



Datum van
inontvangstneming

:

25/06/2013

Zaak C-282/13

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

Datum van indiening:

24 mei 2013

Verwijzende rechter:

Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

24 april 2013

Verzoekende partij:

T-Mobile Austria GmbH

Verwerende partij:

Telekom-Control-Kommission

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep tegen een beslissing van de Telekom-Control-Kommission in het kader van de overname van de exploitant van een mobiel netwerk

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vraag

Moeten de artikelen 4 en 9 ter van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33), juncto artikel 5, lid 6, van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende

de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn) (PB L 108, blz. 21) aldus worden uitgelegd dat op grond daarvan een concurrent in een in artikel 5, lid 6, van de machtigingsrichtlijn bedoelde nationale procedure de hoedanigheid van getroffen onderneming in de zin van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn heeft?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en diensten (kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB L 337, blz. 37), in het bijzonder de artikelen 4 en 9 ter

Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB L 337, blz. 37), in het bijzonder artikel 5, lid 6

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Telekommunikationsgesetz (BGBl I nr. 70/2003) (Telecommunicatiewet; hierna: „TKG 2003”), in het bijzonder de §§ 55 en 56

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 De beroepsprocedure houdt verband met de overname van Orange Austria Telecommunication GmbH (hierna: „Orange”), een exploitant van een mobiel netwerk, door Hutchison 3G Austria GmbH (hierna: „Hutchison”), waarbij ook A1 Telekom Austria AG (hierna: „A1”) is betrokken. De drie ondernemingen bieden – net als verzoekster – een openbaar communicatienetwerk en communicatiediensten aan. Orange en Hutchison hebben de nationale regelgevende instantie overeenkomstig § 56, lid 2, TKG 2003 verzocht om hun fusie te machtigen. Daarnaast hebben zij samen met A1 overeenkomstig § 56, lid 1, TKG 2003 verzocht om machtiging van de overdracht van bepaalde frequenties.
- 2 In de volgende tabel wordt de frequentietoewijzing aan de ondernemingen in de mobiele sector weergegeven 1) vóór de fusie, 2) na de fusie maar vóór de daarmee samenhangende overdracht van bepaalde frequentiespectra en 3) na de fusie en overdracht:

„1.)	Voor fusie	900 MHz	1800 MHz	2.1 GHz	2.1 GHz	2.6 GHz	2,6 GHz	Totaal MHz
		900 MHz	1800 MHz	FDD	TDD	FDD	TDD	
	A1	34	30	29,6	10	40	25	168,6
	T-Mobile	25,6	50,8	30	10	40		156,4
	Hutchison			29,6	5	40	25	99,6
	Orange	8	58	29,6		20		115,6
2.)	Na fusie Orange/Hutchison							
	A1	34	30	29,6	10	40	25	168,6
	T-Mobile	25,6	50,8	30	10	40		156,4
	Hutchison	8	58	59,2	5	60	25	215,2
3)	Na overdracht							
	A1	40,4	30	39,6	10	50	25	195
	T-Mobile	25,6	50,8	30	10	40		156,4
	Hutchison		58	49,2	5	30	25	167,2
	Divestment Spektrum	1,6				20		21,6 ^{cc}

- 3 Verzoekster heeft in de machtigingsprocedure bezwaren geuit tegen de fusie en verzocht dat voorwaarden zouden worden opgelegd om verstoring van de mededinging te voorkomen. Verweerster heeft de gevraagde machtigingen uiteindelijk onder voorwaarden verleend.
- 4 Voorts heeft zij verzoeksters verzoek om haar de hoedanigheid van partij in de machtigingsprocedure toe te kennen afgewezen, evenals haar verdere verzoeken om formeel in deze procedure te worden gehoord en om officiële betekening van alle stukken waarop de beslissing is gebaseerd, in het bijzonder de memories van de aanvragers, verslagen en processen-verbaal van zitting, en de eindbeslissing, met mededeling van de mogelijkheid om beroep in te stellen. Volgens verweerster hebben concurrenten niet het recht deel te nemen aan een administratieve procedure op grond van § 56 TKG 2003, respectievelijk artikel 5, lid 6, van de machtigingsrichtlijn. Het arrest van het Hof van 21 februari 2008, Tele2 Telecommunication (C-426/05, Jurispr. blz. I-685), leidt niet tot een andere conclusie voor de onderhavige zaak.
- 5 Verzoekster heeft tegen deze beslissing beroep ingesteld bij het Verwaltungsgerichtshof.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 6 Verzoekster stelt dat in een procedure tot machtiging van de wijziging van de eigendomsstructuur van ondernemingen, respectievelijk de overdracht van gebruiksrechten voor door de regelgevende instantie toegewezen frequenties ook een concurrent die zelf over gebruiksrechten voor frequenties beschikt, moet

