Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
Föredraget den 9 september 2014[1]

Mål C-282/13

T-Mobile Austria GmbH
mot
Telekom-Control-Kommission

(begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgerichtshof (Österrike))

”Elektronisk kommunikation — Skydd för rättigheter som följer av unionsrätten vid den nationella domstolen — Rätten att överklaga ett beslut av en nationell regleringsmyndighet — Begreppet aktör som ’berörs’ av ett beslut av en nationell regleringsmyndighet — Artikel 4.1 i direktiv 2002/21/EG — Överlåtelse av nyttjanderätter till frekvenser — Artikel 5.6 i direktiv 2002/20/EG”

I – **Inledning**

1. Förevarande mål ger domstolen möjlighet att precisera rätten att väcka talan mot beslut om elektronisk kommunikation som fattats av nationella regleringsmyndigheter. Det ger dessutom tillfälle att göra en mer övergripande analys avseende den grad till vilken unionsrätten kan utgöra hinder mot medlemsstaternas processrättsliga bestämmelser som föreskriver villkor för att få förvaltningsbeslut prövade i domstol.

2. Österrikiska Verwaltungsgerichtshof (högsta förvaltningsdomstolen) har genom sin begäran om förhandsavgörande begärt att domstolen ska tolka uttrycket aktör som ”berörs” av ett beslut av en nationell regleringsmyndighet, i den mening som avses i artikel 4 i direktiv 2002/21/EG (ramdirektiv)[2] i samband med ett förfarande som sammanhänger med överlåtelse av nyttjanderätter till frekvenser i den mening som avses i artiklarna 5.6 i direktiv 2002/20/EG (auktorisationsdirektiv).[3]

3. Den hänskjutande domstolens fråga avser att fastställa den krets av aktörer som har rätt att få ett beslut av en regleringsmyndighet prövat i domstol inom ramen för ett konkret förfarande avseende elektronisk kommunikation. Betydelsen av svaret på denna fråga sträcker sig utöver detta förfarande, eftersom liknande föreskrifter även återfinns i andra unionsrättsakter avseende reglerade marknader.[4]

1 — Originalspråk: polska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EUT L 108, s. 8), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 (EUT L 337, s. 37) (nedan kallat ramdirektivet).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 (EGT L 337, s. 37).

4 — Se, bland annat, artikel 22.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/67/EG av den 15 december 1997 om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna (EGT L 15, 1998, s. 14), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/6/EG av den 20 februari 2008 (EUT L 52, s. 33), artikel 37.17 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el (EUT L 122, s. 55) samt artikel 41.17 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG (EUT L 211, s. 94).

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätt*

4. Lagstiftningen om elektronisk kommunikation i unionen har harmoniserats genom ramdirektivet samt särdirektiv, bland annat auktorisationsdirektivet.

5. I artikel 4.1 i ramdirektivet föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska säkerställa att det på nationell nivå finns fungerande system enligt vilka varje användare eller företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät och/eller kommunikationstjänster, som berörs av ett beslut av en nationell regleringsmyndighet, har rätt att överklaga beslutet till en besvärsinstans som är oberoende av de inblandade parterna. Denna instans, som kan vara en domstol, ska ha den kompetens som är nödvändig för att den effektivt ska kunna utföra sina uppgifter. Medlemsstaterna ska säkerställa att vederbörlig hänsyn tas till ärendet i sak och att det finns ett effektivt förfarande för överklagande.”

6. Enligt artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet gäller följande:

”De behöriga nationella myndigheterna ska säkerställa att radiofrekvenserna används effektivt i enlighet med artiklarna 8.2 och 9.2 i [ramdirektivet]. De ska säkerställa att konkurrensen inte snedvrids av någon överlåtelse eller ackumulering av nyttjanderätter till radiofrekvenser. För detta ändamål får medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder, som t.ex. att minska, återkalla eller tvinga fram en försäljning av en nyttjanderätt för radiofrekvenser.”

B – *Nationell rätt*

7. I 8 § i 1991 års allmänna förvaltningsprocesslag (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl. 51/1991), i den lydelse som publicerades år 2004 (BGBl. I 10/2004) (nedan kallad AVG) föreskrivs följande:

”Med berörd person avses en person som utnyttjar en myndighets verksamhet eller som berörs av densamma. Om denne dessutom har ett rättsanspråk eller ett rättsligt intresse i saken är denne part.”

8. Förfarandet för tilldelning av frekvenser som avses i artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet regleras i 54–57 §§ i 2003 års telekommunikationslag (Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I, 70/2003) (nedan kallad TKG 2003).

9. I artikel 56 § TKG 2003 föreskrivs följande:

”1. För överföring av rättigheter att förfoga över frekvenser som tilldelats av regleringsmyndigheten krävs förhandsgodkännande. Regleringsmyndigheten ska offentliggöra ansökan om tillstånd att överföra rättigheter att förfoga över frekvenser samt beslutet i detta ärende. När regleringsmyndigheten fattar beslut gör den i varje enskilt fall en bedömning av inverkan, bland annat i tekniskt hänseende, på konkurrensen. Tillstånd kan beviljas under förutsättning att vissa åtaganden görs om detta krävs för att förhindra risken för konkurrenssnedvridningar. Ansökan om tillstånd ska i vart fall avslås om det finns en risk för konkurrenssnedvridningar trots de överenskomna åtagandena.

