

Mål C-329/21**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

den 26 maj 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

Fővárosi Törvényszék (Överdomstolen för Budapests stad, Ungern)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

den 18 maj 2021

Klagande:

DIGI Communications NV

Motpart:

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (nationella myndigheten för media och kommunikation, Ungern)

Saken i det nationella målet

Förvaltningsrättsligt överklagande på kommunikationsområdet

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Frågan som uppkommit i det nationella målet är huruvida klaganden med stöd av artikel 4.1 i direktiv 2002/21/EG har rätt att överklaga ett upphandlingsbeslut när beslutet inte är riktat till klaganden. Syftet med begäran är att det ska kunna fastställas om klaganden utgör antingen en konkurrent till de företag till vilka beslutet är riktat eller ett företag som berörs av beslutet.

Den rättsliga grunden för begäran är artikel 267 FEUF.

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

”1)

1.1 Kan ett företag som är registrerat och verksamt i en annan medlemsstat och som inte självt tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster på den marknad som avses i ett beslut från den nationella regleringsmyndigheten, i den mening som avses i artikel 4.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv), anses konkurrera med de företag som beslutet riktar sig till, när ett annat företag som står under det förstnämnda företagets direkta kontroll är verksamt på den relevanta marknaden i egenskap av tillhandahållare av tjänster och på denna marknad konkurrerar med de företag som beslutet riktar sig till?

1.2 Är det, för att besvara fråga 1.1, nödvändigt att undersöka huruvida det moderbolag som vill överklaga beslutet utgör en ekonomisk enhet tillsammans med det företag som det kontrollerar och som konkurrerar på den relevanta marknaden?

2)

2.1 Ska ett anbuds förfarande som genomförs av en nationell regleringsmyndighet i den mening som avses i artikel 4.1 i ramdirektivet och artikel 7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv), och som rör rättigheter som avser nyttjande av frekvenser till stöd för utbyggnad av 5G-nätet och är knutna till tilläggstjänster för trådlöst bredband, anses utgöra ett förfarande som syftar till att skydda konkurrensen? Är det även en riktig tolkning att den nationella regleringsmyndighetens beslut där resultatet av anbuds förfarandet anges har till syfte att skydda konkurrensen i den meningen?

2.2. För det fall EU-domstolen besvarar fråga 2.1 jakande, påverkas då beslutets syfte att skydda konkurrensen av att den nationella regleringsmyndigheten genom ett slutligt separat beslut vägrade att registrera anbudet från det företag som överklagat till domstol, med följden att detta företag inte kunde delta i anbuds förfarandet och att det beslut genom vilket resultatet av förfarandet fastställdes sålunda inte riktades till det företaget?

3)

3.1 Ska artikel 4.1 i ramdirektivet, mot bakgrund av artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, tolkas så, att den endast ger ett företag rätt att överklaga ett beslut av en nationell regleringsmyndighet om

a) företagets ställning på marknaden direkt och faktiskt påverkas av beslutet, eller

b) det visas att företagets ställning på marknaden med stor sannolikhet kommer att påverkas av beslutet, eller

c) företagets ställning på marknaden, direkt eller indirekt, kan komma att påverkas av beslutet?

3.2 Är den påverkan som avses i fråga 3.1 i sig styrkt genom det faktum att företaget lämnade in ett anbud i anbudsförfarandet, närmare bestämt det faktum att det önskade delta i upphandlingen men inte tilläts att göra det på grund av att det inte uppfyllde kraven, eller har domstolen rätt att kräva att företaget även inger bevisning till styrkande av denna påverkan?

4) Ska artikel 4.1 i ramdirektivet, jämförd med artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, mot bakgrund av svaren på frågorna 1–3, tolkas så, att det är fråga om ett företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster och som berörs av den nationella regleringsmyndighetens beslut där resultatet av anbudsförfarandet (som rör rättigheter som avser nyttjande av frekvenser till stöd för utbyggnad av 5G-nätet och är knutna till tilläggstjänster för trådlöst bredband) anges, och som således har rätt att överklaga, om

- företaget inte bedriver ekonomisk verksamhet för tillhandahållande av tjänster på den relevanta marknaden, men ett annat företag, som står under det förstnämnda företagets direkta kontroll, tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster på samma marknad, och
- företagets anbud, genom ett slutligt beslut av den nationella regleringsmyndigheten, hade nekats registrering i anbudsförfarandet före antagandet av det överklagade beslutet, där resultatet av anbudsförfarandet angavs, vilket hindrade företaget från att därefter delta i anbudsförfarandet?"

