Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. JÄÄSKINEN
fremsat den 26. april 2012[1]

**Sag C-138/11**

**Compass-Datenbank GmbH**
**mod**
**Republik Österreich**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberster Gerichtshof (Østrig))

»Konkurrence — misbrug af dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF — begrebet »virksomhed« — videreanvendelse af den offentlige sektors data — fuldstændigt forbud mod genanvendelse af data fra offentligt virksomhedsregister — en medlemsstats nægtelse af licens til masseoverførsel af data til kommerciel genanvendelse — bestemmelse af det foregående omsætningsled — essential facilities — leveringsnægtelse — direktiv 68/151/EØF — direktiv 96/9/EF — direktiv 2003/98/EF«

## I – Indledning

1. I denne sag søger Oberster Gerichtshof (højesteret i Østrig) oplyst, hvorvidt den østrigske stat agerer som en »virksomhed« som omhandlet i artikel 102 TEUF ved at forbyde både genanvendelse af oplysninger indeholdt i dens offentlige handelsregister (herefter »virksomhedsregistret«) og markedsføring af disse oplysninger som del af en mere omfattende handelsinformationstjeneste. Hvis den gør, anmodes Domstolen endvidere om at tage stilling til, hvorvidt den såkaldte essential facilities-doktrin (herefter »doktrinen om nødvendige faciliteter«) finder anvendelse. Doktrinen vedrører situationer, hvor en virksomheds kontrol med en ressource på markedet i foregående omsætningsled giver denne en dominerende stilling på markedet i det efterfølgende omsætningsled.

2. Disse spørgsmål er blevet rejst i en sammenhæng, hvor EU-retlige principper om den retlige beskyttelse af databaser, medlemsstaternes drift af offentlige selskabsregistre og videreanvendelse af den offentlige sektors informationer er relevante. Dette er tilfældet, fordi Østrig på den ene side påberåber sig et direktiv, som pålægger staten en forpligtelse til at drive et register vedrørende selskabsoplysninger, et andet om den retlige beskyttelse af databaser, og et tredje om videreanvendelse af offentlige informationer. På den anden side har Compass-Datenbank, som er det selskab, der har anlagt hovedsagen, anført direktivet om videreanvendelse af offentlige informationer som støtte for selskabets argumenter om misbrug af dominerende stilling og nærmere bestemt doktrinen om nødvendige faciliteter.

1 — Originalsprog: engelsk.

## II – EU-retten

*Direktiv 68/151/EØF* [2]

3. Artikel 3 i direktiv 68/151 bestemmer:

»1. I hver medlemsstat oprettes enten i et centralt register eller i et handels- eller selskabsregister en aktmappe for ethvert selskab, som er registreret dér.

2. Alle dokumenter og oplysninger, der i henhold til artikel 2 er offentligt tilgængelige, skal henlægges i aktmappen eller indføres i registeret; […]

3. En fuldstændig eller delvis genpart af de i artikel 2 omhandlede dokumenter eller oplysninger skal kunne indhentes efter anmodning. Senest fra den 1. januar 2007 kan anmodninger indgives til registeret i papirform eller elektronisk efter ansøgerens eget valg.

Fra og med en dato, der fastlægges af medlemsstaterne, dog senest den 1. januar 2007, skal de genparter, der er omhandlet i første afsnit, kunne indhentes fra registeret i papirform eller elektronisk efter ansøgerens eget valg. […]

Gebyret for at indhente en fuldstændig eller delvis genpart af de i artikel 2 omhandlede dokumenter eller oplysninger enten i papirform eller elektronisk, må ikke overstige de dermed forbundne administrative omkostninger.

De fremsendte papirgenparters rigtighed skal bekræftes, medmindre ansøgeren giver afkald på bekræftelsen. De fremsendte elektroniske genparters rigtighed skal ikke bekræftes, medmindre ansøgeren udtrykkeligt anmoder om bekræftelsen.

[…]

4. De i stk. 2 omhandlede dokumenter og oplysninger skal bekendtgøres i den dertil af medlemsstaten bestemte nationale offentlige tidende enten i form af en fuldstændig gengivelse eller gengivelse i uddrag eller i form af en henvisning til, at dokumentet er henlagt i aktmappen eller er indført i registeret. Den nationale offentlige tidende, som medlemsstaterne har bestemt dertil, kan være elektronisk.

[…]

5. Dokumenter og oplysninger kan af selskabet først påberåbes over for tredjemand efter den i stk. 4 nævnte offentliggørelse, medmindre selskabet godtgør, at tredjemand kendte dokumentet eller oplysningen.

Disse dokumenter eller oplysninger kan imidlertid ikke gøres gældende over for tredjemand for så vidt angår handlinger, der er foretaget inden den sekstende dag efter dagen for offentliggørelsen, dersom tredjemand godtgør, at han ikke kunne have haft kendskab hertil.

[…]«

2 — Rådets første direktiv 68/151/EØF af 9.3.1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (EFT 1968 I, s. 41), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/58/EF af 15.7.2003 om ændring af Rådets direktiv 68/151/EØF for så vidt angår offentlighed vedrørende visse selskabsformer (EUT L 221, s. 13).

*Direktiv 96/9/EF* [3]

4. 40. og 41. betragtning til direktiv 96/9 har følgende ordlyd:

»(40) [F]ormålet med denne sui generis-ret er at sikre, at en investering i indsamling, kontrol eller præsentation af indholdet i en database beskyttes i den begrænsede tid, retten varer; investeringen kan bestå i anvendelse af økonomiske ressourcer og/eller brug af tid, indsats og energi.

(41) [F]ormålet med sui generis-retten er at give fremstilleren af en database mulighed for at forhindre uautoriserede udtræk og/eller genanvendelser af hele den pågældende databases indhold eller en væsentlig del deraf; databasefremstilleren er den person, der tager initiativet og påtager sig risikoen i forbindelse med investeringerne; dette udelukker navnlig underleverandører fra at være omfattet af definitionen på en fremstiller.«

5. I artikel 7 i direktiv 96/9 med overskriften »Beskyttelsens genstand«, under Kapitel III »Sui generis-ret«, er følgende fastsat:

»1. Når indsamling, kontrol eller præsentation af en databases indhold ud fra et kvalitativt eller kvantitativt synspunkt er udtryk for en væsentlig investering, sikrer medlemsstaterne databasens fremstiller en ret til at forbyde udtræk og/eller genanvendelse af hele basens indhold eller en væsentlig del deraf, vurderet kvalitativt eller kvantitativt.

2. I dette kapitel forstås ved:

a) »udtræk«: permanent eller midlertidig overførsel af hele en databases indhold eller en væsentlig del deraf til et andet medium på en hvilken som helst måde eller i en hvilken som helst form

b) »genanvendelse«: enhver form for tilgængeliggørelse for almenheden af hele databasens indhold eller en væsentlig del deraf ved spredning af eksemplarer, udlejning, online-transmission eller på anden måde. Første gang et eksemplar af en database sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens ret til at udøve kontrol med videresalg af dette eksemplar inden for Fællesskabet udtømt.

[…]

3. Den i stk. 1 omhandlede ret kan overdrages, overføres eller gives i kontraktlig licens.

[…]

5. Gentagne og systematiske udtræk og/eller genanvendelser af uvæsentlige dele af databasens indhold, der kan sidestilles med handlinger, som strider mod en normal udnyttelse af basen, eller som skader databasefremstillerens legitime interesser urimeligt, er ikke tilladt.«

*Direktiv 2003/98/EF* [4]

6. Ottende og niende betragtning til direktiv 2003/98 bestemmer:

»(8) Der er behov for en generel ramme for betingelserne for videreanvendelse af dokumenter fra den offentlige sektor for at sikre rimelige, forholdsmæssigt afpassede og ikke-diskriminerende betingelser for videreanvendelse af sådanne informationer. Offentlige myndigheder indsamler,

3 — Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/9/EF af 11.3.1996 om retlig beskyttelse af databaser (EFT L 77, s. 20).