…

2. Väsentliga ändringar i aktieägarstrukturen i bolag som tilldelats rätt att förfoga över frekvenser i enlighet med det förfarande som föreskrivs i 55 §, kräver förhandstillstånd av regleringsmyndigheten. Stycke 1, tredje till sista meningen ska tillämpas.”

III – **Huvudförfarandet**

10. I målet vid den nationella domstolen har mobiloperatören T-Mobile Austria GmbH (nedan kallad T-Mobile) överklagat ett beslut av Telekom-Control-Kommission (den österrikiska regleringsmyndigheten, nedan kallad TKK). Genom detta beslut avslog TKK T-Mobiles begäran om att anses som part som berörs i förfarandet om tillstånd till överföring av rättigheter att använda frekvenser mellan två andra österrikiska mobiloperatörer.

11. Förevarande överföring av frekvenser sammanhänger med Hutchison 3G Austria Holdings GmbH:s samt Hutchison 3G Austria GmbH:s (som i ett senare skede ombildades till Hutchison Drei Austria Holdings GmbH, nedan tillsammans kallade ”Hutchison”) övertagande av kontrollen över Orange Austria Telecommunication GmbH (nedan kallat Orange).

12. Såsom framgår av begäran om förhandsavgörande minskade, med anledning av koncentrationen, antalet mobiloperatörer i Österrike, med rätt att använda frekvenser, till tre, nämligen A1 Telekom Austria AG (nedan kallad A1), T-Mobile och Hutchison.

13. Koncentrationen samt de transaktioner som utfördes inom ramen för denna var föremål för förfaranden vid Europeiska kommissionen samt vid de österrikiska myndigheterna.

A – *Förfarandet vid kommissionen*

14. Det framgår av handlingarna i målet att Hutchison och Orange den 7 maj 2012 till kommissionen anmälde en planerad koncentration i enlighet med artikel 4 i förordning (EG) nr 139/2004.[5]

15. Under förfarandet gav kommissionen uttryck för allvarliga tvivel om huruvida den planerade koncentrationen var förenlig med den inre marknaden. Med utgångspunkt i en marknadsstudie konstaterade kommissionen problem på det konkurrensrättsliga området till följd av att Orange uteslutits från marknaden. Kommissionen fann att denna marknad redan vid den tidpunkten kännetecknades av en hög grad av koncentration och att det i praktiken inte fanns någon möjlighet att inträda på den. Mot bakgrund av detta föreslog Hutchison ett antal åtaganden som bland annat innebar att en eventuell ny operatör skulle tilldelas frekvenser som Hutchison förfogade över efter koncentrationen och att virtuella operatörer på vissa villkor skulle ges tillträde i grossistledet till Hutchisons nät.

16. Kommissionen gav T-mobile möjlighet att delta i förfarandet för kontroll av koncentrationer i egenskap av berörd person.

17. Genom beslut av den 12 december 2012[6] fann kommissionen att koncentrationen var förenlig med den inre marknaden, under förutsättning att Hutchison till fullo uppfyllde överenskomna åtaganden.

5 — Rådets förordning (EEG) av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 24, s. 1).

6 — Kommissionens beslut om att förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion (Ärende COMP/M. 6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria) (sammandrag publicerat i EUT C 224, 2013, s. 12).

18. Av ovannämnda beslut framgår emellertid att kommissionen inte tagit ställning till två andra transaktioner som koncentrationen villkorades av och som för det första avsåg försäljning till A1, ett dotterbolag till Orange, samt för det andra överföring till A1 av vissa frekvenser som Orange förfogade över före koncentrationen. Kommissionen angav i sitt beslut att överföring av frekvenser bland annat kräver tillstånd från TKK.[7]

B – *Förfarande vid TKK*

19. Den 23 maj 2012 begärde Hutchison och Orange tillstånd till ändring av aktieägarstrukturen hos TKK till följd av koncentrationen enligt 56 § andra stycket TKG 2003. Den 9 juli ansökte de tillsammans med A1 om tillstånd till överföring av överenskomna frekvenser till A1 enligt 56 § stycke 1 TKG 2003.

20. T-Mobile inkom med synpunkter till TKK och ansökte om att de bolag som deltog i koncentrationen skulle åläggas skyldigheter i syfte att förhindra snedvridning av konkurrensen.

21. Dessutom begärde T-Mobile den 10 december 2012 att bli betraktad som part som berörs i förfarandet för tillstånd till ändring av aktieägarstrukturen i bolag hos TKK samt till överlåtelse av frekvenser.

22. Genom beslut av den 13 december 2012 beviljade TKK tillstånd till ändring i aktieägarstrukturen samt till överlåtelse av nyttjanderätter för frekvenser till A1. TKK avslog emellertid T-Mobiles begäran av den 10 december 2012 om att anses som part som berörs i det administrativa förfarandet.

23. TKK slog med avseende på T-Mobiles begäran fast att det i administrativa förfaranden för tillstånd till ändring av aktieägarstrukturen eller till överlåtelse av nyttjanderätter inte enligt vare sig nationell lagstiftning eller unionslagstiftningen krävs att konkurrenter till mobiloperatörer som ansökt om sådant tillstånd ska anses som part som berörs.