Anförda unionsbestämmelser

- Artiklarna 4.1 och 8.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv).
- Artikel 7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv).
- Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

Anförda nationella bestämmelser

Lag I från år 2017 om förvaltningsdomstolar

”Artikel 17 Följande person har rätt att inleda ett förfarande

- a) en person som har en rätt eller ett berättigat intresse som direkt påverkas av förvaltningsverksamheten”.

”Artikel 88 [ogillande av överklagandet]

1) Domstolen ska ogilla överklagandet om

...

b) klaganden inte kan göra gällande ett direkt åsidosättande av en rätt eller ett berättigat intresse som tillkommer klaganden.”

Åberopad rättspraxis

- Dom av den 21 februari 2008, Tele2 Telecommunication (C-426/05, EU:C:2008:103).
- Dom av den 24 april 2018, Arcor (C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244).
- Dom av den 22 januari 2015, T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24).
- Dom av den 19 maj 2009, Assitur (C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317).
- Dom av den 17 maj 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324).
- Dom av den 21 december 2016, Akzo Nobel och Akzo Nobel Chemicals/kommissionen (C-516/15 P, ECLI:EU:C:2016:1004).

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Den 18 juli 2019 inledde Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (nationella myndigheten för media och kommunikation, nedan kallad myndigheten) ett anbuds förfarande som rör rättigheter som avser nyttjande av frekvenser till stöd för utbyggnad av 5G-nätet och är knutna till tilläggstjänster för trådlöst bredband (nedan kallat anbuds förfarandet) och offentliggjorde dokumentation innehållande detaljerad information om kraven i anbuds förfarandet (nedan kallad dokumentationen).
- 2 Digi Communications NV (nedan kallat klaganden) är ett i Nederländerna registrerat holdingbolag som inte är registrerat i Ungern som leverantör av elektroniska kommunikationstjänster. Klaganden ansökte om att delta i anbuds förfarandet, men myndigheten fann att dess ansökan var formellt med motiveringen att klaganden hade missbrukat sin rätt att delta i anbuds förfarandet, agerat i syfte att kringgå förfarandet och försökt vilseleda myndigheten. Myndigheten ansåg att klaganden endast hade ingett sin ansökan därför att om DIGI Távközlési és Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság (nedan kallat DIGI Kft.) – ett företag som kontrolleras av klaganden, som är registrerat i Ungern och som tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster i det landet – hade

lämnat in en ansökan, skulle uteslutningsregeln i dokumentationen ha tillämpats på det. Myndigheten fattade därför ett slutligt beslut om att inte registrera klaganden i anbudsförfarandet och drog slutsatsen att klaganden hade förlorat sin ställning som part i anbudsförfarandet. Klaganden överklagade detta avgörande till domstol, men överklagandet ogillades i första instans av den hänskjutande domstolen och i andra instans av Kúria (Högsta domstolen) genom lagakraftvunnen dom.

- 3 Klaganden överklagade myndighetens beslut om fastställande av resultatet av anbudsförfarandet, och detta förvaltningsmål pågår för närvarande vid den hänskjutande domstolen (det nationella målet).

