förstainstansrätten.
- 45 I ett yttrande över Konungariket Nederländernas interventionsinläga har sökanden vidare hävdats att även för det fall att kommissionen tillerkänns ett visst utrymme för skönsmässiga bedömningar vid handläggningen av klagomål som inkommer till denna, är detta utrymme inte obegränsat. Dessutom skall användningen av ett sådant utrymme för skönsmässiga bedömningar motiveras på lämpligt sätt (förstainstansrättens dom av den 18 maj 1994 i mål T-37/92, BEUC och NCC mot kommissionen, REG 1994, s. II-285, punkt 47). I ett sådant sammanhang kan kommissionen inte på ett abstrakt sätt hänvisa till att det saknas gemenskapsintresse för att handlägga ett klagomål.
- 46 Kommissionen har särskilt gjort gällande att enligt fast rättspraxis skall den motivering som erfordras enligt artikel 190 i EG-fördraget anpassas dels efter vilket slags rättsakt det är fråga om, dels efter omständigheterna i det föreliggande fallet, det vill säga särskilt efter innehållet i rättsakten, det slags

motivering som anförs och det intresse som mottagaren och andra personer som direkt och personligen berörs av denna har av att erhålla förklaringar (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 63).

### *Förstainstansrättens bedömning*

#### Inledande anmärkningar

- 47 Innan de grunder som har åberopats av parterna prövas, skall förstainstansrätten göra en avgränsning inom vilken frågorna om upptagande till sakprövning och tillämpningen av artikel 90.3 i EG-fördraget skall bedömas.
- 48 Eftersom det förevarande målet rör en talan mot en rättsakt som innehöll ett avslag på ett klagomål, bör det inledningsvis påpekas att en snabb och opartisk handläggning av ett klagomål hänför sig till rätten till en god förvaltning som utgör en av de grundläggande rättsstatsprinciper som är gemensamma för medlemsstaternas författningstradition. I artikel 41.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som proklamerades i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1, nedan kallad stadgan om de grundläggande rättigheterna) bekräftas det att "[v]ar och en har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skälig tid av unionens institutioner och organ". Förstainstansrätten skall inledningsvis pröva arten och omfattningen av denna rättighet, samt den därmed sammanhängande handläggningsskyldigheten, i det specifika sammanhang som tillämpningen av gemenskapens konkurrensrätt i ett enskilt fall innebär, det vill säga i enlighet med sökandens påståenden i det föreliggande fallet.

- 49 I detta hänseende bör det för det första påpekas att en skyldighet att genomföra en snabb och opartisk utredning redan underförstått har ålagts kommissionen i förstainstansrättens rättspraxis dels avseende artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (nu artiklarna 81 EG och 82 EG), dels avseende artikel 92 i EG-fördraget (nu artikel 87 EG i ändrad lydelse) och artikel 93 i EG-fördraget (nu artikel 88 EG i ändrad lydelse) (se särskilt förstainstansrättens dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, *Automec mot kommissionen*, REG 1992, s. II-2223, punkt 79, och av den 15 september 1998 i mål T-95/96, *Gestevisión Telecinco mot kommissionen*, REG 1998, s. II-3407, punkt 53). I dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, *BAT och Reynolds mot kommissionen* (REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247), punkt 20, och av den 17 maj 2001 i mål C-449/98 P, *IECC mot kommissionen* (REG 2001, s. I-3875), punkt 45, ansåg för övrigt även domstolen att kommissionen var skyldig att utreda samtliga faktiska och rättsliga omständigheter som klagandena hade framfört till densamma. Det finns varken någon uttrycklig föreskrift eller någon annan omständighet som talar för att något annat skulle gälla när kommissionen utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning i samband med ett klagomål vars syfte är att kommissionen skall vidta åtgärder i enlighet med artikel 90.3 i EG-fördraget.
- 50 För att motivera den utredningsskyldighet som åläggs kommissionen grundar sig ovannämnda rättspraxis visserligen bland annat på förekomsten av sådana processuella rättigheter som uttryckligen anges i fördraget eller i bestämmelser i sekundärrätten. Kommissionen har därvid gjort gällande att sådana rättigheter inte formellt tillerkänns klagande inom ramen för ett förfarande enligt artikel 90 i EG-fördraget.
- 51 Förstainstansrätten påpekar emellertid härvidlag att denna bestämmelse i fördraget alltid är tillämplig jämte andra bestämmelser i fördraget, såsom exempelvis konkurrensregler som uttryckligen tillerkänner klagandena processuella rättigheter. Detta framgår särskilt av den första punkten i artikeln. I det förevarande fallet har sökanden i sitt klagomål i huvudsak påstått att denne missgynnades av en österrikisk statlig åtgärd, som gav Mobilkom möjlighet att i strid med artikel 86 i fördraget missbruka sin dominerande ställning på den berörda mobiltelefonimarknaden. Sökanden befinner sig således i en situation

