

**Zaak C-329/21**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

26 mei 2021

**Verwijzende rechter:**

Fővárosi Törvényszék (Hongarije)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

18 mei 2021

**Verzoekende partij:**

DIGI Communications NV

**Verwerende partij:**

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Rechterlijke toetsing van een besluit op het gebied van telecommunicatie

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek**

In het hoofdgeding is de prejudiciële vraag gerezen of verzoekster beschikt over het in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2002/21/EG bedoelde recht om beroep in te stellen tegen het besluit tot vaststelling van de uitslag van de veilingprocedure, wanneer dat besluit niet tot haar is gericht. Het verzoek strekt ertoe om vast te stellen of verzoekster als een concurrent van de ondernemingen waaraan het besluit is gericht, en als onderneming die door het besluit wordt getroffen, kan worden gekwalificeerd.

De rechtsgrondslag van het verzoek is artikel 267 VWEU.

## Prejudiciële vragen

„1)

1.1 Kan een in een andere lidstaat geregistreerde en werkzame onderneming die zelf geen elektronischecommunicatiediensten aanbiedt op de markt waarop een besluit van een nationale regelgevende instantie als bedoeld in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) betrekking heeft, maar die rechtstreeks zeggenschap uitoefent over een onderneming die als dienstenaanbieder op die markt aanwezig is en concurrent is van de ondernemingen waaraan het besluit is gericht, worden aangemerkt als concurrent van die ondernemingen?

1.2 Moet voor de beantwoording van vraag 1.1 worden onderzocht of de moedermaatschappij die beroep wenst in te stellen een economische eenheid vormt met de onder haar zeggenschap staande onderneming die op de betrokken markt als concurrent optreedt?

2)

2.1 Is het overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn en artikel 7 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn) zo dat de veiling door een nationale regelgevende instantie van gebruiksrechten voor frequenties ter ondersteuning van de invoering van 5G en andere draadloze breedbanddiensten een procedure vormt die tot doel heeft de mededinging te beschermen? Kan het bovendien zo worden opgevat dat het besluit van de nationale regelgevende instantie tot vaststelling van de uitslag van de veiling ook de bescherming van de mededinging tot doel heeft?

2.2 Indien het Hof van Justitie vraag 2.1 bevestigend beantwoordt, wordt de mededingingsbeschermende doelstelling van het besluit dan beïnvloed door de omstandigheid dat de nationale regelgevende instantie de aanvraag tot deelname van de onderneming die beroep wenst in te stellen bij afzonderlijk besluit definitief heeft geweigerd en dat de onderneming daarom niet aan de veiling heeft kunnen deelnemen, zodat het besluit waarbij de uitslag van de procedure wordt vastgesteld, niet tot haar is gericht?

3)

3.1 Moet artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten, aldus worden uitgelegd dat het daarin gewaarborgde recht om tegen een besluit van een nationale regelgevende instantie beroep in te stellen uitsluitend toekomt aan ondernemingen:

- a) waarvan de marktpositie door het besluit rechtstreeks en daadwerkelijk wordt beïnvloed, of
- b) waarvan de marktpositie door het besluit aantoonbaar zeer waarschijnlijk kan worden beïnvloed, of
- c) waarvan de marktpositie door het besluit direct of indirect kan worden beïnvloed?

3.2 Wordt de in vraag 3.1 bedoelde beïnvloeding aangetoond door de enkele omstandigheid dat de onderneming een aanvraag tot deelname aan de veiling heeft ingediend, dat wil zeggen dat zij voornemens was om deel te nemen aan de veiling, hetgeen echter niet is gebeurd omdat zij niet voldeed aan de voorwaarden, of kan de verwijzende rechter de onderneming daarnaast verzoeken om de beïnvloeding met bewijs te staven?

4) Moet artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten, in het licht van de antwoorden op de vragen 1 tot en met 3, aldus worden uitgelegd dat een onderneming een aanbieder van elektronischecommunicatiediensten is die getroffen wordt door het besluit van de nationale regelgevende instantie waarbij de uitslag van de veiling van gebruiksrechten voor frequenties ter ondersteuning van de invoering van 5G en andere draadloze breedbanddiensten wordt vastgesteld, en derhalve recht van beroep heeft, wanneer die onderneming:

- op de betrokken markt geen dienstverlenende of economische activiteiten uitoefent, maar rechtstreeks zeggenschap heeft over een onderneming die op die markt elektronischecommunicatiediensten aanbiedt, en
- voordat het besluit tot vaststelling van de uitslag van de veiling werd genomen, haar aanvraag tot deelname aan die veiling bij een definitief en bindend besluit van de nationale regelgevende instantie geweigerd zag, waardoor zij van verdere deelname aan de veilingprocedure was uitgesloten?"

#### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

- Artikel 4, lid 1, en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn);
- Artikel 7 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn);
- Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

## **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

A közigazgatási perrendtartásról 2017. évi I. törvény (wet I van 2017 betreffende het bestuursprocesrecht)

„§ 17 Beroep kan worden ingesteld door diegene

- a) wiens rechten of rechtmatige belangen door een bestuurshandeling rechtsreeks worden geraakt”.

„§ 88 [Afwijzing van het beroep]

- (1) De rechter wijst het beroep af indien

[...]

- b) geen schending van het recht of het rechtmatig belang van de verzoeker kan worden vastgesteld.”

## **Aangevoerde rechtspraak**

- Arrest van 21 februari 2008, Tele2 Telecommunication (C-426/05, EU:C:2008:103);
- Arrest van 24 april 2008, Arcor (C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244);
- Arrest van 22 januari 2015, T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24);
- Arrest van 19 mei 2009, Assitur (C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317);
- Arrest van 17 mei 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324);
- Arrest van 21 december 2016, Akzo Nobel NV e.a. tegen Europese Commissie (C-516/15 P, ECLI:EU:C:2016:1004).

## **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 De Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (Hongaarse nationale autoriteit voor media en communicatie; hierna: „autoriteit”) heeft op 18 juli 2019 een procedure gestart voor de veiling van gebruiksrechten voor frequenties ter ondersteuning van de invoering van het 5G-netwerk en voor extra draadloze breedbanddiensten (hierna: „veilingprocedure”) en de documentatie houdende de gedetailleerde procedureregels van de veiling (hierna: „documentatie”) bekendgemaakt.
- 2 DIGI Communications NV (hierna: „verzoekster”) is een in Nederland geregistreerde houdstermaatschappij die in Hongarije niet is geregistreerd als aanbieder van elektronischecommunicatiediensten. Verzoekster heeft in Hongarije

een aanvraag tot deelneming aan de veilingprocedure ingediend, die de autoriteit echter formeel ongeldig heeft verklaard op grond dat zij misbruik had gemaakt van haar recht op deelname, aangezien haar gedraging erop gericht was de procedure te omzeilen en zij de autoriteit trachtte te misleiden. De autoriteit heeft vastgesteld dat verzoekster haar aanvraag tot deelname enkel had ingediend omdat indien de aanvraag door de onder haar zeggenschap staande, in Hongarije geregistreerde DIGI Távközlési és Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság (hierna: „DIGI Kft”), die aldaar elektronische communicatiediensten aanbiedt, zou zijn ingediend, de laatstgenoemde onderneming onder de in de documentatie opgenomen uitsluitingsregel zou vallen. Om die reden heeft de autoriteit de aanvraag tot deelneming van verzoekster bij onherroepelijke beslissing geweigerd en vastgesteld dat verzoekster haar hoedanigheid van partij in de veilingprocedure was verloren. Verzoekster is tegen deze beslissing in rechte opgekomen, haar beroep is echter in eerste aanleg door de verwijzende rechter en in hoger beroep door de Kúria (hoogste rechterlijke instantie, Hongarije) definitief verworpen.

- 3 Verzoekster heeft bij de bestuursrechter beroep ingesteld tot nietigverklaring van het besluit waarbij de uitslag van de veilingprocedure is vastgesteld. Dit is het hoofdgeding dat thans bij de verwijzende rechter aanhangig is.

#### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 4 Verzoekster betoogt dat zij op grond van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn bevoegd is om in rechte op te komen tegen het besluit tot vaststelling van de uitslag van de veilingprocedure. Volgens haar dient zij te worden beschouwd als daadwerkelijke concurrent van de ondernemingen die in het kader van de veilingprocedure een gebruiksrecht hebben verworven, aangezien zij, ten eerste, behoort tot dezelfde ondernemingsgroep als DIGI Kft, die als dienstverlener op de markt aanwezig is, en, ten tweede, als potentiële concurrent wenst deel te nemen aan de veilingprocedure, waartoe zij, voortvloeiend uit het fundamentele beginsel van het vrij verrichten van diensten, het volste recht heeft. Overigens is zij van mening dat haar hoedanigheid als concurrent geen voorwaarde is om haar als partij in de procedure te erkennen, aangezien daarvoor volstaat dat het besluit van de autoriteit haar marktpositie kan beïnvloeden. Zij betoogt dat zij rechtstreeks in haar rechtmatige economische belang wordt geschaad doordat de autoriteit haar deelname aan de veilingprocedure op basis van een onwettige documentatie en in een onwettige procedure onmogelijk heeft gemaakt. Zij betwist dat zij zou moeten bewijzen dat haar belang is geschaad, aangezien uit de betaling van de registratiekosten en het uitbrengen van een bod blijkt dat zij werkelijk voornemens is frequenties te verwerven. Zij meent dat de weigering van haar deelname en het niet bezitten van de hoedanigheid van partij in de procedure haar recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel volledig ondermijnt. Indien zij niet als partij in de procedure wordt aangemerkt, verliest zij ook haar recht om beroep in te stellen tegen het besluit waarmee de veilingprocedure wordt beëindigd, aangezien tegen de documentatie naar haar mening uitsluitend tezamen met het besluit tot beëindiging van de procedure in rechte kan worden opgekomen.