C – *Förfarandet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan*

24. T-Mobile överklagade TKK:s beslut av den 13 december 2012 till Verwaltungsgerichtshof.

25. T-Mobile har till stöd för sitt överklagande åberopat att den konkurrerar med deltagarna i förevarande transaktion samt själv förfogar över frekvenser på samma marknad. T-Mobile borde dessutom anses som företag som ”berörs” av TKK:s överklagade beslut i den mening som avses i artikel 4.1 i ramdirektivet. T-Mobile borde enligt nationell rätt även ha fått tillstånd att delta i det administrativa förfarande som föregick antagandet av ett sådant beslut.

26. Den hänskjutande domstolen har anfört att frågan huruvida T-Mobile kan anses som part som berörs i det administrativa förfarandet på grundval av 56 § stycke 2 TKG 2003 och artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet enligt österrikisk rättspraxis, beror på om det beslut som TKK meddelat i detta förfarande ”berör” T-Mobile i den mening som avses i artikel 4.1 i ramdirektivet. Enligt österrikisk rätt föreligger ett mycket nära samband mellan rätten att delta som part i ett administrativt förfarande och rätten, enligt artikel 4.1 i ramdirektivet, att överklaga beslutet.

27. Enligt den hänskjutande domstolen ger inte domen i målet Tele2 Telecommunication[8] ett klart svar på denna fråga.

7 — Ibidem, punkterna 7–11.

8 — Dom Tele2 Telecommunication, C-426/05, EU:C:2008:103.

28. Den hänskjutande domstolen anser, liksom TKK, att det beslut som meddelats i förfarandet om begäran om tillstånd till ändring i aktieägarstrukturen samt till överlåtelse av frekvenser, inte medför direkta rättigheter för tredje man. Tredje mans rättsliga ställning förblir densamma i den mån denne även i fortsättningen kan förfoga över de frekvenser som den allokerats.

29. Den hänskjutande domstolen har vidare påpekat att mot bakgrund av den ståndpunkt som T-Mobile intagit påverkar koncentrationen mellan Orange och Hutchison dess ställning, eftersom den bland annat medför en ändring av andelen frekvensband som allokerats enskilda mobiloperatörer som utövar verksamhet på marknaden. Beslutet om överlåtelse av frekvenser har också en sådan inverkan, eftersom det syftar till att mildra koncentrationens negativa effekter på konkurrensen.

30. Det är mot denna bakgrund som Verwaltungsgerichtshof har beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska artiklarna 4 och 9b i [ramdirektivet] och artikel 5.6 i [auktorisationsdirektivet] tolkas så, att ett konkurrerande företag kan anses berört, i den mening som avses i artikel 4.1 i ramdirektivet, i ett nationellt förfarande enligt artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet?”

IV – **Förfarandet vid domstolen**

31. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 24 maj 2013.

32. Genom beslut av den 30 september 2013 avslog domstolens ordförande den hänskjutande domstolens ansökan om skyndsam handläggning av målet enligt artikel 23a i domstolens stadga och artikel 105 i domstolens rättegångsregler.

33. Skriftliga yttranden har avgetts av Mobile, Hutchison, A1, den österrikiska regeringen samt kommissionen. T-Mobile och TKK, som inte har deltagit i den skriftliga delen av förfarandet, har gjort en begäran om muntlig förhandling.

34. T-Mobile, TKK, Hutchison, A1 samt kommissionen deltog under förhandlingen den 15 maj 2014.

V – **Rättslig bedömning**

A – *Inledande anmärkningar*

35. Det ska inledningsvis påpekas att tvisten i målet vid den nationella domstolen inte direkt avser rätten att överklaga ett beslut av en regleringsmyndighet, i den mening som avses i artikel 4.1 i ramdirektivet. T-Mobile har i huvudförfarandet inte överklagat själva beslutet om överlåtelse av frekvenser i sak, utan beslutet att avslå dess begäran om att anses som berörd part i förfarandet vid regleringsmyndigheten.

36. Av österrikisk rättspraxis, enligt vilken rätten att delta som part i ett administrativt förfarande beror på huruvida en person mot bakgrund av artikel 4.1 i ramdirektivet har rätt att överklaga det slutliga beslutet, framgår att tolkningsfrågan är relevant för att avgöra det nationella målet. Den hänskjutande domstolen har anfört att en person som ”berörs” av regleringsmyndighetens beslut i den mening som avses i artikel 4.1 i ramdirektivet även har rätt att delta som part i förfarandet i den mening som avses i 8 § AVG, eftersom rätten att överklaga ett beslut tillkommer parterna.

37. För att kunna besvara den hänskjutande domstolens fråga krävs också en tolkning av artikel 4.1 i ramdirektivet liksom av artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet.

38. Innan ovannämnda bestämmelser undersöks ska de antaganden som ligger till grund för bestämmelsen i artikel 4.1 i ramdirektivet diskuteras.

B – *Artikel 4.1 i ramdirektivet och den nationella förfaranderättens autonomi*

39. Den hänskjutande domstolen har i sitt beslut inte enbart åberopat artikel 4.1 i ramdirektivet, utan även nationella bestämmelser och nationell rättspraxis avseende talerätt i förfaranden vid administrativa domstolar.

40. Det ska prövas huruvida ovannämnda lagstiftning och rättspraxis är relevant vid fastställandet av vem som har rätt att väcka talan på ett område som regleras av unionens lagstiftning om elektronisk kommunikation.