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/98/EF af 17.11.2003 om videreanvendelse af den offentlige sektors informationer (EUT L 345 s. 90).

producerer, reproducerer og formidler dokumenter med henblik på at varetage deres offentlige opgaver. Brug af sådanne dokumenter til andre formål betegnes som videreanvendelse. Medlemsstaternes politikker kan gå videre end de minimumsstandarder, der er fastsat i dette direktiv, og tillade en mere vidtgående videreanvendelse.

(9) Dette direktiv indeholder ikke en forpligtelse til at tillade videreanvendelse af dokumenter. Det er fortsat medlemsstaterne eller den berørte offentlige myndighed, der træffer beslutning om tilladelse til videreanvendelse. […] Offentlige myndigheder bør opfordres til at give adgang til videreanvendelse af alle dokumenter, de er i besiddelse af. Offentlige myndigheder bør fremme og tilskynde til videreanvendelse af dokumenter, herunder officielle tekster af lovgivningsmæssig og administrativ art, i de tilfælde, hvor den offentlige myndighed er beføjet til at give tilladelse til videreanvendelsen.«

7. 22. betragtning til direktiv 2003/98 angiver, at »[…] [d]irektivet [endvidere ikke] berører […] eksistensen af eller ejendomsretten til offentlige myndigheders intellektuelle ejendomsrettigheder, og det begrænser heller ikke udøvelsen af sådanne rettigheder ud over de grænser, som direktivet fastsætter. […] Offentlige myndigheder bør dog udøve deres ophavsret på en måde, der letter videreanvendelse af informationerne«.

8. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/98 med overskriften »Genstand og anvendelsesområde« bestemmer:

»1. Dette direktiv fastlægger et minimum af regler for videreanvendelse og midler til i praksis at fremme videreanvendelse af eksisterende dokumenter, som medlemsstaternes offentlige myndigheder er i besiddelse af.«

9. Artikel 2, stk. 4, i direktiv 2003/98 definerer videreanvendelse som »fysiske eller juridiske personers brug af offentlige myndigheders dokumenter til andre kommercielle eller ikke-kommercielle formål end det oprindelige formål i forbindelse med den offentlige opgave, som dokumenterne blev udarbejdet til. Udveksling af dokumenter mellem offentlige myndigheder alene som led i varetagelse af deres offentlige opgaver betragtes ikke som videreanvendelse«.

10. Artikel 3 i direktiv 2003/98 bestemmer under overskriften »Generelt princip«:

»Når videreanvendelse af offentlige myndigheders dokumenter er tilladt, sikrer medlemsstaterne, at disse dokumenter videreanvendes til kommercielle eller ikke-kommercielle formål i henhold til betingelserne i kapitel III og IV. Dokumenterne skal være tilgængelige i elektronisk form, såfremt det er muligt.«

## III – Tvisten i hovedsagen, den relevante nationale lovgivning og de præjudicielle spørgsmål

### A – *Virksomhedsregistret*

11. I henhold til §§ 1 og 2 i *Firmenbuchgesetz* (»FBG«)[5] er virksomheder forpligtede til at indgive visse oplysninger til virksomhedsregistret, som i henhold til de samme bestemmelser også gøres offentligt tilgængelige. I henhold til § 3 skal oplysningerne omfatte virksomhedernes navne, retlige form, sæde, en angivelse af forretningsområdet, deres filialer, navne, fødselsdatoer og omfanget af bemyndigelse for de personer, der tegner virksomheden, samt information om enhver likvidationsproces og enhver indledning af insolvensbehandling.

5 — BGBl. nr. 10/1991.

12. Indtil 1990 var de oplysninger, som den østrigske stat opbevarede, tilgængelige via domstolene, som førte virksomhedsregistret. Det er stadig muligt at indhente oplysninger fra virksomhedsregistret gennem de lokale og regionale retter (Berzirksgerichte) eller gennem notarer (FBG's §§ 33 og 35) mod betaling af et lovbestemt retsgebyr.

13. Fra den 1. januar 1991 blev virksomhedsregistret digitaliseret, og ved slutningen af 1994 var alle forretningsoplysninger genoptegnede. Fra 1993 kunne søgninger foretages af offentligheden ved interaktiv videotekst, og fra 1999 har det været muligt at foretage on-line søgninger i virksomhedsregistret på internettet. I henhold til FBG's § 34 har ethvert medlem af offentligheden ret til hurtig adgang til oplysningerne i virksomhedsregistret via elektronisk overførsel i det omfang teknologien og de personalemæssige ressourcer tillader dette.

14. Den offentlige elektroniske adgang til virksomhedsregistret ændredes i 1999, da Østrig tildelte oprindeligt fem afregningstjenester (Verrechnungsstellen) opgaven med at levere adgang til virksomhedsregistret via internettet [6]. Disse tjenester opkræver en lovbestemt retsafgift og kræver betaling for deres ydelser. Retsafgifterne for søgninger med hurtig adgang og for søgninger i almindelighed er fastsat ved forordning vedrørende virksomhedsregistrets database (Firmenbuchdatenbankverordnung, herefter »FBDV« [7]). Retsafgifterne opkræves af afregningstjenesterne og sendes til staten. De beregnes efter karakteren af de søgte oplysninger. Den særskilte betaling for afregningstjenesternes ydelser skal godkendes af justitsministeriet.

15. Virksomhedsregistrets database er en beskyttet database. Den østrigske stat er ejer af sui generis-retten til databasen. I henhold til FBDV's § 4, stk. 2, giver retten til at søge i virksomhedsregistret ikke ret til at foretage videreformidling (»forbudt genanvendelse«). Denne ret er i overensstemmelse med de relevante ophavsretlige lovbestemmelser, som blev vedtaget til gennemførelse af direktiv 96/9, forbeholdt den østrigske stat som fremstiller af databasen [8].

## B – *Compass-Datenbanks database*

16. I mere end 130 år har Compass-Datenbank GmBH (hereafter »Compass-Datenbank«) og selskabets forgængere haft adgang til samlinger af oplysninger, som den østrigske stat indsamlede vedrørende forretninger og virksomheder. Fra 1995 begyndte selskabet at drive en handels- og industridatabase, som var tilgængelig via internettet, og som delvist trak på disse oplysninger.

17. Compass-Datenbanks database indeholder en række forskellige oplysninger i tilgift til dem, som findes i virksomhedsregistret. Den omfatter oplysninger om aktiebesiddelser, telefon- og faxnumre, emailadresser, de omhandlede virksomheders forretningsområder sammen med en kort beskrivelse af deres virksomhed og de banker, hvor virksomhederne har konti. For at kunne drive denne oplysningstjenester behøver Compass-Datenbank daglige opdateringer af de data, der registreres i virksomhedsregistret, og som suppleres med Compass-Datenbanks egen research.

18. Indtil december 2001 modtog Compass-Datenbank disse data fra det østrigske føderale computercenter uden nogen begrænsninger for deres genanvendelse. Compass-Datenbank modtog oplysningerne i sin egenskab af udgiver af *Zentralblatt für Eintragungen in das Firmenbuch der Republik Österreich* (centraltidende for registreringer i Republikken Østrigs virksomhedsregister). Compass-Datenbank genanvendte de samme data til sin egen handels- og industridatabase.