worden beschouwd als „getroffen” in de zin van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn. Wijzigingen in eigendomsstructuur mogen volgens haar niet leiden tot structureel gewijzigde mededingingsvoorwaarden op grond van de respectieve frequentietoewijzing aan de ondernemingen. Om verstoring van de mededinging te voorkomen, moet de regelgevende instantie in haar machtigingsbeslissing – door middel van verplichtingen of voorwaarden – rekening houden met een manifest ongelijke frequentieverdeling. Artikel 5, lid 6, van de machtigingsrichtlijn vermeldt in dit verband uitdrukkelijk de gedwongen verkoop of verhuur¹ van radiofrequenties. De beslissing van de overheid in een procedure op grond van § 56, lid 2, TKG 2003 (artikel 5, lid 6, van de machtigingsrichtlijn) kan dus een dergelijke verplichting voor ondernemingen bevatten, waaruit concurrerende ondernemingen rechten kunnen putten.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 7 Aan verzoekster moet de hoedanigheid van partij worden toegekend indien zij kan worden beschouwd als „getroffen” in de zin van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn, omdat zonder voorafgaandelijke toekenning van die hoedanigheid afbreuk zou worden gedaan aan de doeltreffendheid van het „recht van beroep” dat zij als getroffen onderneming heeft.
- 8 Verzoekster baseert zich voornamelijk op het arrest Tele2 Telecommunication, op grond waarvan „getroffen” in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2002/21 niet enkel betrekking kan hebben op de onderneming die het voorwerp uitmaakt van een in een procedure op grond van die richtlijn gegeven beslissing van een nationale regelgevende instantie die tot haar is gericht, maar ook op de gebruikers en de concurrenten van deze onderneming die zelf geen adressaat van deze beslissing zijn, maar hierdoor in hun rechten worden aangetast (zie dictum van het arrest en punten 33, 34, 38 en 39).
- 9 Verweerster stelt terecht dat in de onderhavige zaak, anders dan in het geding dat heeft geleid tot dat arrest, uit aan de onderneming met een marktpositie opgelegde of op te leggen specifieke verplichtingen niet direct overeenstemmende rechten voor concurrenten voortvloeien waardoor zij „getroffen” ondernemingen in de zin van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn worden. Een procedure tot machtiging van de wijziging van een eigendomsstructuur doet niet rechtstreeks rechten voor een derde onderneming ontstaan; de rechtspositie van die onderneming blijft ongewijzigd in zoverre dat zij de haar toegewezen frequenties op dezelfde manier als voorheen kan gebruiken.
- 10 In de onderhavige zaak is evenwel in de betrokken procedure als begeleidende maatregel om verstoring van de mededinging te voorkomen opgelegd dat een van de twee fusionerende ondernemingen rechten voor frequentiegebruik aan een

¹ NvdV.: In de Nederlandse versie van de machtigingsrichtlijn is sprake van „een vermindering, intrekking of gedwongen verkoop” en niet van verhuur.

andere exploitant – A1 – overdraagt. Een dergelijke verplichting heeft zonder twijfel invloed op de rechten van de onderneming die houder is van rechten voor frequentiegebruik en deze nu overdraagt, evenals op de rechten van verkrijgers (kopers of huurders van rechten voor frequentiegebruik). In dat verband komt minstens elke onderneming die al over rechten voor frequentiegebruik beschikt in aanmerking als potentiële verkrijger; in casu waren dat A1, aan wie de rechten voor frequentiegebruik daadwerkelijk zijn overgedragen, en verzoekster. Beide aanbieders (A1 en verzoekster) worden ook door de fusie tussen Hutchison en Orange „getroffen” in die zin dat daardoor, maar ook door de (gedeeltelijke) afgave van rechten voor frequentiegebruik om de mededingingsbeperkende gevolgen daarvan te verminderen, de bestaande onderlinge verhouding in de frequentietoewijzing wordt gewijzigd.

- 11 Indien men de „getroffenheid” zou willen beperken tot die ondernemingen die daadwerkelijk betrokken zijn bij een procedure krachtens artikel 5, lid 6, van de machtigingsrichtlijn, d.w.z. die rechten voor frequentiegebruik door koop of huur verwerven, zouden de partijen bij de fusieovereenkomst de samenstelling van de kring van partijen bij de – openbare – goedkeuringsprocedure in de hand hebben, door slechts één onderneming erbij te betrekken als potentiële verkrijger.
- 12 Volgens het arrest Tele2 Telecommunication kan sprake zijn van getroffenheid in de zin van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn indien de „rechten [van een concurrent] kunnen worden aangetast”. Verzoekster zou dus op grond van haar positie als concurrent van Hutchison en Orange op de Oostenrijkse mobiele markt en als onderneming die mogelijk wordt getroffen door een beslissing krachtens artikel 5, lid 6, van de machtigingsrichtlijn – als potentiële verkrijger van rechten voor frequentiegebruik – aan dit criterium kunnen beantwoorden.
- 13 Tegen verweersters standpunt kan ook worden ingebracht dat in een procedure op grond van § 55 TKG 2003 (artikel 5 van de machtigingsrichtlijn), d.w.z. bij de (eerste) toewijzing van frequenties door de regelgevende instantie, de aanvragers deelnemen aan dezelfde procedure (§ 55, lid 8, TKG 2003), waarin de toewijzing moet gebeuren op een open, eerlijke en niet-discriminerende wijze (§ 55, lid 2, TKG 2003, respectievelijk artikel 5, lid 2, van de machtigingsrichtlijn). Elke latere overdracht van rechten voor frequentiegebruik, hetzij bij hoofdzakelijk daartoe gesloten overeenkomst, hetzij door een beslissing van de regelgevende instantie in de zin van artikel 5, lid 6, van de machtigingsrichtlijn, verandert het resultaat van een frequentietoewijzing die open, eerlijk en niet-discriminerend moest verlopen, zodat een latere overdracht zonder inachtneming van de genoemde beginselen op gespannen voet staat met de vereisten van artikel 5, lid 2, van de machtigingsrichtlijn.
- 14 Tegen die achtergrond kan niet worden uitgesloten dat ook verzoekster, als houdster van rechten voor frequentiegebruik, moet worden beschouwd als „getroffen” in de zin van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn.

- 15 Overeenkomstig artikel 23 bis van het Protocol betreffende het statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en artikel 104 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie wordt verzocht deze prejudiciële verwijzing te behandelen volgens een versnelde procedure.