41. Det ska erinras om att det, i avsaknad av lämpliga unionsrättsliga bestämmelser, i varje medlemsstats interna rättsordning ska upprättas ett system med talemöjligheter och förfaranden som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten. Dessa åtgärder föreskrivs i den nationella rätten autonomt med förbehåll för skyldigheten att iaktta effektivitets- och likvärdighetsprinciperna. [9]

42. Enligt min mening borde principen om processuell autonomi emellertid inte enbart omfatta möjligheten att inleda ett förfarande för att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter som följer av unionsrätten. Principen om processuell autonomi kan först göras gällande vid fastställandet av detaljerade bestämmelser och förfaranden för tillvaratagande av rättigheter som följer av unionsrätten. Härvid fastställs emellertid inte vem som har rätt att väcka talan på ett område som regleras av unionsrätten. Detta gäller i än högre grad då unionsrätten, såsom i förevarande fall, innehåller särskilda bestämmelser om förekomsten av rättsmedel.

43. Detta har unionslagstiftaren enligt min mening återspeglat i artikel 4.1 i ramdirektivet.

44. Enligt artikel 4.1 i ramdirektivet har företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät och/eller kommunikationstjänster, eller varje användare som ”berörs” av beslutet, rätt att överklaga ett beslut av en regleringsmyndighet.

45. Mot bakgrund av EU-domstolens praxis är begreppet aktör ”som berörs” av ett beslut, i den mening som avses i artikel 4 i ramdirektivet, ett självständigt unionsrättsligt begrepp vars betydelse ska bedömas med utgångspunkt från vilket syfte som eftersträvas med bestämmelsen. [10] Mot bakgrund av nämnda rättspraxis utgör bestämmelsen ett uttryck för principen om ett effektivt domstolsskydd enligt vilken det åligger medlemsstaternas domstolar att säkerställa rättigheter som följer av unionsrätten. [11]

46. Enligt min mening är syftet med denna bestämmelse inte enbart att återspegla principen om ett effektivt domstolsskydd som har kodifierats i en överordnad rättsregel, nu i artikel 19.1 andra stycket FEUF och artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

47. Syftet med artikel 4.1 i ramdirektivet är att fastställa en enhetlig rätt att väcka talan för privata aktörer i fråga om elektronisk kommunikation.

9 — Se domar: Rewe-Zentralfinanz och Rewe-Zentral, 33/76, EU:C:1976:188, punkt 5, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./Parlamentet och rådet, C-583/11 P, EU:C:2013:625, punkt 102.

10 — Dom Tele2 Telecommunication, EU:C:2008:103, punkt 27.

11 — Ibidem, punkt 30.

48. Bestämmelsen avser att förhindra att en aktör som befinner sig i samma situation skulle ha rätt att överklaga ett beslut som fattats av regleringsmyndigheten för att tillvarata de rättigheter som en aktör åtnjuter i en medlemsstat, men inte skulle ha någon talerätt i en annan medlemsstat. Sådana skillnader var gäller rätten till rättsmedel skulle leda till att de enskildas rättigheter som följer av unionsrätten på området för elektronisk kommunikation tolkades på olika sätt i olika medlemsstater. Sådana skillnader skulle även kunna föranleda att förekomsten av denna typ av rättigheter ifrågasätts i vissa medlemsstater.

49. I samband med tolkningen av ovannämnda bestämmelse ska hänsyn bland annat tas till de antaganden som gjorts i föregående punkt.

50. Tolkningen av artikel 4.1 i ramdirektivet bör vara så pass detaljerad att väsentliga skillnader i fråga om talerätten i de olika medlemsstaterna kan undvikas, eftersom sådana skillnader, såsom anförts ovan i punkt 48, skulle hindra en enhetlig tillämpning av unionsrätten på området för elektronisk kommunikation. En enhetlig tillämpning av dessa bestämmelser skulle inte vara möjlig om frågan om talerätt avgjordes enligt nationell rätt.

C – *Tolkning av artikel 4.1 i ramdirektivet*

1. Domen Tele2 Telecommunication

51. Domstolen har redan tagit ställning till tolkningen av artikel 4.1 i ramdirektivet i målet Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103).

52. Domstolen fann i nämnda mål, med godtagande av generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande, att rätten att överklaga ett beslut som fattas av regleringsmyndigheten tillkommer användare eller företag som beslutet inte riktar sig till men vars ”rättigheter påverkas negativt” av beslutet. En sådan tolkning omfattar sådana situationer där användare eller konkurrerande företag har subjektiva rättigheter enligt unionsrätten, framför allt enligt telekommunikationsdirektiv, och deras rättigheter kan anses påverkas av ett beslut som fattats av en nationell regleringsmyndighet. [12]

53. Vad gäller det administrativa förfarande som ligger till grund för målet Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103), ett förfarande för marknadsanalys som föreskrivs i artikel 16 i ramdirektivet, anförde domstolen att detta kan leda till att det företag som förfogar över ett betydande marknadsinflytande påförs regleringsskyldigheter. Sådana skyldigheter, och framför allt skyldigheten att inte diskriminera och skyldigheten att ge konkurrenter tillträde till nätfaciliteter, utgör skyddsåtgärder till förmån för konkurrenter. De kan dessutom medföra rättigheter för konkurrenter motsvarande de skyldigheter som ålagts företag med betydande inflytande på den relevanta marknaden. [13]

54. Domstolen grundade således sitt avgörande på konstaterandet, att de skyldigheter som genom regleringsmyndighetens beslut har ålagts operatörer med betydande inflytande på den relevanta marknaden kan medföra rättigheter för tredje man som kan påverkas av ett sådant beslut.

