CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 26 april 2012 [1]

Zaak C-138/11

Compass-Datenbank GmbH
tegen
Republik Österreich

[verzoek van het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Mededinging — Misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU — Begrip ‚onderneming' — Hergebruik van overheidsinformatie — Absoluut verbod op hergebruik van gegevens uit openbaar ondernemingsregister — Weigering van lidstaat om licentie te verlenen voor overdracht van gegevens in bulk voor verdere commerciële exploitatie — Identificatie van upstreammarkt — ‚Essential facilities'-doctrine — Leveringsweigering — Richtlijn 68/151/EEG — Richtlijn 96/9/EG — Richtlijn 2003/98/EG"

I – Inleiding

1. In deze zaak wenst het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof te vernemen of de Oostenrijkse Staat handelt als „onderneming" in de zin van artikel 102 VWEU door het hergebruik van gegevens in zijn openbare register van ondernemingen (hierna: „ondernemingsregister") alsook de commercialisering van die gegevens als onderdeel van een uitgebreide bedrijfsinformatiedienst te verbieden. Indien dit het geval is, wordt het Hof verzocht richtsnoeren aan te reiken met betrekking tot de vraag of de zogeheten „essential facilities"-doctrine van toepassing is. Deze doctrine heeft betrekking op situaties waarin de controle van een hulpbron door een onderneming op de upstreammarkt tot een machtspositie op de downstreammarkt leidt.

2. Deze vragen zijn gerezen in een context waarin de beginselen van het Unierecht op het gebied van de rechtsbescherming van databanken, het bijhouden van openbare ondernemingsregisters door de lidstaten en het hergebruik van overheidsinformatie relevant zijn. Enerzijds beroept namelijk Oostenrijk zich op een richtlijn die het verplicht een register met informatie over ondernemingen bij te houden, op een andere richtlijn betreffende de rechtsbescherming van databanken en op een derde richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie. Anderzijds doet Compass-Datenbank, de onderneming die deze vordering heeft ingesteld, een beroep op de richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie tot staving van haar stelling dat er sprake is van misbruik van machtspositie, en meer in het bijzonder op de „essential facilities"-doctrine.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

II – Unierecht

Richtlijn 68/151/EEG [2]

3. Artikel 3 van richtlijn 68/151 bepaalt:

„1. In iedere lidstaat wordt hetzij bij een centraal register hetzij bij een handelsregister of vennootschapsregister voor elk der aldaar ingeschreven vennootschappen een dossier aangelegd.

2. Alle akten en alle gegevens die krachtens artikel 2 openbaar gemaakt dienen te worden, worden in het dossier opgenomen of ingeschreven in het register; [...]

[...]

3. Een volledig of gedeeltelijk afschrift van de in artikel 2 bedoelde akten of gegevens moet op aanvraag verkrijgbaar zijn. Uiterlijk vanaf 1 januari 2007 kunnen aanvragen zowel schriftelijk als langs elektronische weg, naar keuze van de aanvrager, bij het register worden ingediend.

Vanaf een door elke lidstaat te kiezen datum, maar uiterlijk vanaf 1 januari 2007, moeten de in de eerste alinea bedoelde afschriften op papier of langs elektronische weg, naar keuze van de aanvrager, van het register kunnen worden verkregen. [...]

De kosten voor de verkrijging van een volledig of gedeeltelijk afschrift van de in artikel 2 bedoelde akten of gegevens, hetzij op papier, hetzij langs elektronische weg, mogen de administratiekosten niet overschrijden.

De in schriftelijke vorm verstrekte afschriften worden voor eensluidend afschrift gewaarmerkt, tenzij de aanvrager te kennen geeft hierop geen prijs te stellen. Elektronische kopieën worden niet voor eensluidend afschrift gewaarmerkt, tenzij de aanvrager hier uitdrukkelijk om verzoekt. [...]