som motsvarar den som avses i artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), vilket ger sökanden rätt att inge ett klagomål till kommissionen.

- 52 För det andra är en sådan skyldighet till en snabb och opartisk utredning även motiverad med hänsyn till kommissionens allmänna övervakningsskyldighet, även om denna sistnämnda skyldighet i enlighet med artikel 90.3 i EG-fördraget skall utövas gentemot medlemsstaterna. Förstainstansrätten har nämligen ansett att omfattningen av kommissionens skyldigheter inom ramen för konkurrensrätten måste prövas mot bakgrund av artikel 89.1 i EG-fördraget (nu artikel 85.1 EG i ändrad lydelse), som på detta område specifikt ger uttryck för det allmänna övervakningsuppdrag som kommissionen har enligt artikel 155 i EG-fördraget (nu artikel 211 EG) (se särskilt förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, Parker Pen mot kommissionen, REG 1994, s. II-549, punkt 63). Artikel 90 i EG-fördraget liksom artikel 89 i samma fördrag ger uttryck för det allmänna mål som uppställs i artikel 3 g i EG-fördraget (nu artikel 3 g EG i ändrad lydelse) för gemenskapens verksamhet, det vill säga att anta en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 38, svensk specialutgåva, volym 4, s. 315).
- 53 Under dessa omständigheter anser förstainstansrätten att kommissionens allmänna övervakningsskyldighet, och följderna av denna, nämligen skyldigheten att snabbt och opartiskt utreda klagomål som inkommer till kommissionen, skall tillämpas i enlighet med sina grundsatser på samma sätt beträffande artiklarna 85, 86, 90, 92 och 93 i EG-fördraget, även om genomförandet av dessa skyldigheter varierar beroende på vilket specifikt område de tillämpas på, och, i synnerhet, de processuella rättigheter som uttryckligen tillerkänns dem som berörs inom dessa områden enligt fördraget eller sekundärrätten. Kommissionens argument att artikel 90.3 i EG-fördraget över huvud taget inte berör enskilda, samt att skyddet för enskilda garanteras av de skyldigheter som direkt åligger medlemsstaterna, är således utan grund.