55. I domen i målet Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244) grundade domstolen sitt avgörande på en liknande tolkning av artikel 5a.3 i direktiv 90/387/EEG, [14] som innehöll en liknande bestämmelse som den i artikel 4.1 i ramdirektivet.

12 — Ibidem, punkterna 33 och 48.

13 — Ibidem, punkterna 34, 36 och 39.

14 — Rådets direktiv 90/387/EEG om upprättandet av den inre marknaden för teletjänster genom att tillhandahålla öppna nät (EGT L 192, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 9, s. 212), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/51/EG av den 6 oktober 1997 (EGT L 295, s. 23).

56. I det målet fann domstolen att rätten att överklaga ett beslut om godkännande av avgifter för tillträde till accessnät inte enbart tillkommer nätoperatören utan även företag som är berättigade till tillträde till nätet, som har ingått relevant avtal med nätoperatören. Domstolen beaktade härvid den omständigheten att beslutet påverkar sökandens rättigheter som var part i avtalet. Domstolen påpekade emellertid att det inte krävs ett avtalsförhållande för att en rätt att väcka talan ska föreligga. [15]

2. Svårigheter i samband med en tillämpning av rättspraxis i målet Tele2 Telecommunication

57. Såsom redan anförts ovan följer det av domen i målet Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103) att rätten att överklaga ett beslut av en regleringsmyndighet tillkommer företag vars rättigheter enligt unionsrätten kan påverkas av beslutet.

58. Enligt min mening kan en enhetlig tolkning av artikel 4.1 i ramdirektivet inte säkerställas mot bakgrund av en sådan konstruktion, som utan tvekan är korrekt, [16] eftersom det inte har fastställts några tillräckligt specifika kriterier.

59. Att domen i målet Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103) inte undanröjt de tvivel som förekommer i samband med fastställandet av talerätt bekräftas av omständigheterna i förevarande mål och den numera tredje tolkningsfrågan på området för elektronisk kommunikation.

60. För det första utesluter inte den domen en tolkning av artikel 4.1 i ramdirektivet enligt vilken det som villkor för talerätt kan krävas att sökanden ska visa att en sådan rättighet tillkommer vederbörande enligt unionsrätten.

61. Såsom framgår av den österrikiska regeringens skriftliga yttrande är villkoret att sökanden ”berörs” av beslutet enligt österrikisk rättspraxis enbart uppfyllt om myndigheten har tagit ställning eller har skyldighet att ta ställning till frågan om sökandens rättigheter. [17] I förevarande mål har TKK samt den österrikiska regeringen åberopat denna rättspraxis och anfört att det i artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet inte fastställs några rättigheter för enskilda, utan enbart anges att medlemsstaterna får vidta ”lämpliga åtgärder” för att förhindra en snedvridning av konkurrensen.

62. En sådan – enligt min mening felaktig – tolkning av domen Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103) leder till att skillnaden mellan rätten att inleda ett förfarande och föremålet för förfarandet försvinner. Villkoret för att inleda ett förfarande kan inte göras beroende av förfarandets utgång, det vill säga när den överklagande partens rättigheter har fastställts.

63. Dessutom ska den omständigheten beaktas, att begreppet enskildas rättigheter, beroende på det sammanhang i vilket det förekommer, kan uppfattas på olika sätt i olika rättssystem.

64. Domarna Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103) och Arcor (EU:C:2008:244) ger emellertid inte svar på frågan huruvida kriteriet talerätt, enligt vilket det förutsätts att beslutet ”påverkar” sökandens ”rättigheter negativt”, hänför sig till

— sökandens rättigheter i förhållande till myndigheten,

— dess rättigheter som motsvarar regleringsskyldigheter som ålagts en annan privat aktör, eller

15 — Dom Arcor, EU:C:2008:244, punkterna 175–177.

16 — Detta följer av uppfattningen att principen om ett effektivt domstolsskydd innebär att medlemsstaterna måste säkerställa skyddet för enskildas rättigheter som följer av unionsrätten, se till exempel dom Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punkterna 37 och 38.

17 — Dom från Verwaltungsgericht i Österrike av den 26 mars 2008, VwSlg 17.406 A/2008.

— till en annan typ av rättigheter, till exempel sådana som följer enligt privaträttsliga avtal.

65. I målet Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103) grundade till exempel domstolen sitt avgörande bland annat på antagandet att det överklagade beslutet påverkat konkurrenternas rättigheter som motsvarar skyldigheter som ålagts företag som förfogar över ett betydande inflytande på den relevanta marknaden. [18] I målet Arcor (EU:C:2008:244) fastställde domstolen däremot att regleringsmyndighetens beslut påverkar de rättigheter som tillkommer sökanden, i dennes egenskap av part i ett avtal om tillträde till accessnätet som ingåtts med en anmäld operatör. [19] Ingen av ovannämnda domar hänför sig till sökandens offentliga rättigheter.