6 — Østrigs repræsentant forklarede under retsmødet, at denne løsning var blevet vedtaget alene af den grund, at der ikke fandtes nogen statslig infrastruktur for online fakturering og betaling for internetsøgninger i virksomhedsregistret.

7 — BGBl. II nr. 240/1999.

8 — Ifølge Compass-Datenbanks skriftlige indlæg var den østrigske stat ikke beskyttet af ophavsretslovgivning før 1998 i forhold til offentlige registre.

*C – Sagen ved den nationale ret*

19. I 2001 anlagde den østrigske stat sag ved Handelsgericht Wien (handelsretten i Wien) med påstand om, bl.a., at der nedlagdes forbud mod Compass-Datenbanks anvendelse af data fra virksomhedsregistret, særlig ved lagring, gengivelse eller videregivelse til tredjemand. Ved kendelse af 9. april 2002 tog Oberster Gerichtshof en tilsvarende påstand om foreløbige retsmidler delvist til følge og pålagde Compass-Datenbank, indtil der forelå en retskraftig afgørelse i hovedsagen, at undlade at genanvende virksomhedsregistret til ajourføring af sin egen handels- og industridatabase, og særlig at afstå fra at lagre eller på anden måde at gengive data fra virksomhedsregistret for at videregive dem til tredjemand, gøre dem tilgængelige eller levere oplysninger derfra, for så vidt Compass-Datenbank ikke havde erhvervet disse data mod et passende vederlag til den østrigske stat. Forelæggelsesafgørelsen nævner ikke, om de østrigske retter efterfølgende har truffet endelig afgørelse i sagen.

20. Compass-Datenbanks repræsentant forklarede imidlertid under retsmødet, at selskabet på trods af dette er fortsat med at modtage data fra virksomhedsregistret, men mod betaling, som af Østrig betragtes som for lav.

21. En anden sag blev indledt af Compass-Datenbank den 21. december 2006, hvor selskabet nedlagde påstand om, at den østrigske stat blev pålagt at stille visse documenter, der var tilgængelige i virksomhedsregistret, til rådighed for Compass-Datenbank i overensstemmelse med forbundslovgivningen om videreanvendelse af offentlige kontorers informationer (Bundesgesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen, herefter »IWG«)[9] mod betaling af et passende beløb. Compass-Datenbank anmodede mere præcist om adgang til dokumenter i form af uddrag fra virksomhedsregistret, som indeholder ajourførte oplysninger om de retssubjekter, som er registrede deri, eller som var blevet afmeldt registret dagen før, og ligeledes uddrag fra virksomhedsregistret, der indeholdt historiske data.

22. Under disse retssager blev det fastslået, at Compass-Datenbank ikke kan udlede nogen rettigheder af IWG. Det blev imidlertid fundet, at der kunne være argumenter for, at selskabet kunne støtte ret på konkurrencelovgivningen. Efter forskellige stadier i forskellige østrigske retter nåede sagen Oberster Gerichtshof, som fandt det fornødent at forelægge Domstolen følgende tre spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal artikel 102 TEUF fortolkes således, at en offentlig myndighed driver virksomhed, såfremt den lagrer data, som virksomheder har meddelt den i medfør af en lovbestemt oplysningspligt, i en database (erhvervsvirksomhedsregister), som myndigheden mod betaling giver indsigt i og/eller lader fremstille udskrifter af, men derudover forbyder enhver anvendelse af?

Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende:

2) Handler en offentlig myndighed som en virksomhed i tilfælde af, at den under påberåbelse af sin sui generis-ret til beskyttelse i sin egenskab af fremstiller af en database forbyder anvendelse, som går videre end indsigt og fremstilling af udskrifter?

Såfremt spørgsmål 1 eller 2 besvares bekræftende:

3) Skal artikel 102 TEUF fortolkes således, at principperne i dommen i [sagen] RTE og ITP (herefter »Magill-dommen«) og i IMS Health-dommen[10] (»essential facilities-doktrinen«), ligeledes skal anvendes, selv om der ikke foreligger noget »marked i tidligere led«, fordi de beskyttede data indsamles og lagres i en database (forretningsvirksomhedsregister) som led i myndighedsudøvelse?«

9 — BGBl. I nr. 135/2005. Dette emne er ikke forklaret i detaljer i forelæggelseskendelsen, og det er de relevante bestemmelser, jeg har citeret, heller ikke. Jeg bemærker imidlertid, at OWG's § 7 bestemmer, at det vederlag, myndighederne opkræver for videreanvendelse af offentlige data, ikke må overstige de dermed forbundne omkostninger, med tillæg af en rimelig overskudsmargen.

10 — Dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, Sml. I, s. 743, og af 29.4.2004, sag C-418/01, Sml. I, s. 5039.

23. Compass-Datenbank, den østrigske regering, Irland, den nederlandske regering, den polske regering, den portugisiske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige bemærkninger. Compass-Datenbank, den østrigske regering, Irland og Europa-Kommissionen deltog i retsmødet den 2. februar 2012.

## IV – Analyse

### A – *Indledende bemærkninger*

#### 1. Betalingstjenesternes rolle

24. Parternes bemærkninger viser, at betalingstjenesternes rolle indledningsvis bør analyseres, særlig med hensyn til, hvorledes denne rolle påvirker vurderingen af, om den østrigske stat udøver en økonomisk aktivitet.

25. Som forklaret ovenfor i punkt 14, blev der i 1999 etableret en metode til at foretage søgninger i virksomhedsregistret via betalingstjenesterne. Disse giver mod betaling online-adgang til virksomhedsregistret. Østrigs repræsentant forklarede under retsmødet, at enhver virksomhed, som opfylder tjenestes- og ydelseskriterierne i øjeblikket kan accepteres som betalingstjeneste. Der er nu ti betalingstjenester, som varetager denne opgave, hvoraf en er et medlem af den samme koncern som Compass-Datenbank [11].

26. Betalingstjenesterne opretter via internettet forbindelsen mellem virksomhedsregistret og kunden. De har forbud mod at genanvende virksomhedsregistrets data og mod at ændre indholdet eller præsentationen af de oplysninger, som er blevet overført. De er også afskåret fra at udvide indholdet ved reklame. Betalingstjenesternes kunder har ligeledes forbud mod at genanvende data på en sådan måde, at Østrigs sui generis-ret til virksomhedsregistret krænkes. Dette betyder, at forbuddet mod en sådan af sui generis-retten omfattet genanvendelse er absolut og håndhæves af Østrig på en ikke-diskriminerende måde.

27. Det er vigtigt at erindre, at Compass-Datenbank ved de påstande, selskabet har nedlagt ved de nationale retter, søger ret til at opnå masseoverførsler fra den østrigske stat af nye data registreret i virksomhedsregistret mod en rimelig betaling og med ret til at genanvende disse ved at inkludere dem i Compass Datenbanks informationstjeneste og distribuere dem.

28. Formålet med at opnå en sådan kendelse er at give Compass-Datenbank mulighed for at levere en tjenesteydelse, som bygger på de data, som allerede er tilgængelige for alle via betalingstjenesterne. Som Compass-Datenbank påpegede under retsmødet, ønsker selskabet at levere mere end en blot kopi af de oplysninger, som leveres af betalingstjenesterne. Selskabet ønsker at tilføre disse oplysninger værdi ved at supplere dem med andet materiale. Selskabets forretningsmodel kræver endvidere, at det har adgang til nye og ajourførte data til en pris, som er lavere end det lovbestemte retsgebyr, som skal betales via betalingstjenesterne. Dette er, hvad der søges opnået ved de nationale søgsmål, som Compass-Datenbank har anlagt, idet selskabet har foreslået et vist gebyr, som det finder udgør et passende vederlag til den østrigske stat.