- 54 Förstainstansrätten konstaterar att kommissionen inte med framgång kan åberopa likheterna mellan artikel 90.3 och artikel 169 i EG-fördraget för att visa att kommissionen inte har någon skyldighet att utreda klagomålet i enlighet med den förstnämnda artikeln. Visserligen kan det härvidlag framhållas att båda dessa bestämmelser innebär förfaranden som omfattar kommissionen och en medlemsstat i samband med att kommissionen utövar sitt allmänna övervakningsuppdrag i enlighet med artikel 155 i EG-fördraget. Medan kommissionen enligt artikel 169 i EG-fördraget "kan" inleda en talan om fördragsbrott mot en medlemsstat, föreskrivs det däremot i artikel 90.3 i fördraget att kommissionen vidtar lämpliga åtgärder "när det är nödvändigt". Denna lydelse utgör en precisering av den befogenhet som tillerkänns kommissionen enligt artikel 90.3 i EG-fördraget, och anger således att kommissionen bör kunna avgöra "behovet" av ett ingripande, vilket i sin tur innebär en skyldighet att snabbt och opartiskt utreda klagomål. När en sådan utredning har genomförts återfår kommissionen sitt utrymme för skönsmässig bedömning vid avgörandet av huruvida ett förfarande skall inledas och, i förekommande fall, behovet av att vidta åtgärder mot en eller flera berörda medlemsstater. I motsats till vad som gäller för beslut att inleda en talan om fördragsbrott med stöd av artikel 169 i EG-fördraget, är kommissionens befogenhet vid tillämpningen av artikel 90.3 i EG-fördraget inte fullständigt skönsmässig (se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Mischos förslag till avgörande inför domstolens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen C-302/99 P och C-308/99 P, kommissionen och Frankrike mot TF1, REG 2001, s. I-5630, punkt 96).
- 55 Denna skyldighet att genomföra en snabb och opartisk utredning innebär emellertid inte att kommissionen måste fortsätta en sådan utredning till dess att ett slutligt beslut eller ett direktiv riktat till en eller flera medlemsstater antas. Enligt fast rättspraxis följer det av artikel 90.3 i EG-fördraget och av systematiken i samtliga bestämmelser i den artikeln att den befogenhet som tillerkänns kommissionen att övervaka de medlemsstater som gör sig skyldiga till överträdelse mot bestämmelser i fördraget, särskilt avseende konkurrensreglerna, innebär ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning såväl med avseende på de åtgärder som den anser vara nödvändiga att vidta som de medel som är lämpliga för det syftet (se, särskilt, domarna i de ovan nämnda målen *Bilanzbuchhalter*, punkt 27, och *Vlaamse Televisie Maatschappij mot kommissionen*, punkt 75). I rättspraxis har det vidare preciserats att "utövandet av det utrymme för skönsmässig bedömning som anges i artikel 90.3 i fördraget, vid en prövning av om statliga åtgärder är förenliga med bestämmelserna i fördraget, inte är förenat med någon skyldighet för kommissionen att ingripa som kan

åberopas i syfte att få en eventuell passivitet fastställd" (se, särskilt, domen i det ovannämnda målet *Ladbroke Racing mot kommissionen*, punkt 38). Även om det i denna rättspraxis framhålls att det inte finns någon skyldighet för kommissionen att ingripa mot medlemsstaterna, innebär den emellertid inte att denna institution inte är skyldig att snabbt och opartiskt utreda klagomål.

- 56 Slutligen anser förstainstansrätten att när kommissionen har en sådan utredningsskyldighet, kan denna inte vara undantagen all domstolskontroll. Det är nämligen av hänsyn till både en god rättsvård och en korrekt tillämpning av konkurrensreglerna som de fysiska eller juridiska personer som begär att kommissionen skall konstatera en överträdelse av nämnda regler kan, om begäran helt eller delvis avslås, ha möjlighet att väcka talan för att skydda sina berättigade intressen. Domstolen har för övrigt redan vid flera tillfällen tillämpat denna princip i samband med överträdelser av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (se särskilt domstolens dom av den 25 oktober 1977 i mål 26/76, *Metro mot kommissionen*, REG 1977, s. 1875, punkt 13; svensk specialutgåva, volym 3, s. 431). Samma sak skall gälla överträdelser av artikel 90.3 i EG-fördraget (se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Mischos förslag till avgörande inför domen i det ovannämnda målet *kommissionen och Frankrike mot TF1*, punkt 97).
- 57 En sådan domstolskontroll utgör för övrigt en av de grundläggande rättsstatsprinciper som är gemensamma för medlemsstaternas författningstraditioner, vilket bekräftas av artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna som anger att var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol.
- 58 Förstainstansrätten har ovan framhållit dels att kommissionen i enlighet med artikel 90.3 i EG-fördraget har ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning vid prövningen av om ett ingripande mot medlemsstaterna är "nödvändigt", dels att denna institution är skyldig att snabbt och opartiskt utreda klagomål avseende överträdelser av artikel 90.1 i EG-fördraget. När den