66. I förevarande fall har Hutchison, A1och även den österrikiska regeringen med avseende på den tolkning som gjordes i domen Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103), anfört att beslutet att bevilja eller avslå tillstånd att överföra frekvenser inte medför några skyldigheter som skulle kunna medföra rättigheter för tredje man i förhållande till parterna i förevarande transaktion. Detta framgår enligt deras uppfattning av karaktären på förfarandet för överlåtelse av frekvenser som inte syftar till att medföra regleringsskyldigheter för tredje man utan till att säkerställa en effektiv konkurrens i allmän bemärkelse.

67. Den hänskjutande domstolen har med hänvisning till domen Arcor (EU:C:2008:244) anfört att regleringsmyndighetens beslut om överlåtelse av frekvenser påverkar de rättigheter som tillkommer parterna i transaktionen samt andra möjliga förvärvare av frekvenser. Hutchison har i sin tur anfört att T-Mobile inte har tillkännagett sin avsikt att förvärva frekvenser och således inte är en möjlig förvärvare.

68. Mot bakgrund av ovannämnda oklarheter finns ett behov av att precisera kriterierna för talerätt enligt artikel 4.1 i ramdirektivet.

3. Förslag till tolkning av artikel 4.1 i ramdirektivet

69. Jag anser att villkoret, att beslutet ska ”beröra” en aktör, mot bakgrund av artikel 4.1 i ramdirektivet ska tolkas så, att förvaltningsbeslutet ska påverka dem som omfattas av rättsskyddet för aktörers intressen. [20]

70. För att tillerkänna talerätt krävs inte att sökanden visar att enskildas konkreta rättigheter berörs.

71. Vid en närmare granskning av domen i målet Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103) framgår att domstolen inte tolkat artikel 4.1 i ramdirektivet på så sätt att det för att villkoret att ”beslutet” ska beröra en enskild ska anses vara uppfyllt krävs att rättigheten faktiskt påverkas. I detta mål hade beslutets negativa påverkan på rättigheter som ”möjligen tillkommer” sökanden [21] överklagats.

72. Dessutom anser jag att den bestämmelse som ska tolkas inte enbart syftar till att säkerställa skyddet för rättigheter i förhållande till andra privata aktörer, såsom har föreslagits i ovannämnda skriftliga yttranden som framförts av parterna i målet, utan även till att säkerställa skyddet för offentliga rättigheter, som uppfattas som en möjlighet att kräva att en regleringsmyndighet agerar lagenligt. [22]

18 — Dom Tele2 Telecommunication, EU:C:2008:103, punkt 36.

19 — Dom Arcor, EU:C:2008:244, punkt 177.

20 — På liknande sätt är inte talerätten för privata aktörer på grundval av artikel 263 fjärde stycket FEUF kopplad till att det visas att enskildas rättigheter påverkas, utan mot bakgrund av en av de situationer som beskrivs i denna bestämmelse, till att rättsakten direkt och personligen berör sökandens rättsliga situation.

21 — Se dom Tele2 Telecommunication, EU:C:2008:103, punkt 36.

22 — Se, med avseende på olika begrepp vad avser offentliga rättigheter, A. Wróbel, Prawo podmiotowe publiczne, w: System prawa administracyjnego, volym 1 – Instytucje prawa administracyjnego, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa, C.H. Beck 2010, s. 307–344.

73. Det råder ingen tvekan om att varje beslut avser de intressen som en aktör som ett beslut är riktat till har. Besvarandet av frågan huruvida detta villkor har uppfyllts i förhållande till tredje man, till vilka beslutet inte är riktat, kräver emellertid ytterligare granskning.

74. Det ska erinras om att bestämmelsen i artikel 4.1 i ramdirektivet avser två kategorier av aktörer: användare och företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät och/eller kommunikationstjänster. Den andra kategorin kan dessutom anses omfatta den kategori företag som konkurrerar med det företag till vilket beslutet är riktat på marknaden för elektroniska kommunikationstjänster.

75. Den sistnämnda kategorin är särskilt relevant i samband med reglering av elektronisk kommunikation. Denna reglering syftar till att främja konkurrens vid tillhandahållandet av nät och tjänster.

76. Medlemsstaterna ska framför allt enligt artikel 8.2 b i ramdirektivet säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna vidtar alla rimliga åtgärder för att främja konkurrens vid tillhandahållandet av elektroniska kommunikationstjänster och säkerställa att det inte uppstår någon snedvridning eller begränsning av konkurrensen inom sektorn för elektronisk kommunikation samt avlägsna kvarvarande hinder för tillhandahållande av sådana tjänster på det europeiska planet. [23]

77. Lagstiftningen på området för elektronisk kommunikation grundar sig på en förhandsreglering av marknaden och innehåller även bestämmelser som föreskriver att tillstånd måste beviljas av ett regleringsorgan för sådan verksamhet eller transaktioner som skulle kunna medföra att situationen på de relevanta marknaderna förändras på ett avgörande sätt eller leda till en snedvridning av konkurrensen.

78. Lagstiftingen på området för elektronisk kommunikation syftar i detta avseende inte enbart till att skydda marknadens konkurrensstruktur som sådan, utan är även avsedd att säkerställa rättigheter för konkurrerande företag.