- 5 De autoriteit betwist dat verzoekster procesbevoegdheid heeft, aangezien zij met haar uitsluiting van de veilingprocedure haar hoedanigheid van partij heeft verloren, zodat het besluit noch de beslissing in het hoofdgeding haar rechtpositie kan beïnvloeden. Zij benadrukt dat verzoeksters mededeling dat zij geen concrete plannen heeft om de Hongaarse markt te betreden eveneens betekent dat zij niet als concurrent kan worden gekwalificeerd. Bovendien blijkt uit openbare documenten dat verzoekster zelfs in haar lidstaat van vestiging niet als dienstenaanbieder op de markt aanwezig is. De autoriteit stelt zich op het standpunt dat de marktpositie van DIGI Kft voor deze vraag niet relevant is.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

- 6 Aangezien de kaderrichtlijn geen definitie geeft van het begrip „getroffen persoon”, moet daarvoor te rade worden gegaan bij de rechtspraak van het Hof. In de arresten Tele2 Telecommunication, Arcor en T-Mobile Austria heeft het Hof drie voorwaarden onder de loep genomen om te bepalen of een onderneming kan worden gekwalificeerd als een getroffen onderneming in de zin van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn en of zij beroep kan instellen tegen de in de betreffende zaak aan de orde zijnde beslissing.
- 7 Deze drie voorwaarden, die in de voor de verwijzende rechter aanhangige procedure nadere uitlegging vereisen, zijn, ten eerste, dat de onderneming in kwestie elektronischecommunicatienetwerken of -diensten aanbiedt en concurreert met de onderneming of ondernemingen waaraan de beslissing van de autoriteit is gericht, ten tweede, dat de autoriteit de beslissing heeft genomen in een procedure die de bescherming van de mededinging dient en, ten derde, dat deze beslissing de marktpositie van eerstgenoemde onderneming kan beïnvloeden.
- 8 Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de hoedanigheid van concurrent als aangetoond kan worden beschouwd in een situatie waarin de onderneming die beroep wenst in te stellen zeggenschap heeft over een ander lid van de ondernemersgroep die op de betrokken markt elektronischecommunicatiediensten aanbiedt, terwijl de verzoekende partij zelf geen dergelijke activiteiten uitoefent en slechts via haar Hongaarse dochteronderneming over desbetreffende infrastructuur beschikt.
- 9 Bovendien rijst de vraag of, om de hoedanigheid van concurrent vast te stellen, het noodzakelijk is om te onderzoeken hoe nauw verzoekster verbonden is aan de onder haar zeggenschap staande onderneming. Naar analogie van het door het Hof in punt 31 van het arrest Assitur geformuleerde beginsel – volgens hetwelk ondernemingen in verschillende vormen en voor verschillende doelstellingen kunnen worden gegroepeerd zonder dat daarbij noodzakelijkerwijs is uitgesloten dat de afhankelijke ondernemingen over een bepaalde autonomie beschikken om hun handelsbeleid en hun economische activiteiten te bepalen – en de in de punten 27 tot en met 29 van het arrest Specializuotas transportas genoemde onderzoekscriteria kan het relevant zijn de aard van de tussen verzoekster en DIGI

Kft bestaande daadwerkelijke economische en zeggenschapsbanden te onderzoeken.