ifrågasatta rättsakten innehåller ett beslut av kommissionen att inte tillämpa den befogenhet som den tillerkänns enligt artikel 90.3 i EG-fördraget, inskränker sig gemenskapsdomstolens uppgift till en begränsad kontroll bestående av en prövning av, för det första, att den ifrågasatta rättsakten innehåller en motivering som *prima facie* beaktar de relevanta omständigheterna i ärendet, för det andra att de faktiska omständigheterna har fastställts på ett materiellt riktigt sätt, och för det tredje att det inte vid en bedömning *prima facie* av dessa faktiska omständigheter har skett en uppenbart oriktig bedömning.

- 59 Under dessa omständigheter är förstainstansrättens prövningsrätt således begränsad till sitt tillämpningsområde och varierande till sin omfattning. Prövningen av den materiella riktigheten av de faktiska omständigheter som fastställts innebär nämligen en fullständig domstolskontroll, medan en bedömning *prima facie* av dessa faktiska omständigheter, och i ännu högre grad bedömningen av huruvida ett ingripande är nödvändigt, innebär att förstainstansrätten utövar en begränsad prövningsrätt.
- 60 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som förstainstansrätten skall pröva huruvida talan kan upptas till sakprövning samt pröva saken i förevarande mål.

Kommissionens argument att talan delvis saknar föremål

- 61 I syfte att pröva kommissionens argument, som återgivits ovan i punkt 15, att den förevarande talan delvis saknar föremål, måste förstainstansrätten pröva innehållet i klagomålet och de kompletterande inlagor som ingivits av sökanden.

- 62 Vid en bedömning av dessa handlingar framgår det att även om det är riktigt att den del av klagomålet som avser den påstådda diskrimineringen av sökanden särskilt berörde Mobilkom, berörde denna del av klagomålet inte desto mindre uttryckligen även Connect Austria, och sökanden ansåg sig under alla omständigheter ha diskriminerats i förhållande till ett av dessa båda företag.
- 63 Förstainstansrätten anser således att kommissionens yrkande, att talan delvis skall förklaras sakna föremål, inte kan vinna bifall.

#### Upptagande till sakprövning

- 64 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att i motsats till vad kommissionen har anfört utgör det förhållandet att kommissionen har ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning, vid tillämpningen av artikel 90.3 i EG-fördraget, inte i sig hinder för möjligheten att väcka talan om ogiltigförklaring av ett beslut att vägra fortsätta utredningen av ett klagomål som rör ett ingripande med stöd av nämnda artikel i fördraget (se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Mischos förslag till avgörande inför domen i det ovannämnda målet kommissionen och Frankrike mot TF1, punkt 98), vilket i synnerhet gäller när ett sådant beslut riktar sig till den som ingivit klagomålet.
- 65 Vidare anser förstainstansrätten att i motsats till den lösning som valdes i samband med utredningen av klagomål beträffande överträdelse av artikel 92 i



EG-fördraget angående statliga stöd (se särskilt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkterna 44 och 45), till vilken intervenienten har hänvisat (se ovan punkt 25), får det anses föreligga beslut att avslå sådana klagomål som rör ingripanden av kommissionen med stöd av artikel 90.3 i EG-fördraget.