79. Syftet med föreskrifterna i konkurrensrätten är inte enbart och i första hand att skydda konkurrenternas intressen, utan att skydda marknadens struktur och därmed konkurrensen som sådan. [24] Likväl kan allmänintresset att främja konkurrensen överlappa konkurrerande företags enskilda intresse att få skydd mot verksamheter som påverkar deras inflytande på marknaden.

80. Det beslut som regleringsmyndigheten fattat i förfarandet för att skydda konkurrensen påverkar utan tvekan företagets enskilda intressen, vars inflytande på marknaden skulle kunna förändras på ett avgörande sätt till följd av den verksamhet som är föremål för beslutet.

81. Detta intresse föreligger inte enbart i faktiskt hänseende, utan med hänsyn till ovannämnda regleringsmål, även i rättsligt hänseende. De konkurrerande företagens situation har beaktats i de unionsrättsliga föreskrifterna enligt vilka regleringsmyndigheten ska vidta åtgärder för att hindra en sådan väsentlig förändring av de konkurrerande företagens inflytande på marknaden, vilken skulle kunna medföra en snedvridning eller begränsning av konkurrensen.

82. I förhållande till företag som konkurrerar med det företag till vilket beslutet riktar sig, är villkoret att beslutet ska ”beröra” företaget mot bakgrund av artikel 4.1 i ramdirektivet enligt min mening uppfyllt, eftersom regleringsmyndigheten har fattat beslut inom ramen för det förfarande som föreskrivs i den unionsrättsliga bestämmelsen och som är avsett att skydda konkurrensen, och beslutet avser verksamhet eller transaktioner som väsentligt påverkar sökandens inflytande på marknaden.

23 — Se domarna Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, punkt 81, och kommissionen/Polen, C-227/07, EU:C:2008:620, punkterna 62 och 63.

24 — Se generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet British Airways/kommissionen, C-95/04 P, EU:C:2006:133, punkt 68, dom GlaxoSmithKline Services/kommissionen m.fl., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 63.

83. Såsom kommissionen anfört i sitt skriftliga yttrande har talerätten för företag som konkurrerar med det företag till vilket beslutet är riktat på motsvarande sätt stadsfästs i unionslagstiftningen med avseende på tolkningen i artikel 263 fjärde stycket FEUF.

84. Beträffande kontrollen av statligt stöd har enbart de företag som konkurrerar med stödmottagaren, med avseende på vilka stödet väsentligt påverkar inflytandet på marknaden, rätt att överklaga ett beslut av kommissionen avseende prövning av stödet i sak, eller att överklaga ett beslut som fattats i ett formellt förfarande. [25]

85. På motsvarande sätt kan kommissionens beslut om kontroll av koncentrationer överklagas av det företag som trots den omständigheten, att det inte är en av parterna i koncentrationen eller mottagare av det överklagade beslutet, bland annat visar att det i vart fall är en möjlig konkurrent eller att transaktionen väsentligt kan påverka dess inflytande på den relevanta marknaden. [26]

86. I ovannämnda fall, avseende Europeiska unionens processrätt, förutsätter talerätten inte heller att enskildas rättigheter påverkas. Huruvida enskildas rättigheter påverkas avgörs först av det organ som har att pröva målet i sak.

87. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag att artikel 4.1 i ramdirektivet ska tolkas så, att rätten att överklaga ett beslut av en regleringsmyndighet tillkommer det företag som konkurrerar eller kan komma att konkurrera med det företag till vilket beslutet är riktat när regleringsmyndigheten fattar beslut inom ramen för det förfarande som föreskrivs i unionsrätten och som avser att skydda konkurrensen och beslutet avser verksamheter eller transaktioner som på ett avgörande sätt kan påverka sökandens inflytande på marknaden.

4. Tillämpning av tolkningen på artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet

88. Det ska i det följande prövas huruvida ovannämnda tolkning är tillämplig på regleringsmyndighetens beslut avseende överlåtande av nyttjanderätten enligt artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet.

89. Frekvenser utgör en knapp (begränsad) resurs som inte kan tillgodose alla operatörers eventuella behov, men är oundgängliga för olika typer av ekonomisk kommunikationsverksamhet, framför allt för att tillhandahålla tjänster med hjälp av ett eget mobiltelefonnät.

90. En alltför stor koncentration av frekvenser hos ett företag kan leda till snedvriden konkurrens inom ramen för den ekonomiska verksamhet inom vilken förfogandet över frekvenser är oundgängligt. Tillståndet att utnyttja egendom som tillhör det allmänna och som utgör en knapp resurs ger de ekonomiska aktörer som beviljats tillstånd fördelar i förhållande till andra aktörer som också önskar använda och exploatera denna resurs. [27]

91. Detta antagande har beaktats i flera bestämmelser i ramdirektivet och auktorisationsdirektivet.

25 — Se domar: COFAZ/kommissionen, 169/84, EU:C:1986:42, punkterna 22–25, dom kommissionen/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, EU:C:2005:761, punkterna 37 och 70.

26 — Se domar: Air France/kommissionen, T-3/93, EU:T:1994:36, punkt 82, Kaysersberg/kommissionen, T-290/94, EU:T:1997:186; ARD/kommissionen, T-158/00, EU:T:2003:246, punkterna 78 och 95, och BaByliss/kommissionen, T-114/02, EU:T:2003:100, punkterna 96–100.