4. De in lid 2 bedoelde akten en gegevens worden, hetzij volledig, hetzij gedeeltelijk, of door middel van een verwijzing naar het document dat in het dossier is opgenomen of in het register is ingeschreven, in het door de lidstaat aangewezen nationale publicatieblad bekendgemaakt. Het daartoe aangewezen nationale publicatieblad kan in elektronische vorm worden bewaard. [...]

5. De akten en gegevens kunnen door de vennootschap niet dan na de in lid 4 bedoelde openbaarmaking aan derden worden tegengeworpen, tenzij de vennootschap aantoont dat deze derden er kennis van droegen.

Deze akten en gegevens kunnen evenwel, met betrekking tot handelingen die zijn verricht vóór de zestiende dag volgend op die van de openbaarmaking, niet worden tegengeworpen aan derden die aantonen dat zij er onmogelijk kennis van hebben kunnen dragen. [...]”

2 — Eerste richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8), zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2003 tot wijziging van richtlijn 68/151/EEG van de Raad met betrekking tot de openbaarmakingsvereisten voor bepaalde soorten ondernemingen (PB L 221, blz. 13).

Richtlijn 96/9/EG [3]

4. De punten 40 en 41 van de considerans van richtlijn 96/9 luiden als volgt:

„(40) Overwegende dat [het] recht sui generis ten doel heeft om, voor de beperkte duur van het recht, een investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank te beschermen; dat deze investering een kwestie kan zijn van geld en/of tijd, moeite en energie;

(41) Overwegende dat het recht sui generis ten doel heeft de fabrikant van een databank de mogelijkheid te geven te verbieden dat de inhoud van die databank of een substantieel deel ervan zonder zijn toestemming opgevraagd en/of hergebruikt wordt; dat de fabrikant van een databank degene is die het initiatief neemt tot en het risico draagt van de investeringen; dat dit met name toeleveranciers uitsluit van de definitie van fabrikant".

5. Artikel 7 van richtlijn 96/9, met het opschrift „Voorwerp van de bescherming", onderdeel van hoofdstuk III, „Recht sui generis", bepaalt:

„1. De lidstaten voorzien in een recht voor de fabrikant van een databank, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering, om de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van die inhoud te verbieden.

2. In dit hoofdstuk wordt:

a) onder ‚opvraging' verstaan, het permanent of tijdelijk overbrengen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan op een andere drager, ongeacht op welke wijze en in welke vorm,

b) onder ‚hergebruik' verstaan, elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan, door verspreiding van kopieën, verhuur, onlinetransmissie of in een andere vorm. De eerste verkoop in de Gemeenschap van een kopie van een databank door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot uitputting van het recht om controle uit te oefenen op de doorverkoop van die kopie in de Gemeenschap.

[...]

3. Het in lid 1 bedoelde recht kan overgedragen, afgestaan of contractueel in licentie gegeven worden.

[...]

5. Het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank, in strijd met een normale exploitatie van die databank of waardoor ongerechtvaardigde schade wordt toegebracht aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de databank, zijn niet toegestaan."

Richtlijn 2003/98/EG [4]

3 — Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (PB L 77, blz. 20).

4 — Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie (PB L 345, blz. 90).

6. De punten 8 en 9 van de considerans van richtlijn 2003/98 luiden:

„(8) Een algemeen kader voor de voorwaarden voor het hergebruik van overheidsdocumenten is noodzakelijk om te zorgen voor eerlijke, evenredige en niet-discriminerende voorwaarden voor het hergebruik van dergelijk informatie. Openbare lichamen verzamelen, produceren, vermenigvuldigen en verspreiden documenten om hun openbare taak te vervullen. Gebruik van deze documenten om andere redenen is hergebruik. Het beleid van de lidstaten kan verder gaan dan de in deze richtlijn vastgestelde minimumvoorschriften en kan derhalve een uitgebreider hergebruik mogelijk maken.