- 66 Inom området för statliga stöd medför nämligen utredningen av ett klagomål i allmänhet att ett beslut riktas till den berörda medlemsstaten. Svaret på klagomålet ingår således fullständigt i det beslut som riktas till denna medlemsstat. Under dessa omständigheter, och i enlighet med fast rättspraxis, är det överflödigt att anse att det föreligger ett beslut att avslå ett klagomål som går att särskilja från det beslut som riktas till den berörda medlemsstaten (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 19 maj 1993 i mål C-198/91, Cook mot kommissionen, REG 1993, s. I-2487, punkterna 13—15, svensk specialutgåva, volym 14, s. 201, samt generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i samma mål, REG 1993, s. I-2502, punkt 32). Ett klagomål varigenom kommissionen anmodas att vidta åtgärder med stöd av artikel 90.3 i EG-fördraget medför emellertid inte alltid att ett beslut antas som riktar sig till den berörda medlemsstaten, eftersom det endast är för det fall det är "nödvändigt" som kommissionen riktar ett beslut till denna stat. Med hänsyn till en god rättsvård, i den meningen som avses ovan i punkt 56, anser förstainstansrätten att det, såsom i det förevarande fallet, bör anses föreligga ett beslut att avslå klagomålet avseende överträdelsen av artikel 90.1 i EG-fördraget.
- 67 Det bör dessutom påpekas att den omständigheten, att varken fördraget eller sekundärrätten uttryckligen föreskriver en behörighet för kommissionen att anta ett beslut i ett sådant fall som i det förevarande, inte hindrar att ett sådant beslut att avslå ett klagomål kan konstateras. I detta hänseende bör det erinras om att, exempelvis på området för klagomål avseende överträdelser av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, det i rättspraxis har ansetts föreligga ett beslut att klassificera klagomål, trots att ett sådant beslut varken föreskrivs i fördraget eller i sekundärrätten (domstolens dom av den 11 oktober 1983 i mål 210/81, Demo-Studio Schmidt mot kommissionen, REG 1983, s. 3045, punkterna 14—16, av den 28 mars 1985 i mål 298/83, CICCE mot kommissionen, REG 1985, s. 1105, punkt 18, och förstainstansrättens dom av den 10 juli 1990 i mål T-64/89, Automec mot kommissionen, REG 1990, s. II-367, punkt 47).

- 68 Det kan för övrigt påpekas att det förevarande fallet även skiljer sig från det fall som ledde fram till domen i målet *Ladbroke Racing*, som också har åberopats av kommissionen, eftersom det målet rörde en passivitetstalan.
- 69 Även om det antas att den ifrågasatta rättsakten, vilket inte är fallet, oavsett arten och ordalydelsen av densamma och oavsett vilket slags mottagare det är fråga om (sökande, fysisk eller juridisk person i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EG), inte skall anses vara ett beslut om att avslå ett klagomål avseende en överträdelse av artikel 90.1 i EG-fördraget, utan en rättsakt som konstaterar att en nationell bestämmelse inte är oförenlig med fördraget och där den verkliga mottagaren av denna rättsakt är en medlemsstat, går det under alla omständigheter inte att därav omedelbart sluta sig till att sökanden inte har behörighet att väcka talan om ogiltigförklaring av denna rättsakt. Det kan nämligen inte uteslutas, *a priori*, att sökandens rättsliga situation har påverkats. Förstainstansrätten skall således pröva om sökanden är direkt och personligen berörd av den ifrågasatta rättsakten.
- 70 I det förevarande fallet berörs sökanden direkt och personligen av den ifrågasatta rättsakten såsom den har karaktäriserats. Den ifrågasatta rättsakten utgör nämligen för det första ett svar från kommissionen på ett formellt klagomål från sökanden. För det andra framgår det av de båda komplementerande inlagorna (som nämns ovan i punkt 4) att kommissionen har haft flera möten med sökanden för att utreda olika synpunkter som har anförts i klagomålet. För det tredje, vid det tillfälle då sökanden tilldelades sin GSM-licens hade denne endast en konkurrent, Mobilkom, som dessutom var föremål för de statliga åtgärder som påtalades i den del av klagomålet som kommissionen, i den ifrågasatta rättsakten, inte ansåg krävde ytterligare handläggning. För det fjärde är sökanden den enda av de två konkurrenterna till Mobilkom som var skyldig att erlägga en lika stor avgift som Mobilkom, medan den andra konkurrenten, Connect Austria, var skyldig att erlägga en avgift som var väsentligt lägre än den som ålades Mobilkom och sökanden. För det femte har det inte ifrågasatts, vilket är den centrala frågeställningen i klagomålet och i den ifrågasatta rättsakten, att den avgift som ålades Mobilkom automatiskt beräknades på den avgift som utgjorde sökandens anbud i förfarandet avseende tilldelning av den andra GSM-licensen i Österrike. För det sjätte, slutligen, påpekar förstainstansrätten att den åtgärd som är föremål för klagomålet och den ifrågasatta rättsakten har en räckvidd som

enbart omfattar Mobilkom och är inte en åtgärd med en allmän räckvidd som den som prövades i målet som ledde fram till domen i målet Bilanzbuchhalter.