27 — Se, med avseende på motiveringen vad gäller avgifter för nyttjanderätter, dom Belgacom m.fl., C-375/11, EU:C:2013:185, punkt 50, och där angiven rättspraxis.

92. Enligt artikel 9.1 i ramdirektivet krävs att utfärdande av tillstånd för nyttjande av frekvenser är baserat på objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella kriterier. I artikel 9b.2 i nämnda direktiv fastställs skyldigheten att informera regleringsmyndigheter om avsikten att överföra rättigheter att använda frekvenser och även offentliggöra denna avsikt.

93. Enligt artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet ska nationella regleringsmyndigheter säkerställa att konkurrensen inte snedvrids av någon överlåtelse eller av ackumulering av nyttjanderätter till radiofrekvenser. För detta ändamål får medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder, som till exempel att minska, återkalla eller tvinga fram en försäljning av en nyttjanderätt för frekvenser.

94. Trots att det i sista meningen i den aktuella bestämmelsen anges att medlemsstaterna ”får” vidta lämpliga åtgärder, framgår det av föregående mening klart att medlemsstaterna, om de tillåter överlåtelse av nyttjanderätter för frekvenser mellan operatörer, ändå har en skyldighet att införa ett lämpligt regelverk i syfte att reglera sådana transaktioner för att förhindra en snedvridning av konkurrensen. [28]

95. Jag instämmer i den uppfattning som T-Mobile framfört i sitt skriftliga yttrande, att det här kan dras en analogi mellan den ursprungliga tilldelningen av frekvenser och överföringen av rättigheter i ett senare skede.

96. Det råder inget tvivel om att medlemsstaterna vid den ursprungliga tilldelningen av frekvenser framför allt bör iaktta behovet av att säkerställa marknadens konkurrensstruktur. Detta mål skulle äventyras om konkurrensstrukturen skulle kunna påverkas av en överföring av rättigheter mellan konkurrerande företag i ett senare skede.

97. Mot bakgrund av dessa överväganden är syftet med kontrollen av överlåtelse av frekvenser i artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet, och således med det förfarandet vid TKK som är föremål för huvudförfarandet, framför allt att säkerställa skyddet för marknadens konkurrensstruktur.

98. Mot bakgrund av mitt ovannämnda förslag till tolkning av artikel 4.1 i ramdirektivet bör konkurrenter ha rätt att överklaga det beslut som meddelats inom ramen för ett sådant förfarande, i den mån transaktionen på ett avgörande sätt kan påverka deras inflytande på marknaden.

99. Det ankommer på den hänskjutande domstolen, som har att tillämpa den unionsrättsliga bestämmelse som ska tolkas på de faktiska omständigheterna i varje enskilt fall, att avgöra vilken inverkan transaktionen mellan Hutchison och A1 har på T-Mobiles inflytande på marknaden.

100. Av den hänskjutande domstolens beslut framgår att sökanden i huvudförfarandet direkt konkurrerar med parterna i transaktionen avseende överföring av frekvenser. Dessutom utövar konkurrenterna verksamhet på oligopolistiska marknader vilka bland annat kännetecknas av svårigheter att inträda på den.

101. Dessa omständigheter visar klart att transaktionen på ett avgörande sätt påverkar det konkurrerande företagets inflytande på marknaden. [29]

102. Såsom framgår av kommissionens skriftliga yttranden har ovannämnda omständigheter beaktats vid fastställandet av att T-Mobile ska betraktas som berörd part i förfarandet för kontroll av koncentrationen vid kommissionen avseende fusionen mellan Hutchison och Orange.

28 — Se P. Nihoul, P. Rodford, EU Electronic Communications Law, Oxford 2011, s. 101 och 116.

29 — Se, för ett liknande resonemang, dom BaByliss/kommissionen, EU:T:2003:100, punkt 100.

103. Såsom kommissionen påpekat kan målen med det förfarande som föreskrivs i artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet dessutom jämföras med målen med kontroll av koncentrationer, med undantag dock för att de är begränsade till överföring av frekvenser med anledning av fusioner. Kravet på förhandstillstånd från regleringsmyndigheten har till syfte att hindra att en överföring av nyttjanderätter för frekvenser skulle leda till en koncentration av sådana rättigheter eller till att företagets inflytande på marknaden stärks så att konkurrensen snedvrids.

104. Mot bakgrund av dessa överväganden ska artikel 4.1 i ramdirektivet tolkas så, att rätten att överklaga ett sådant beslut om tillstånd till överlåtelse av nyttjanderätter för frekvenser som en regleringsmyndighet fattar enligt artikel 5.6 auktorisationsdirektivet, tillkommer varje företag som konkurrerar med de företag som deltar i en sådan transaktion, för det fall att transaktionen på ett avgörande sätt kan påverka det överklagande företagets inflytande på marknaden.

VI – **Förslag till avgörande**

105. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som ställts av Verwaltungsgerichtshof (Österrike) på följande sätt:

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), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009, ska tolkas så, att rätten att överklaga ett sådant beslut om tillstånd till överlåtelse av nyttjanderätter för frekvenser som en regleringsmyndighet fattar enligt artikel 5.6 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009, tillkommer varje företag som konkurrerar med de företag som deltar i en sådan transaktion, för det fall att transaktionen på ett avgörande sätt kan påverka det överklagande företagets inflytande på marknaden.