- 10 De verwijzende rechter komt het voor dat, aangezien de door verzoekster aangehaalde arresten inzake mededingingsrecht van de Unie – die allemaal betrekking hebben op mededingingsbeperkende overeenkomsten – aansprakelijkheid als voorwerp hebben, op basis van deze arresten niet in algemene zin kan worden gesteld dat zelfs indien een concern vanuit juridisch oogpunt is samengesteld uit meerdere afzonderlijke rechtspersonen, het kan worden aangemerkt als een en dezelfde „onderneming” in de zin van het mededingingsrecht.
- 11 Daarentegen heeft het doel van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn, namelijk het waarborgen van de rechten van ondernemingen die door een beslissing van een nationale regelgevende instantie zijn getroffen, betrekking op de bij die beslissing betrokken markt, en niet op de ondernemersgroep als geheel. Het staat aan het Hof om te beslissen of alleen een onderneming die direct op de markt aanwezig is als concurrent in de zin van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn kan worden aangemerkt, of dat indirecte aanwezigheid via een dochteronderneming volstaat.
- 12 De verwijzende rechter heeft ook twijfels over de vraag of de enkele omstandigheid dat verzoekster een aanvraag tot deelneming aan de veiling heeft ingediend voldoende is om aan te tonen dat zij daadwerkelijk voornemens is om tot de markt toe te treden. Aangezien DIGI Kft als dienstenaanbieder aanwezig is op de markt en investeringen heeft gedaan om 5G-diensten te kunnen leveren, zou verzoekster geen rationeel marktgedrag vertonen door de met veel kosten gemoeide stap te nemen om als concurrent van haar eigen dochteronderneming tot de markt toe te willen treden.
- 13 Gelet op artikel 8, lid 2, van de kaderrichtlijn en artikel 7, lid 1, onder a), van de machtigingsrichtlijn is de verwijzende rechter van oordeel dat in het geval van een mededingingsprocedure voor de gebruiksrechten van frequenties, zoals de veilingprocedure in het hoofdgeding, voldaan is aan de voorwaarde dat de nationale regelgevende instantie de beslissing heeft genomen in een procedure die de bescherming van de mededinging dient. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde veilingprocedure is een mededingingsprocedure in verband waarmee het Hof artikel 4 van de kaderrichtlijn nog niet heeft uitgelegd, hetgeen de beantwoording van de tweede vraag door het Hof noodzakelijk maakt. Het hoofdgeding moet bovendien worden onderzocht om een antwoord te verkrijgen op de vraag of het besluit van de autoriteit in staat is om het doel van bescherming van de mededinging vanuit het oogpunt van verzoekster te dienen.
- 14 Na analyse van eerdere rechtspraak van het Hof (arresten Tele2 Telecommunication, Arcor en T-Mobile Austria) blijft het onduidelijk of een geringe mate van beïnvloeding van de marktpositie van de onderneming volstaat om haar als getroffen onderneming in de zin van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn te kwalificeren, dan wel of onderzoek moet worden gedaan naar de

specifieke kenmerken van het individuele geval, waaronder welke concrete gevolgen het besluit waartegen de onderneming beroep wenst in te dienen heeft op haar marktpositie en de waarschijnlijkheid dat deze gevolgen zich zullen voordoen. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter richtsnoeren te verkrijgen van het Hof over welke bewijslast hij aan verzoekster kan opleggen om ter staving van haar procesbevoegdheid aan te tonen welk effect het besluit op haar marktpositie heeft gehad.

- 15 In het arrest A Tele2 Telecommunication heeft het Hof duidelijk gemaakt dat de rechten van partijen in administratieve procedures niet onder de werkingssfeer van de kaderrichtlijn vallen. Hieruit volgt dat het bestaan of verval van verzoeksters hoedanigheid van partij in de administratieve procedure niet relevant is voor de in de onderhavige prejudiciële procedure gestelde vragen.
- 16 Wat betreft de vierde vraag is de verwijzende rechter van mening dat het in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten gewaarborgde recht op een doeltreffende voorziening in rechte ook kan worden geschonden doordat marktdeelnemers de werking van overheidsbesluiten op oneigenlijke wijze kunnen verhinderen of belemmeren door het instellen van beroepsprocedures waarbij zij geen daadwerkelijk rechtstreeks rechtmatig belang hebben, waardoor de doeltreffendheid van een eerlijke mededinging op de markt juist wordt belemmerd. Gelet op het voorgaande is de uitlegging van het Hof noodzakelijk voor de beantwoording van de vraag hoe de meest efficiënte werking van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn, gelezen in samenhang met het door artikel 47 van het Handvest gewaarborgde recht op een doeltreffende voorziening in rechte, kan worden bewerkstelligd in afweging van de belangen van alle partijen, te weten de ondernemingen waaraan het besluit is gericht en de onderneming die haar recht van beroep wenst uit te oefenen.