29. Det er vigtigt at fastholde en klar opfattelse af betalingstjenesternes rolle af to årsager. For det første er en analyse af den pågældende offentlige myndigheds enkelte aktiviteter påkrævet ved afgørelsen af, om en offentlig myndighed handler som en virksomhed i forhold til EU-konkurrenceretten. Myndigheden vil blive karakteriseret som en »virksomhed« i det omfang, disse aktiviteter er af »økonomisk« karakter [12]. Det er således den østrigske stats aktiviteter, snarere end betalingstjenesternes, som er relevante ved afgørelsen af, om artikel 102 TEUF finder anvendelse på den foreliggende tvist.

11 — Under retsmødet blev det anført, at denne betalingstjeneste er et søsterselskab til Compass-Datenbank.

12 — Jf. dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21, af 16.3.2004, forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, AOK-Bundesverband m.fl., Sml. I, s. 2493, præmis 59, og af 19.1.1994, sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, Sml. I, s. 43, præmis 18.

30. Sondringen er også vigtig, fordi det er nødvendigt at begynde med en fastlæggelse af det marked, hvorpå den omhandlede virksomhed har en dominerede stilling. Denne analyse rettes derfor mod den østrigske stat snarere end betalingstjenesterne.

31. Efter min opfattelse er den korrekte analyse af arrangementet som følger: Østrig udsteder offentlige koncessioner til betalingstjenesterne. Jeg er nået til denne konklusion, fordi betalingstjenesterne under justitsministeriets tilsyn har en vis, begrænset frihed til at fastsætte prisen for online-adgang til virksomhedsregistret (den betaling, som supplerer det lovmæssigt fastsatte retsgebyr), og de modtager denne betaling fra tredjeparter og ikke fra den myndighed, som tildelte dem kontrakterne [13]. De forretningsmæssige risici forbundet med online-adgangen til virksomhedsregistret bæres af betalingstjenesterne, hvilket også indikerer, at Østrig blot har tildelt tjenesterne en koncession [14].

32. Mens det fremgår af fast retspraksis, at en medlemsstats nægtelse af at give en eksklusiv licens i form af en koncessionskontrakt er underlagt de grundlæggende regler i traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde i almindelighed, herunder artikel 56 TEUF, og i særdeleshed ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet samt den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed [15], rækker medlemsstaternes forpligtelser ikke videre. Offentlige koncessionskontrakter om tjenesteydelser er ikke reguleret ved nogen af direktiverne om offentlige kontrakter [16].

33. Jeg vil i forbifarten bemærke, at der kan rejses spørgsmål om, hvorvidt de lovmæssigt fastsatte retsgebyrer og/eller det supplerende vederlag til betalingstjenesterne overstiger de tilladte »administrative omkostninger« for at indhente genparter af dokumenter eller oplysninger som omhandlet i artikel 3, stk. 3, i direktiv 68/151. Hvorvidt Østrig handler i strid med direktiv 68/151, er imidlertid ikke af betydning for spørgsmålet om, hvorvidt Østrig handler som en virksomhed [17] ved at nægte masseadgang til og genanvendelse af de i denne retstvist omhandlede data.

34. Selv om betalingstjenesternes aktiviteter bør anses for at være klart økonomiske, er dette spørgsmål endvidere også uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt Østrig begik misbrug ved at nægte at udstede en licens til masseadgang til Compass-Datenbank eller tillade genanvendelse af virksomhedsregistrets data. Dette er tilfældet, fordi betalingstjenesterne er aktive på et særskilt og ikke-forbundet marked i forhold til det marked, hvor Compass-Datenbank ønsker at handle. Selskabet er aktivt på markedet for online-adgang til virksomhedsregistret. Det leverer med andre ord blot en elektronisk adgang og et decentraliseret kundeinterface for de oplysninger, den østrigske stat besidder.

35. Compass-Datenbank er ikke udelukket fra dette marked, men har adgang til det på ikke-diskriminerende vilkår. Som jeg allerede har nævnt, er et af selskaberne i dets koncern rent faktisk en betalingstjeneste, som er aktiv på dette marked. Compass-Datenbank søger ikke ret til at genanvende oplysningerne fra betalingstjenesterne, som ligeledes er afskåret fra at genanvende dem, men søger en alternativ mulighed for at få adgang til disse data. Compass-Datenbank hævder, at Østrig begår misbrug ved at forhindre fremkomsten eller fortsættelsen af markedet for markedsføring af disse data.

13 — Jf. dom af 10.9.2009, sag C-206/08, Eurawasser, Sml. I, s. 8377, præmis 53-57, af 10.3.2011, sag C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Sml. I, s. 1335, præmis 24 og 25. Ifølge afledt EU-ret forstås ved en koncessionskontrakt om tjenesteydelser en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

14 — Eurawasser-dommen, præmis 67 og 68. Dommen i sagen Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, præmis 26.

15 — Dom af 3.6.2010, sag C-203/08, Sporting Exchange, Sml. I, s. 4695, præmis 39.

16 — Sporting Exchange-dommen, præmis 39.

17 — På den anden side kræver spørgsmålet om, hvorvidt de lovmæssigt fastsatte gebyrer for søgninger i virksomhedregistret, som er fastsat af Østrig på baggrund af statens sui generis-ret til databasen, er så høje, at de medfører, at aktiviteten bliver af økonomiske art, grundigere overvejelser.

2. Direktivernes betydning

36. Den østrigske regerings og den nederlandske regerings skriftlige bemærkninger har rejst et andet forudgående spørgsmål, som må behandles. Det vedrører hvorledes, hvis overhovedet, de forpligtelser, Østrig er blevet pålagt ved direktiv 68/151 og 2003/98 påvirker afgørelsen af, om Østrig er involveret i økonomisk aktivitet på en måde, som er relevant for anvendelsen af artikel 102 TEUF.

37. Det er hævet over enhver tvivl, at i tilfælde af en direkte konflikt mellem et direktiv og enhver primær bestemmelse i traktaten om Den Europæiske Union eller traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, inklusive artikel 102 TEUF, vil sidstnævnte have forrang. Det er imidlertid i Unionen som i enhver politisk enhed, der bygger på princippet om forfatningsmæssighed og retsstatsprincippet, lovgivningsmagtens rolle at tage hensyn til og afveje de mere abstrakte og generelle regler og principper i forfatningen eller, i Unionens tilfælde, traktaterne [18].

38. I overensstemmelse med den tilgang, som særlig den nederlandske regering har valgt i sine skriftlige bemærkninger, er direktivers eksistens og indhold lige så relevante som nationale retlige bestemmelser ved afgørelsen af, om en medlemsstat udøver økonomisk aktivitet, som er omhandlet af artikel 102 TEUF, eller om der er tale om udøvelse af offentlig myndighed, som falder uden for artiklens anvendelsesområde. Testen for, om en offentlig myndighed udøver økonomisk aktivitet, indebærer overvejelser vedrørende aktivitetens art, formål og *de regler, den er undergivet* [19]. Dette omfatter ethvert relevant direktiv, som illustreret ved dommen i sagen Selex Sistemi Integrati mod Kommissionen [20], hvor et direktiv var relevant ved bedømmelsen af, hvorvidt Eurocontrols aktiviteter var af økonomisk eller offentlig art.