Parternas huvudargument

- 4 Klaganden har gjort gällande att företaget enligt artikel 4.1 i ramdirektivet har rätt att överklaga det beslut i vilket resultatet av anbudsförfarandet fastställs. Klaganden anser sig vara en faktisk konkurrent till de företag som förvärvat rättigheter att använda frekvenser inom ramen för anbudsförfarandet, eftersom företaget för det första ingår i samma företagskoncern som DIGI Kft, som är verksamt på marknaden i egenskap av tjänsteleverantör, och för det andra ville delta i anbudsförfarandet i egenskap av potentiell konkurrent, vilket det har rätt till enligt den grundläggande principen om frihet att tillhandahålla tjänster. Klaganden anser att det under alla omständigheter inte krävs att ett företag har ställning som konkurrent för att villkoret om att vara berörd ska vara uppfyllt. För detta räcker det nämligen att företagets ställning på marknaden eventuellt kan påverkas av myndighetens beslut. Klaganden har anfört att dess ekonomiska – direkta och berättigade – intressen påverkas av det faktum att myndigheten, på grundval av en olaglig dokumentation och ett rättsstridigt förfarande, satte stopp för företagets deltagande i anbudsförfarandet. Klaganden har bestritt att företaget är skyldigt att inkomma med bevisning till styrkande av att detta intresse har skadats, eftersom betalningen av registreringsavgiften och inlämnandet av anbudet visar att företaget verkligen hade för avsikt att erhålla frekvenserna. Då företaget nekats registrering och saknade ställning som part blev det fullständigt omöjligt för klaganden att utöva sin rätt till ett effektivt rättsmedel. Eftersom klaganden saknar ställning som part förlorar företaget även sin rätt att överklaga det beslutet varigenom anbudsförfarandet avslutats, då det anser att dokumentationen endast kan bestridas i domstol tillsammans med det beslut genom vilket förfarandet avslutas.
- 5 Myndigheten har bestritt klagandens talerätt med motiveringen att klagandens partsställning upphörde när företaget uteslöts från anbudsförfarandet, vilket innebär att beslutet och domen i det nationella målet inte kan påverka klagandens rättsliga ställning. Myndigheten har framhållit att även de uppgifter som klagandeföretaget lämnat varav det framgår att det inte har några konkreta planer på att träda in på den ungerska marknaden innebär att klaganden inte kan utgöra en konkurrent. Det framgår dessutom av allmänna handlingar att

klagandeföretaget inte ens är verksamt på tjänstemarknaden i den medlemsstat där det är etablerat. Enligt myndigheten är det inte möjligt att göra någon bedömning av DIGI Kft.:s ställning på marknaden i detta avseende.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 6 Eftersom begreppet ”berörd person” inte definieras i ramdirektivet, ska det prövas mot bakgrund av domstolens praxis. I domarna *Tele2 Telecommunic*, *Arcor* och *T-Mobile Austria* tillämpade domstolen tre kriterier för att avgöra huruvida ett företag var berört i den mening som avses i artikel 4.1 i ramdirektivet och huruvida det hade rätt att överklaga det beslut som hade bestritts i respektive mål.
- 7 Dessa tre kriterier, som kräver en ytterligare tolkning inom ramen för förfarandet vid den hänskjutande domstolen, består för det första av ett krav på att företaget i fråga ska vara ett företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät eller kommunikationstjänster och som konkurrerar med det eller de företag som myndighetens beslut riktar sig till. För det andra krävs det att den nationella regleringsmyndigheten antagit beslutet inom ramen för ett förfarande som syftar till att skydda konkurrensen och för det tredje att det första företagets ställning på marknaden påverkas eller kan påverkas av det aktuella beslutet.
- 8 Den första frågan har ställts för att få klarhet i huruvida ställningen som konkurrent är styrkt i en situation där ett annat företag som ingår i samma koncern och som kontrolleras av det företag som vill överklaga bedriver verksamhet som leverantör av elektroniska kommunikationstjänster på den relevanta marknaden, men klaganden själv inte bedriver någon sådan verksamhet och endast förfogar över en infrastruktur genom sitt ungerska dotterbolag.
- 9 Dessutom aktualiseras frågan huruvida det, för att avgöra om det är fråga om en konkurrent, är nödvändigt att undersöka i vilken mån klaganden och det företag som kontrolleras av klaganden tillsammans utgör en ekonomisk enhet. Den princip som anges i punkt 31 i domstolens dom i målet *Assitur*, enligt vilken det kan förekomma olika typer av företagskonstellationer som kan ha olika syften och som inte nödvändigtvis hindrar de kontrollerade företagen från att i någon mån självständigt fastställa sin affärsstrategi och bedriva sin affärsverksamhet, liksom de bedömningskriterier som anges i punkterna 27–29 i EU-domstolens dom i målet *Specializuotas transportas*, kan vara analogt relevanta för att fastställa arten av det faktiska förhållandet mellan klaganden och DIGI Kft, i ekonomiskt avseende och vad gäller kontrollen.
- 10 Den hänskjutande domstolen finner att eftersom de mål avseende unionens konkurrensrätt som klaganden har nämnt – mål om konkurrensbegränsande avtal – hänför sig till frågan om vilken enhet som kan hållas ansvarig för ett visst beteende – så kan dessa mål inte tjäna som grundval för att rent allmänt slå fast att en koncern, även om den ur juridisk synvinkel består av flera olika juridiska personer, kan anses utgöra ett och samma ”företag” enligt konkurrensrätten.