(9) Deze richtlijn houdt niet de verplichting in het hergebruik van documenten toe te staan. De betrokken lidstaten of openbare lichamen blijven verantwoordelijk voor het besluit om hergebruik al dan niet toe te staan. [...] Openbare lichamen moeten worden aangemoedigd alle documenten in hun bezit voor hergebruik beschikbaar te stellen. Openbare lichamen moeten hergebruik van documenten bevorderen en aanmoedigen, ook van officiële teksten van wetgevende en administratieve aard, in die gevallen waarin het openbaar lichaam bevoegd is om toestemming te verlenen voor het hergebruik ervan."

7. Punt 22 van de considerans van richtlijn 2003/98 luidt: „[...] Deze richtlijn heeft geen gevolgen voor het bestaan of bezit van intellectuele-eigendomsrechten van openbare lichamen en houdt geen enkele beperking in voor de uitoefening van deze rechten buiten de door deze richtlijn gestelde grenzen. [...] Openbare lichamen dienen evenwel hun auteursrechten op dusdanige wijze uit te oefenen dat hergebruik wordt vergemakkelijkt."

8. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/98 draagt het opschrift „Voorwerp en toepassingsgebied" en bepaalt:

„1. Deze richtlijn stelt een minimumpakket voorschriften vast voor het hergebruik en de concrete middelen ter vereenvoudiging van het hergebruik van bestaande documenten die in het bezit zijn van openbare lichamen van de lidstaten."

9. Artikel 2, lid 4, van richtlijn 2003/98 definieert „hergebruik" als „het gebruik door natuurlijke personen of rechtspersonen van documenten die in het bezit zijn van openbare lichamen voor andere commerciële of niet-commerciële doeleinden dan het oorspronkelijk doel binnen de publieke taak waarvoor de documenten zijn geproduceerd. De uitwisseling van documenten tussen openbare lichamen uitsluitend met het oog op de vervulling van hun openbare taken is geen hergebruik".

10. Artikel 3 van richtlijn 2003/98, getiteld „Algemeen beginsel", bepaalt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer het hergebruik van documenten toegestaan is, deze documenten kunnen worden hergebruikt voor commerciële of niet-commerciële doeleinden overeenkomstig de voorwaarden van de hoofdstukken III en IV. Documenten worden zo veel mogelijk langs elektronische weg beschikbaar gemaakt."

III – Het geschil in het hoofdgeding, de relevante nationale wetgeving en de prejudiciële vragen

A – *Ondernemingsregister*

11. Op grond van §§ 1 en 2 van het Firmenbuchgesetz (hierna: „FBG”) [5] zijn ondernemingen verplicht bepaalde informatie in het ondernemingsregister te doen opnemen die, volgens diezelfde bepalingen, ook aan het publiek beschikbaar moet worden gesteld. Ingevolge § 3 omvat de informatie de namen van de ondernemingen, hun rechtsvorm, hun zetel, een omschrijving van hun bedrijfsactiviteit, hun filialen, de namen, geboortedata en omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van degenen die namens hen optreden, alsook gegevens met betrekking tot een liquidatieprocedure of de opening van een insolventieprocedure.

12. Tot 1990 was de door de Oostenrijkse Staat geregistreerde informatie voor het publiek toegankelijk bij de rechtbanken waar het ondernemingsregister werd bijgehouden. Het ondernemingsregister kan nog steeds bij de lokale en regionale gerechten (Berzirksgerichte) of via notarissen (§§ 33 en 35 FBG) worden geraadpleegd tegen een wettelijk bepaalde vergoeding.

13. Met ingang van 1 januari 1991 is het ondernemingsregister geautomatiseerd en tegen het einde van 1994 waren alle ondernemingsgegevens overgezet. Vanaf 1993 kon het publiek gegevens via viewdata opvragen, en sinds 1999 kunnen de gegevens van het ondernemingsregister via internet worden opgevraagd. Overeenkomstig § 34 FBG heeft eenieder recht op snelle toegang om de gegevens van het ondernemingsregister te raadplegen via elektronische gegevensoverdracht, voor zover de technologie en de beschikbaarheid van personeel dit toelaten.