39. Derfor udgør direktiverne efter min opfattelse en vigtig del af den bedømmelse, som Domstolen er blevet anmodet om at foretage, og bør ikke udelades fra bedømmelsen på grundlag af normhierarkiet. Både direktiv 68/151 og 2003/98, samt direktiv 96/9, indeholder bestemmelser, der er relevante ved afgørelsen af, om Østrig ved at forbyde genanvendelse af virksomhedsregistrets data og ved at nægte licens til masseadgang udøver økonomisk aktivitet eller udøver offentlig myndighed.

B – *Det første og det andet præjudicielle spørgsmål*

1. Omfanget af de forelagte spørgsmål

40. Domstolen er blevet anmodet om for det første at afgøre, om Østrig under de i sagen foreliggende omstændigheder er en virksomhed som omhandlet i artikel 102 TEUF, og for det andet, om doktrinen om nødvendige faciliteter er af betydning for afgørelsen af tvisten, henset til det angivelige fravær af et marked i foregående omsætningsled.

18 — Af denne grund kan EU-retsakter ikke tilsidesættes, medmindre Domstolen har bekræftet deres uforenelighed med traktaterne under en sag, hvor en sekundær bestemmelses gyldighed er blevet prøvet. Jf. dom af 22.10.1987, sag 314/85, Foto-Frost, Sml. s. 4199.

19 — Jf. dommen i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, præmis 30. Min fremhævelse.

20 — Dom af 12.12.2006, sag T-155/04, Sml. II, s. 4797, appelleret ved sag C-113/07 P, dom af 26.3.2009, Selex Sistemi Integrati mod Kommissionen, Sml. I, s. 2207.

41. Under disse omstændigheder er den opgave, Domstolen står over for, begrænset til at give den nationale ret vejledning vedrørende spørgsmålet, om Østrig udøver offentlig myndighed eller beføjelser, således at der ikke er tale om økonomisk aktivitet [21], eller om mindst en af de omhandlede aktiviteter derimod er en økonomisk aktivitet, som kan udskilles fra Østrigs offentlige aktiviteter [22]. Hvis det sidste er tilfældet, er Domstolen blevet anmodet om at give vejledning om de retlige rammer vedrørende misbrug af en dominerende stilling i form af leveringsnægtelse [23], og særlig de omstændigheder, hvorunder en nægtelse af at give licens til adgang til materiale, der er beskyttet af en sui generis-ret til en database, er omfattet af artikel 102 TEUF.

42. Jeg vil tage stilling til de første to af disse punkter ved at behandle det første og det andet præjudicielle spørgsmål samlet. Jeg vil behandle det sidste punkt vedrørende nægtelse af licens ved at tage stilling til det tredje præjudicielle spørgsmål særskilt.

43. Som den polske regering har påpeget, kræver disse spørgsmål, at Domstolen tager stilling til tre konkrete aktiviteter set i lyset af Domstolens praksis vedrørende de omstændigheder, hvorunder en offentlig myndighed handler som en virksomhed, og derved bliver bundet at EU-reglerne, som forbyder misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 102 TEUF. Disse handlinger er:

(i) lagring i en database (virksomhedsregistret) af oplysninger leveret af virksomheder på grundlag af lovmæssige rapporteringsforpligtelser,

(ii) adgang til indsigt i og/eller at foretage udprint fra virksomhedsregistret mod betaling, og

(iii) forbud mod genanvendelse af de oplysninger, som er indeholdt i virksomhedsregistret.

44. Før disse spørgsmål behandles, er det vigtig at bemærke, at den relevante østrigske lovgivning afspejler en restriktiv politik over for tredjemands mulighed for at levere forretningsoplysningstjenester ved at behandle data fra virksomhedsregistret. Andre medlemsstater, såsom Irland, har gennemført en mere liberal tilgang og tillader eksempelvis licenser, der giver mulighed for masseadgang til data og kommerciel genanvendelse af sådanne data. Uanset hvad fordelene end måtte være ved disse forskellige tilgange, vil EU-retten kun begrænse en medlemsstats politiske valg under omstændigheder, hvor den handler som en virksomhed.

## 2. Lagring af oplysninger i virksomhedsregistret

45. Inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde [24]. Dette omfatter medlemsstaterne. Det er uden betydning, om staten udøver virksomheden direkte gennem et organ, som er en del af den offentlige administration, eller gennem et organ, som staten har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder [25]. Der må i stedet foretages en nærmere undersøgelse af den aktivitet, der udøves af den pågældende offentlige virksomhed eller det offentlige organ [26].

21 — Jf. dommen i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, præmis 30, og dom af 18.3.1997, sag C-343/95, Calì & Figli mod Servizi Ecologici Porto di Genova, Sml. I, s. 1547, præmis 22 og 23, samt Domstolens dom i sagen Selex Sistemi Integrati mod Kommissionen, præmis 70.

22 — Jf. dommen i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, præmis 28, dom af 12.12.2000, sag T-128/98, Aéroports de Paris mod Kommissionen, Sml. II, s. 3929, præmis 108, idet princippet om adskillelighed blev bekræftet af Domstolen i dom af 24.10.2002, sag C-82/01 P, Aéroports de Paris mod Kommissionen, Sml. I, s. 9297, præmis 81.

23 — Jf. domme af 5.10.1988, sag 53/87, CICRA m.fl. mod Renault, Sml. s. 6039, og sag 238/87, Volvo mod Veng, Sml. s. 6211, Magill-dommen, dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, IMS Health-dommen samt dom af 17.9.2007, sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, Sml. II, s. 3601.

24 — Jf. dommen i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, præmis 18.

25 — Jf. dommen i sagen Calì & Figli mod Servizi Ecologici Porto di Genova, præmis 17.

26 — Jf. dommen i sagen Calì & Figli mod Servizi Ecologici Porto di Genova, præmis 18.

46. Offentlige enheder vil kun blive undtaget fra karakterisering som virksomheder, hvis de kun udøver offentlig myndighed og prærogativer og ikke økonomisk virksomhed [27]. Det er nødvendigt at overveje hver enkelt af den omhandlede offentlige enheds aktiviteter. Hvis disse aktiviteter kan adskilles, vil en offentlig enhed udgøre en virksomhed, i det omfang den udøver økonomisk virksomhed [28]. Økonomisk virksomhed består i henhold til retspraksis af ethvert udbud af varer eller tjenesteydelser på markedet [29].

47. Det er hævet over enhver tvivl, at lagringen af oplysninger indgivet af virksomheder på grundlag af deres lovmæssige rapporteringsforpligtelser i en database – i dette tilfælde virksomhedsregistret – efter sin art, sit formål og de regler, den er undergivet, er knyttet til udøvelsen af offentligretlige beføjelser [30].

48. Lagringen af data i virksomhedsregistret på grundlag af en lovmæssig forpligtigelse til at gøre dette er en aktivitet, der foretages af hensyn til almenvellets interesse i retssikkerhed. De retssubjekter, der henvises til i FBG's § 2, er forpligtede til at indgive de i i FBG's § 3 nævnte oplysninger for at opfylde registreringsforpligtelserne i §§ 4-7. De er også forpligtede til straks at meddele enhver ændring til de oplysninger, som allerede er blevet registrerede (jf. i FBG's § 10). Den østrigske stat kan pålægge administrative sanktioner for at sikre, at de oplysninger, som skal erklæres, meddeles rettidigt i deres helhed i FBG's § 24). Dette er af betydning, fordi den rettighedserhvervelse og de tvangsbeføjelser, der afviger fra almindelig ret, er et anerkendt indicium for udøvelsen af offentlige beføjelser [31].

49. Denne aktivitet er derudover forbundet med Østrigs forpligtelse i henhold til direktiv 68/151, og særlig direktivets artikel 3. Den forpligter medlemsstaterne til at oprette et centralt register, handelsregister eller selskabsregister. Artikel 3 forpligter endvidere medlemsstaterne til at sikre offentliggørelse af og rimelig adgang til de oplysninger, der er indeholdt i registret.