- 11 Syftet med artikel 4.1 i ramdirektivet, det vill säga att slå vakt om rättigheterna för det företag som berörs av ett beslut av den nationella regleringsmyndigheten, ska däremot förstås så, att det avser den marknad som berörs av beslutet och att det inte gäller hela koncernen. Det ankommer på EU-domstolen att avgöra huruvida ett företag direkt måste bedriva verksamhet på marknaden för att det ska anses utgöra en konkurrent i den mening som avses i artikel 4.1 i ramdirektivet eller om det är tillräckligt att det indirekt bedriver verksamhet där via ett dotterbolag.
- 12 Den hänskjutande domstolen finner att det även föreligger osäkerhet om huruvida enbart den omständigheten att klaganden lämnade in ett anbud under anbudsförfarandet räcker för att styrka att bolaget verkligen hade för avsikt att inträda på marknaden. Eftersom DIGI Kft. är verksamt på marknaden i egenskap av tjänsteleverantör och har investerat i lanseringen av 5G-tjänster, utgör det inte ett rimligt marknadsagerande från klagandens sida att vilja ta sig in på marknaden för tjänsteleverantörer såsom konkurrent till sitt eget dotterbolag, med de höga investeringskostnader som detta medför.
- 13 Med hänsyn till artikel 8.2 i ramdirektivet och artikel 7.1 a i auktorisationsdirektivet finner den hänskjutande domstolen att ett anbudsförfarande vars syfte är tilldelning av en rätt till frekvensanvändning, såsom det anbudsförfarande som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, uppfyller villkoret att den nationella regleringsmyndigheten ska ha fattat sitt beslut inom ramen för ett förfarande som har till syfte att skydda konkurrensen. Eftersom det anbudsförfarande som är aktuellt i det nationella målet är ett anbudsförfarande avseende vilket EU-domstolen ännu inte har tolkat artikel 4 i ramdirektivet, är det nödvändigt att domstolen besvarar den andra tolkningsfrågan. Dessutom ska målet vid den nationella domstolen även prövas utifrån frågan om myndighetens beslut är ägnat att uppnå målet att skydda konkurrensen vad gäller klaganden.
- 14 Vid en analys av EU-domstolens tidigare praxis (domarna i målen Tele2 Telecommunication, Arcor och T-Mobile Austria) framgår det inte klart huruvida ett minimum av potentiell påverkan på ett företags ställning på marknaden räcker för att företaget ska kunna kvalificeras som berört företag i den mening som avses i artikel 4.1 i ramdirektivet eller om de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet måste undersökas, inklusive de konkreta konsekvenser som beslutet innebär för marknadsställningen för det företag som avser att bestrida det och sannolikheten för att dessa konsekvenser kommer att uppstå. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje tolkningsfrågan till EU-domstolen för att få klarhet i vilken bevisnivå den kan kräva för att klaganden ska anses ha styrkt den inverkan beslutet har på dess ställning på marknaden och därmed ha rätt att väcka talan.
- 15 I domen i målet Tele2 Telecommunication preciserade EU-domstolen att parternas rättigheter i det administrativa förfarandet inte ingår i ramdirektivets tillämpningsområde. Av detta följer att frågan huruvida klaganden har rätt, eller har förlorat sin rätt, att vara part i det administrativa förfarandet inte är relevant

för de frågor som har ställts inom ramen för förevarande begäran om förhandsavgörande.

- 16 När det gäller den fjärde tolkningsfrågan finner den hänskjutande domstolen att den rätt till ett effektivt rättsmedel som garanteras i artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna även kan åsidosättas genom att aktörerna, eventuellt medelst missbruk, försvårar eller förhindrar verkställigheten av myndighetens beslut genom att inleda rättsliga förfaranden som de inte har något verkligt direkt rättsligt intresse av, och därigenom just skadar den lojala konkurrensens effektivitet på marknaden. Mot bakgrund av det ovan anförda är EU-domstolens tolkning nödvändig för att få klarhet i hur artikel 4.1 i ramdirektivet, på det mest ändamålsenliga sättet, ska tolkas mot bakgrund av rätten till ett effektivt rättsmedel, som garanteras i artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, och medelst en intresseavvägning som tar hänsyn till samtliga parter, såväl dem som beslutet är riktat till som det företag som avser att utöva sin rätt att överklaga.