- 71 I det förevarande fallet anser emellertid förstainstansrätten att sökandens behörighet att väcka talan följer av att sökanden är mottagare av den ifrågasatta rättsakten genom vilken kommissionen beslutade att inte vidta åtgärder mot Republiken Österrike med stöd av artikel 90.3 i EG-fördraget beträffande storleken på avgifterna för tillstånd inom mobil radiotelefoni. Till skillnad från det tillvägagångssätt som förstainstansrätten i fullständighetens intresse har utvecklat ovan i punkterna 69 och 70, är det inte nödvändigt att under dessa omständigheter pröva om sökanden är direkt och personligen berörd av det beslut som riktades till denne, vilket kommissionen tycks föreslå. Om kommissionen har velat ta upp frågan om sökanden har ett berättigat intresse av att kommissionen vidtar en sådan åtgärd som sökanden har anmodat kommissionen att vidta med stöd av artikel 90.3 i EG-fördraget, det vill säga huruvida sökandens rättsliga situation påverkas av att en sådan åtgärd inte vidtas, kan förstainstansrätten därvid konstatera att denna fråga uppkommer första gången vid den institution till vilken klagomålet riktar sig. Gemenskapsdomstolen kan därefter i förekommande fall pröva om kommissionen på ett korrekt sätt har bedömt denna fråga. Den bedömningen hänför sig emellertid inte till bedömningen av huruvida talan, som har väckts av klaganden mot ett beslut att avslå dennes klagomål, kan upptas till sakprövning, såsom kommissionen vill göra gällande i det förevarande fallet.
- 72 Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser förstainstansrätten att talan kan tas upp till sakprövning.

#### Prövning i sak

- 73 Det bör erinras om att förstainstansrättens prövning begränsar sig till en kontroll av om kommissionen har uppfyllt sin skyldighet att genomföra en snabb och opartisk utredning av klagomål i enlighet med vad som har angivits i punkt 58 i förevarande dom. Med hänsyn till det slags prövning det är fråga om, skall

förstainstansrätten pröva den grund som avser att motiveringsskyldigheten har åsidosatts och den grund som avser att det har skett en uppenbart oriktig bedömning av huruvida artiklarna 86 och 90 i EG-fördraget har åsidosatts tillsammans.

- 74 Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende inledningsvis om att kommissionen i den ifrågasatta rättsakten grundar sitt beslut att inte vidare handlägga klagomålet på den tvåfaldiga bedömningen att sökanden inte har "anfört tillräckliga bevis för att det skulle ha förekommit en statlig åtgärd som föranledde Mobilkom att missbruka sin dominerande ställning" och att "[e]nligt hittillsvarande praxis har kommissionen endast väckt talan om fördragsbrott i jämförbara ärenden när en medlemsstat har fastställt en högre avgift för ett företag som nyligen har etablerat sig på marknaden än för ett företag som redan utövade verksamhet på den marknaden".
- 75 Av denna tvåfaldiga bedömning drar förstainstansrätten slutsatsen att kommissionen har identifierat den centrala kritiken i klagomålet, vilket innebär att den har beaktat relevanta omständigheter i ärendet. Det kan dessutom konstateras att den ifrågasatta rättsakten grundar sig på omständigheter vars riktighet inte har ifrågasatts, eftersom parterna har godtagit den faktiska omständigheten att de avgifter som sökanden och Mobilkom betalade var lika stora. Slutligen kan det noteras att kommissionen, utan att göra en uppenbart oriktig bedömning, med stöd av en utredning *prima facie* av omständigheterna i ärendet har kunnat dra slutsatsen att det förhållandet att Mobilkom ålades en avgift som var lika stor som den som sökanden hade ålagts inte i sig var tillräckligt för att fastställa att Mobilkom hade drivits till att missbruka sin dominerande ställning. Denna slutsats är förenlig med kommissionens tidigare praxis, och särskilt med beslutet om GSM i Italien och beslutet om GSM i Spanien, i vilka kommissionen ansåg att den ursprungliga operatören i fråga hade drivits till att missbruka sin dominerande ställning på grund av att nykomlingen på marknaden hade betalat en högre avgift än vad den förstnämnde behövde göra.
- 76 Mot denna bakgrund finns det inga omständigheter i ärendet som visar att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att, efter att det klagomål som ingivits av sökanden utretts, komma till slutsatsen att det saknades