50. Det bør bemærkes, at selv om private parter kan have den fysiske kapacitet til at skabe, indsamle og markedsføre data vedrørende forretningsoplysninger, kan de ikke give disse data den retlige status, som kendetegner data, der er registreret i det officielle virksomhedsregister, nemlig dets retsvirkning over for tredjemand [32]. Denne retlige virkning kan kun skabes ved konkrete retsregler. Det udtrykkelige formål med offentlige registre som virksomhedsregistret er at skabe en kilde til oplysninger, som påberåbes i retsforhold, og som derved giver den retssikkerhed, som er nødvendig for udveksling på markedet.

### 3. Tilladelse af undersøgelse af virksomhedsregistret

51. Også denne aktivitet er uden tvivl en offentlig funktion. Det er åbenlyst, at offentlige registre såsom virksomhedsregistret ikke kan opfylde deres væsentligste formål, nemlig sikringen af retssikkerheden gennem transparent adgang til retligt troværdig information, hvis ikke alle gives adgang til dem.

27 — Jf. dommen i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, præmis 27-30, dommen i sagen Calì & Figli mod Servizi Ecologici Porto di Genova, præmis 22, og Domstolens dom i sagen Selex Sistemi Integrati mod Kommissionen, præmis 70.

28 — Jf. dommen i sagen sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, præmis 28.

29 — Jf. Rettens dom i Aéroports de Paris-sagen, præmis 107, Domstolens dom i Aéroports de Paris-sagen, præmis 79, samt dom af 11.7.2006, sag C-205/03 P, FENIN mod Kommissionen, Sml. I, s. 6295, præmis 25, og af 3.3.2011, sag C-437/09, AG2R Prévoyance, Sml. I, s. 973, præmis 42. Selv hvis virksomheden udøves uden sigte på fortjeneste, kan der stadig foreligge en relevant deltagelse på et marked. Jf. generaladvokat Maduros forslag til afgørelse i sagen FENIN mod Kommissionen, punkt 14, og Domstolens dom i sagen Selex Sistemi Integrati mod Kommissionen, præmis 115.

30 — Jf. dommen i sagen Calì & Figli mod Servizi Ecologici Porto di Genova, præmis 23, og dommen i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, præmis 30.

31 — Jf. dommen i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, præmis 24.

32 — Jf. artikel 3, stk. 5, i direktiv 68/151.

52. Som den nederlandske regering har påpeget, fører den omstændighed, at et gebyr opkræves, ikke til den slutning, at en given aktivitet er økonomisk. Det er almindeligt for aktiviteter, som er af klart ikke-økonomisk art, at have et gebyr tilknyttet. Et slående eksempel på dette er de afgifter, som opkræves af retter og fogeder. Den omstændighed, at en offentlig aktivitet kan være økonomisk profitabel for den omhandlede offentlige enhed, medfører ikke, at den er af økonomisk art.

53. Artikel 3, stk. 3, tredje afsnit, i direktiv 68/151 bestemmer, at gebyret for at indhente en genpart fra selskabsregistret ikke må overstige de »administrative omkostninger«. I henhold til både Kommissionens skriftlige bemærkninger og dens mundtlige indlæg under retsmødet beskytter den østrigske stat ved at påberåbe sig sin sui generis-ret i forhold til virksomhedsregistret sin økonomiske interesse.

54. Der foreligger ikke noget bevis for, at den lovmæssigt fastsatte retsafgift alene eller sammen med den af betalingstjenesterne opkrævede betaling skulle overstige de administrative omkostninger ved at levere en kopi af dokumenter eller oplysninger, der er registreret i virksomhedsregistret som omhandlet i artikel 3, stk. 3, i direktiv 68/151. Hvis dette var tilfældet, kunne det af Østrig anvendte prissystem anfægtes ved de nationale retter eller på et generelt niveau ved et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 258 TEUF.

55. Selv hvis det at tillade indhentning af oplysninger og/eller udprint fra virksomhedsregistret blev anset for at være en økonomisk aktivitet, ville den være uadskillelig fra dataindsamlingsfunktionerne. Økonomisk og offentlig aktivitet kan adskilles, hvis den økonomiske aktivitet ikke er tæt knyttet til den offentlige aktivitet, og forholdet mellem de to kun er indirekte [33]. Som generaladvokat Maduro har bemærket, er alle de former for udøvelse af offentlig myndighed, der tager sigte på at regulere markedet og ikke på markedsdeltagelse, udelukket fra konkurrencereglernes anvendelsesområde [34]. Som det særlig afspejles i ordlyden af artikel 3 i direktiv 68/151, er driften af virksomhedsregistret uløseligt forbundet med at sikre rimelig adgang til det.

56. Endvidere mindsker den omstændighed, at de betalingstjenester, som leverer forbindelsen for den offentlige online-adgang til de omhandlede data, ikke besidder tvangsbeføjelser, i modsætning til de argumenter, der fremgår af Kommissionens skriftlige bemærkninger, sammen med eksistensen af en eller anden form for begrænset konkurrence mellem disse tjenester [35], ikke den udelelige karakter af indsamlingen af dataene og adgangen dertil. Endvidere er betalingstjenesterne underlagt statslig kontrol gennem justitsministeriets tilsyn med de gebyrer, de kan opkræve af brugerne [36].

## 4. Forbuddet mod genanvendelse af oplysninger

57. Compass-Datenbanks sag er ny forstået på den måde, at den bygger på Østrigs forpligtelse til at handle for at opfylde statens forpligtelser i henhold til artikel 102 TEUF, snarere end til at afstå fra at handle. Det er her nyttigt at genkalde sig begrænsningerne på medlemsstaternes forpligtelser til at handle aktivt for at opfylde deres forpligtelser i henhold til EU-konkurrenceretten. Mens der findes en almindelig forpligtelse til ikke at foretage sig noget, der kunne bringe traktaternes formål i fare, herunder konkurrencepolitikken [37], er medlemsstaternes aktive forpligtelser begrænsede.

33 — Jf. Domstolens dom i sagen Selex Sistemi Integrati mod Kommissionen, præmis 76 og 77.

34 — Jf. generaladvokat Maduros forslag til afgørelse i sagen FENIN mod Kommissionen, punkt 15.

35 — Jf. dommen i sagen AOK-Bundesverband m.fl., præmis 56.

36 — Jf. dommen i sagen Calì & Figli mod Servizi Ecologici Porto di Genova, præmis 24. Det forhold, at adgang til en offentlig aktivitet kan afhænge af anvendelsen af »ledvogtere«, hvis aktiviteter er af økonomisk art, illustreres bl.a. af bestemmelser, der kræver, at parterne i retstvister lader sig repræsentere af advokater. Jf. eksempelvis artikel 19, stk. 3, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol.

37 — Dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925.

58. Disse principper er for nylig blevet gentaget i AG2R Prévoyance-dommen [38], hvor Domstolen erindrede om, at artikel 101 TEUF, sammenholdt med artikel 4, stk. 3, TEU, pålægger medlemsstaterne ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler [39]. Det følger derudover af artikel 106, stk. 1, TEUF, at medlemsstaterne, med forbehold af artikel 106, stk. 2, TEUF for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktaternes bestemmelser, navnlig de i artikel 18 TEUF og 101 TEUF – 109 TEUF fastsatte [40].