14. De toegang van het publiek tot het ondernemingsregister langs elektronische weg veranderde in 1999, toen Oostenrijk aanvankelijk vijf afwikkelingsinstanties (Verrechnungsstellen) de opdracht gunde om via internet toegang tot het ondernemingsregister te verschaffen. [6] Deze instanties heffen een wettelijke vergoeding en brengen daarnaast een vergoeding voor hun diensten in rekening. De vergoedingen die zijn verschuldigd voor snelle toegang en inzage in het algemeen zijn vastgesteld in de verordening inzake de ondernemingsregisterdatabank (Firmenbuchdatenbankverordnung; hierna: „FBDBV” [7]). De wettelijke vergoedingen worden geïnd door de afwikkelingsinstanties en doorbetaald aan de staat. Zij worden berekend aan de hand van de aard van de opgevraagde informatie. De afzonderlijke vergoeding voor de dienst die de afwikkelingsinstantie verleent, behoeft de goedkeuring van het ministerie van Justitie.

15. De databank van het ondernemingsregister is een beschermde databank. De houder van het recht sui generis op de databank is de Oostenrijkse Staat. Volgens § 4, lid 2, FBDBV omvat de toestemming om het ondernemingsregister in te zien niet het recht op het verrichten van distributieactiviteiten („verboden hergebruik”). Dit recht is voorbehouden aan de Oostenrijkse Staat als vervaardiger van de databank, overeenkomstig de relevante auteursrechtelijke bepalingen die tot uitvoering van richtlijn 96/9 zijn vastgesteld. [8]

5 — BGBl. nr. 10/1991.

6 — De vertegenwoordiger van Oostenrijk heeft ter terechtzitting toegelicht dat voor deze oplossing enkel was gekozen, omdat de overheid niet over een infrastructuur beschikte voor onlinefacturering en -betaling voor raadpleging van het ondernemingsregister via internet.

7 — BGBl. II nr. 240/1999.

8 — Volgens de schriftelijke opmerkingen van Compass-Datenbank genoot de Oostenrijkse overheid vóór 1998 geen auteursrechtelijke bescherming met betrekking tot openbare registers.

B – *Databank van Compass-Datenbank*

16. Gedurende meer dan 130 jaar hebben Compass-Datenbank GmBH (hierna: „Compass-Datenbank") en haar rechtsvoorgangers de beschikking gehad over door de Oostenrijkse Staat bijgehouden verzamelingen met handels- en ondernemingsinformatie. Sinds 1995 exploiteert zij een via internet te raadplegen economische databank, die deels aan deze informatie is ontleend.

17. De databank van Compass-Datenbank bevat naast de gegevens uit het ondernemingsregister veel aanvullende informatie. Het bevat informatie over aandelenbezit, telefoon- en faxnummers, e-mailadressen, gebieden waarop de ondernemingen actief zijn en een korte omschrijving van hun activiteiten, alsook de banken waarbij zij rekeningen aanhouden. Compass-Datenbank heeft voor deze informatiedienst dagelijkse updates nodig van de in het ondernemingsregister opgenomen gegevens, die via eigen research worden aangevuld.

18. Tot december 2001 ontving Compass-Datenbank deze gegevens van het Oostenrijkse Bundesrechenzentrum zonder enige beperking ten aanzien van hergebruik. Compass-Datenbank ontving de gegevens in haar hoedanigheid van uitgever van het *Zentralblatt für Eintragungen in das Firmenbuch der Republik Österreich* (Centraal Publicatieblad voor inschrijvingen in het ondernemingsregister van de Republiek Oostenrijk). Compass-Datenbank gebruikte deze gegevens ook voor haar eigen economische databank.