grund för att inleda ett förfarande mot Republiken Österrike med stöd av artikel 90.3 i EG-fördraget på grund av en överträdelse av artiklarna 86 och 90.1 i EG-fördraget.

- 77 Vad avser sökandens argument att kommissionen inte beaktade det förhållandet att det sänkades tillfredsställande möjligheter att väcka talan på nationell nivå, konstaterar förstainstansrätten endast att sökanden i sitt klagomål och i sina kompletterande inlagor inte har fortsatt att framhålla att en sådan möjlighet att väcka talan sänkades. Under dessa omständigheter anser förstainstansrätten att kommissionen inte uppenbart har åsidosatt sin utredningsskyldighet i det förevarande fallet genom att inte uttryckligen i den ifrågasatta rättsakten avgöra huruvida det på nationell nivå förelåg tillfredsställande möjligheter att väcka talan i allmän domstol eller i förvaltningsdomstol.
- 78 Beträffande sökandens grund, som avser bristande motivering, erinrar förstainstansrätten om att i enlighet med fast rättspraxis skall det av den motivering som krävs enligt artikel 190 i fördraget klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (se särskilt domstolens dom av den 14 februari 1990 i mål C-350/88, Delacre m.fl. mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkt 15).
- 79 Det bör påpekas att i det förevarande fallet har den ifrågasatta rättsakten antagits efter flera möten mellan sökanden och kommissionen, och följaktligen i ett sammanhang som var känt för sökanden, vilket även framgår av de kompletterande inlagor som sökanden har ingivit till kommissionen. I detta hänseende skiljer sig det förevarande fallet från det fall som ledde fram till domen i det ovannämnda målet Control Data mot kommissionen (punkt 15). Följaktligen har sökanden givits möjlighet att förstå motiveringen, i skälen till den ifrågasatta rättsakten, till att kommissionen inte ansåg det vara lämpligt att handlägga klagomålet vidare. Sökanden har därigenom kunnat ta till vara sina rättigheter vid förstainstansrätten och denna har kunnat utöva sin prövningsrätt inom de gränser som anges i punkt 58 i förevarande dom. Under dessa omständigheter anser förstainstansrätten att den ifrågasatta rättsakten innehåller en tillräcklig motivering med hänsyn till artikel 190 i EG-fördraget.

- 80 Mot bakgrund av det slags prövningsrätt som förstainstansrätten utövar, såsom den definierats ovan i punkt 58 i förevarande dom, anser förstainstansrätten att det saknas anledning att hålla vittnesförhör med ansvariga företrädare för sökanden eller sakkunniga inom telekommunikationsområdet, såsom sökanden har yrkat.
- 81 På ovan angivna skäl skall förevarande talan ogillas i sin helhet.

### Rättegångskostnader

- 82 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas och sökanden förpliktas betala rättegångskostnaderna.
- 83 Konungariket Nederländerna skall såsom intervenient bära sina rättegångskostnader i enlighet med artikel 87.4 första stycket i rättegångsreglerna.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN  
(andra avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

- 1) Talan ogillas.
- 2) Sökanden skall bära sina rättegångskostnader samt ersätta kommissionens rättegångskostnader.
- 3) Konungariket Nederländerna skall bära sina rättegångskostnader.

Meij

Lenaerts

Jaeger

Pirrung

Forwood

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 30 januari 2002.

H. Jung

R.M. Moura Ramos

Justitiesekreterare

Ordförande