59. Ingen af disse principper hjælper Compass-Datenbanks sag. De relevante bestemmelser i østrigsk lovgivning ophæver ikke den tilsigtede virkning af EU-konkurrencereglerne. Der er intet i denne retspraksis, som går så vidt som til at tvinge en medlemsstat til at frigive data til erhvervsdrivende eller på anden måde at befordre skabelsen af nye markeder, i fraværet af foranstaltninger for det indre marked, som er udstedt med det formål at åbne konkurrencen i sektorer, der traditionelt har været drevet som statsmonopoler [41].

60. Omstændighederne i den foreliggende sag svarer heller ikke til de sager, hvor en virksomhed er blevet tildelt særlige eller eksklusive rettigheder. Tværtimod finder forbuddet mod genanvendelse og kommerciel udnyttelse af de data, der opbevares i virksomhedsregistret, ud over betalingstjenesternes aktiviteter med at levere tilgangen for online adgang til databasen, anvendelse på alle, og ikke kun på Compass Datenbank. På EU-rettens nuværende udviklingstrin kan »[d]en person, der har oprettet databasen, […] ganske vist forbeholde sig en eneret til adgangen til sin database eller forbeholde bestemte personer denne adgang […] eller endda opstille bestemte betingelser, af f.eks. finansiel karakter, for adgangen« [42]. Som jeg allerede har nævnt, »indeholder [direktiv 2003/98] ikke en forpligtelse [for medlemsstaterne] til at tillade videreanvendelse af dokumenter.« [43]

61. Den østrigske, nederlandske og portugisiske regering støtter sig også til artikel 7 i direktiv 96/9 om retlig beskyttelse af databaser, og sui generis-retten til at beskytte databasen [44]. Dette er imidlertid efter min opfattelse i det store og hele uden betydning for afgørelsen af, om et forbud mod genanvendelse af data er en offentlig eller økonomisk aktivitet i forhold til artikel 102 TEUF. Det forekommer klart, at offentlige enheder kan påberåbe sig deres privatretlige rettigheder for at beskytte deres offentlige opgaver, såsom ved i egenskab af grundejer at forbyde uvedkommende adgang til et militæranlæg. Sui generis-retten kommer dog i spil i forbindelse med det tredje præjudicielle spørgsmål ved afgørelsen af, om og hvornår indehaveren af en immaterialrettighed kan tvinges til at udstede en licens.

62. Sammenfattende foreslår jeg, at Domstolen bør besvare det første og andet præjudicielle spørgsmål benægtende.

38 — Præmis 24 og 25.

39 — Jf. bl.a. AGR2 Prévoyance-dommen, præmis 24, samt domme af 21.9.1999, forenede sager C-115/97 - C-117/97, Brentjens', Sml. I, s. 6025, præmis 65, og sag C-219/97, Drijvende Bokken, Sml. I, s. 6121, præmis 55

40 — Jf. AGR2 Prévoyance-dommen, præmis 25.

41 — Som det eksempelvis er sket i telekommunikationssektoren.

42 — Jf. dom af 9.10.2008, sag C-304/07, Directmedia Publishing, Sml. I, s. 7565, præmis 52. Jf. også dom af 9.11.2004, sag C-203/02, The British Horseracing Board m.fl., Sml. I, s. 10415, præmis 55. Både 47. betragtning til direktiv 96/9 og artikel 13 heri gør det klart, at sui generis-retten ikke berører EU-reglerne om bl.a. misbrug af dominerende stilling (jf. Directmedia Publishing-dommen, præmis 56). Da jeg imidlertid har konkluderet, at Østrig ikke udøver en økonomisk aktivitet, som kan begrunde, at staten anses for en »virksomhed« som omhandlet i EU-konkurrenceretten, opstår der ikke noget spørgsmål om berøring af EU-konkurrenceretten.

43 — Jf. niende betragtning til direktiv 2003/98. Jf. også artikel 3 i direktiv 2003/98, som gør det klart, at anvendelsesområdet for direktivet er begrænset til omstændigheder, hvor den berørte medlemsstat af eget fri valg har »tilladt« »videreanvendelse af offentlige myndigheders dokumenter«. Dette indikerer, at forbuddet mod genanvendelse af data er en legitim udøvelse af regeringens politik, og dermed en statslig funktion og ikke en økonomisk aktivitet.

44 — Jf. vedrørende rækkevidden af forbuddet mod genanvendelse uden bemyndigelse i henhold til artikel 7 i direktiv 96/9, dommen i sagen British Horseracing Board m.fl., præmis 61. Med hensyn til definitionen af en beskyttet database, se dommen i sagen British Horseracing Board m.fl. og dom af 9.11.2004, sag C-46/02, Fixtures Marketing, Sml. I, s. 10365.

C – *Det tredje præjudicielle spørgsmål*

63. Da jeg har besvaret de første to spørgsmål benægtende, er det ufornødent at besvare det tredje spørgsmål. Jeg vil imidlertid fremsætte følgende bemærkninger, som vil kunne være til nytte for Domstolen i tilfælde af, at den bestemmer, at Østrig rent faktisk har udøvet en økonomisk aktivitet ved at indsamle de data, der er indeholdt i virksomhedsregistret, eller ved at gøre disse tilgængelige for offentligheden, eller begge dele.

64. Ved dette spørgsmål anmodes Domstolen om at fortolke principperne i Magill-dommen og IMS Health-dommen (doktrinen om nødvendige faciliteter), og tage stilling til deres anvendelse, når der ikke foreligger noget »marked i tidligere led«, fordi de beskyttede data indsamles og lagres i en database (virksomhedsregistret) som led i myndighedsudøvelse. Dette spørgsmål er kun relevant, hvis Østrig anses for at have handlet som en virksomhed under de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for hovedsagen.

65. Det er nødvendigt at starte med at fastlægge markedet i det foregående omsætningsled [45]. Dette er tilfældet, fordi fravær af dominans på dette marked vil betyde, at der ikke kan foreligge noget misbrug på markedet i det efterfølgende omsætningsled, som af og til kaldes det tilgrænsende eller afledte marked. I den foreliggende sag findes et parallelt marked for online-adgang til de rå data i virksomhedsregistret via betalingstjenesterne, men der er ikke er noget marked i foregående omsætningsled for masseadgang til data i virksomhedsregistret, som lovligt står til rådighed for genanvendelse, og som Compass-Datenbank kunne trække på for at fremstille et forbedret produkt. Det, der foreligger i det foregående omsætningsled, er derimod to funktioner, idet der er en, som indebærer indsamling og registrering af data, og en anden, som sikrer adgang dertil. De to sager, som er afgørende ved afgørelsen af denne tvist, nemlig Magill-dommen og IMS Health-dommen, var meget anderledes.

66. I Magill-dommen var det ubetvivleligt, at de virksomheder, som blev dømt for at have misbrugt deres dominerende stilling ved at nægte at udstede en licens for deres programmer, og som derved forhindrede fremkomsten af et marked for generelle tv-programblade, dominerede markedet i det foregående omsætningsled vedrørende oplysninger om TV-programmer gennem et de facto-monopol på de oplysninger, der danner grundlag for oversigterne over tv-programmer [46]. Denne dominans på markedet i foregående omsætningsled gav dem en magtposition i forhold til et potentielt marked i efterfølgende omsætningsled, hvor den mulige konkurrence lå. I Magill-dommen ønskede RTE og ITP at forbeholde den kommercielle udnyttelse af programskemaerne for deres licenshavere i markedet i foregående omsætningsled for at udelukke fremkomsten af et marked i efterfølgende omsætningsled for generelle tv-programblade.

67. I IMS Health-dommen var den virksomhed, hvorfra en tvungen licens søgtes, på samme måde både udøver af økonomisk aktivitet og dominerende på det relevante marked, nemlig levering til lægemiddelvirksomheder af oplysninger vedrørende det regionale salg af lægemidler. Ophavsretligt beskyttede »blokstrukturer«, hvorved virksomheden leverede salgsoplysningerne, var blevet industrinormen og havde givet virksomheden en dominerende stilling. Domstolen fandt, at den dominerende virksomheds nægtelse af at give en konkurrent licens til blokstrukturen kun under

45 — Jf. IMS Health-dommen, præmis 45: »[…] [D]et er afgørende, at der kan identificeres to forskellige produktionstrin, der er forbundet med hinanden ved, at det forudgående produkt er et nødvendigt element ved leveringen af det efterfølgende produkt.«

46 — Jf. Magill-dommen, præmis 47.

særlige omstændigheder kunne føre til, at der foreligger et misbrug [47]. Der kræves i alle tilfælde, hvor en eksklusiv licens udøves, opfyldelse af tre kumulative betingelser: (i) Nægtelsen er til hinder for fremkomsten af et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, (ii) nægtelsen er ubegrundet, og nægtelsen vil udelukke enhver konkurrence på et afledt marked [48].

68. I den foreliggende sag mangler der oplysninger i anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrørende det relevante marked i efterfølgende omsætningsled. Vi ved, at Compass-Datenbank ønsker at anvende og supplere de rå data i den østrigske stats virksomhedsregister kommercielt i form af en udviklet forretningsoplysningstjeneste. Vi ved imidlertid intet om Compass-Datenbanks stilling på markedet for en sådan udviklet tjeneste på nøgleområder, såsom markedsandel, og hvorledes denne sammenlignes med andre aktørers andele, hvis sådanne findes. Som Domstolen har bemærket, »udgør afgrænsningen af det relevante marked for så vidt angår produkter og geografisk område, såvel som beregningen af de markedsdele, som de forskellige virksomheder, som opererer på dette marked, har, udgangspunktet for enhver vurdering af en situation med hensyn til konkurrenceretten« [49]. Hvis Domstolen ikke er i stand til at foretage denne bedømmelse, afviser den anmodningen om præjudiciel afgørelse [50].

69. Der foreligger ingen oplysninger i anmodningen om præjudiciel afgørelse om, hvorvidt der findes betydningsfulde konkurrenter til Compass-Datenbank, som tilbyder forretningsoplysningstjenester, der konkurrerer med Compass-Datenbanks database. Hvis dette ikke er tilfældet, vil Compass-Datenbank forekomme at have en dominerende stilling, som åbenlyst skyldes virksomhedens historiske stilling som udgiver af *Zentralblatt*. Compass-Datenbank har også været i stand til at modtage de data, virksomheden behøver efter Oberster Gerichtshofs kendelse fra 2002, hvis retlige grundlag ikke er blevet forklaret i forelæggelseskendelsen, mod en pris, der af Østrig anses som for lav. I den foreliggende tvist søger Compass-Datenbank imidlertid i det væsentlige en privilegeret adgang til virksomhedsregistrets data under økonomiske og retlige betingelser, som er gunstigere end dem, som finder anvendelse på andre. Af disse årsager er der en vis faktuel usikkerhed i sagen om, hvorvidt det angivelige misbrug vedrører prisfastsættelsen, nægtelse af at levere en tjenesteydelse eller adgang til en nødvendig facilitet.

70. Et yderligere problem opstår ved afgørelsen af, hvad der udgør den relevante nødvendige facilitet, som den østrigske stat ejer. De to åbenlyse emner er sui generis-retten til virksomhedsregistrets database eller adgang til endnu ikke offentliggjorte data i virksomhedsregistret. Under alle omstændigheder kan den facilitet, hvortil adgang er blevet nægtet, ikke være de rå data som sådan, da disse leveres til alle på ikke-diskriminerende betingelser gennem betalingstjenesterne [51].

71. Jeg har allerede konkluderet, at et ikke-diskriminerende forbud mod genanvendelse er en udøvelse af regeringspolitik, som er tilladt i henhold til niende betragtning til direktiv 2003/98 og artikel 3 heri. Det kan imidlertid ikke nægtes, at Østrigs nægtelse af at levere nye opdaterede data og forbuddet mod genanvendelse effektivt forhindrer levering af en ydelse, for hvilken der synes at være påviselig efterspørgsel blandt forbrugerne. Som generaladvokat Jacobs imidlertid bemærkede i sit forslag til

47 — Jf. IMS Health-dommen, præmis 35.

48 — IMS Health-dommen, præmis 38. Jf. nyere retspraksis dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, præmis 331-335, hvor Retten i Første Instans giver en omfattende opsummering af retstilstanden vedrørende nægtelse af udstedelse af licens og misbrug af dominerende stilling.

49 — Dom af 17.2.2005, sag C-134/03, Viacom Outdoor, Sml. I, s. 1167, præmis 27.

50 — Jf. Viacom Outdoor-dommen, præmis 29.

51 — I denne henseende er sagen sammenlignelig med dom af 12.6.1997, sag T-504/93, Tiercé Ladbroke mod Kommissionen, Sml. II, s. 923, præmis 124, hvor Retten bemærkede, at ingen var blevet tildelt nogen licens på det relevante geografiske marked, således at ingen forskelsbehandling havde fundet sted. I den foreliggende sag er der ikke tale om forskelsbehandling, fordi adgangen til virksomhedsregistret er tilgængelig for alle gennem betalingstjenesterne.

afgørelse i Bronner-sagen, kan et pålæg om at udstede en immaterialrettighed, »hvad enten dette opfattes som en anvendelse af princippet om »essential facilities« eller, mere traditionelt, anses for en reaktion på, at det nægtes at levere varer eller tjenesteydelser – efter min opfattelse kun begrundes i de situationer, hvor den dominerende virksomhed virkelig »tager kvælertag« på markedet« [52].

72. Det er tvivlsomt, om leveringsnægtelsen og forbuddet mod genanvendelse i den foreliggende sag udelukker nogen konkurrence på det sekundære marked. Teoretisk set ville forbuddet mod genanvendelse, hvis det blev håndhævet effektivt, hvilket ikke synes at have været tilfældet indtil videre, forebygge eksistensen af et sekundært marked og som følge deraf enhver konkurrence derpå, forudsat at genanvendelsen af virksomhedsregistrets data var uomgængeligt nødvendigt som omhandlet i Domstolens praksis [53] for leveringen af nogen meningsfyldt forretningsoplysningstjeneste om virksomheder. Nægtelsen af at levere i form af masseadgang til nye og ajourførte data er ikke i sig selv i stand til at udelukke konkurrence på det sekundære marked. Det forårsager blot forsinkelser i fremførslen af opdaterede produkter, såsom de tjenester Compass-Datenbank leverer, og øger omkostningerne ved leveringen heraf.

## V – Forslag til afgørelse

73. På denne baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare de af Oberster Gerichtshof forelagte spørgsmål således:

»Artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at en offentlig myndighed ikke driver virksomhed, såfremt den lagrer data, som virksomheder har meddelt den i medfør af en lovbestemt oplysningspligt i en database (virksomhedsregister). En sådan myndighed driver heller ikke virksomhed, når den mod betaling giver indsigt i og lader fremstille udskrifter af registret, men derudover forbyder enhver videre anvendelse af disse data, hvad enten det sker under påberåbelse af dens sui generis-ret til beskyttelse som fremstiller af en database eller på andet grundlag.«

52 — Jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Bronner-sagen, punkt 65.

53 — Jf. Bronner-dommen, præmis 41-46, og IMS Health-dommen, præmis 28, 45 og 49.