C – *Hoofdgeding*

19. In 2001 stelde de Oostenrijkse Staat een vordering in bij het Handelsgericht Wien, die onder meer ertoe strekte Compass-Datenbank te verbieden, de gegevens uit het ondernemingsregister te gebruiken, in het bijzonder door opslag, reproductie en doorgifte ervan aan derden. Bij beschikking van 9 april 2002 heeft het Oberste Gerichtshof de vordering in kort geding gedeeltelijk ingewilligd. Daarbij werd Compass-Datenbank bevolen zich tot de definitieve beslissing in de bodemprocedure te onthouden van het gebruik van de databank van het ondernemingsregister om haar eigen economische databank te actualiseren, in het bijzonder gegevens daaruit op te slaan of op andere wijze te reproduceren, aan derden door te geven, voor hen toegankelijk te maken of informatie eruit te verschaffen, voor zover zij deze gegevens niet had verkregen tegen betaling van een billijke vergoeding aan de Oostenrijkse Staat. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt niet of in deze zaak een einduitspraak is gedaan.

20. De vertegenwoordiger van Compass-Datenbank heeft ter terechtzitting verklaard dat zij niettemin gegevens uit het ondernemingsregister is blijven ontvangen, tegen een vergoeding die Oostenrijk evenwel te laag vindt.

21. Op 21 december 2006 heeft Compass-Datenbank van haar kant een andere procedure aanhangig gemaakt, waarin zij vordert dat de Oostenrijkse Staat wordt gelast haar ingevolge het Bundesgesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (wet inzake het hergebruik van overheidsinformatie; hierna: „IWG")[9] bepaalde in het ondernemingsregister beschikbare documenten ter beschikking te stellen tegen betaling van een redelijke vergoeding. Meer bepaald heeft Compass-Datenbank verzocht om toegang tot documenten in de vorm van uittreksels uit het ondernemingsregister met geactualiseerde gegevens over de daarin geregistreerde rechtspersonen en de rechtspersonen die zich de dag ervoor hebben laten uitschrijven, alsook uittreksels uit het ondernemingsregister met historische gegevens.

9 — BGBl. I nr. 135/2005. Deze kwestie is in de verwijzingsbeslissing niet nader toegelicht, en evenmin de door mij aangehaalde relevante bepaling. Artikel 7 IWG bepaalt evenwel dat de vergoeding die de autoriteiten voor het hergebruik van overheidsinformatie berekenen niet meer mag bedragen dan de kosten daarvan plus een redelijke winstmarge.

22. In deze procedure is beslist dat Compass-Datenbank geen rechten aan het IWG kan ontlenen. Mogelijk zou zij zich echter kunnen beroepen op bepalingen van mededingingsrecht. Na behandeling in verschillende Oostenrijkse gerechten is de zaak thans aanhangig bij het Oberste Gerichtshof, dat het noodzakelijk acht het Hof de volgende drie prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Moet artikel 102 VWEU aldus worden uitgelegd dat een overheidsinstantie een economische activiteit verricht, wanneer zij de gegevens die ondernemingen op grond van een wettelijke meldingsplicht hebben meegedeeld, opslaat in een databank (ondernemingsregister) en tegen vergoeding inzage verleent en/of print-outs laat vervaardigen, maar verder gaande vormen van gebruik verbiedt?

Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

2) Is er sprake van een economische activiteit wanneer de overheidsinstantie vormen van gebruik die verder gaan dan het verlenen van inzage en het vervaardigen van print-outs verbiedt en zich daarvoor beroept op haar recht sui generis als fabrikant van de databank?

Indien de eerste of de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord:

3) Moet artikel 102 VWEU aldus worden uitgelegd dat de beginselen van de arresten RTE en ITP/Commissie en IMS Health [10] (‚Essential-Facilities-doctrine') ook moeten worden toegepast wanneer er geen ‚upstream-markt' bestaat, omdat de beschermde gegevens in het kader van overheidsactiviteiten worden verzameld en in een databank (ondernemingsregister) worden opgeslagen?"

23. Compass-Datenbank, de Oostenrijkse regering, Ierland, de Nederlandse regering, de Poolse regering, de Portugese regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Compass-Datenbank, de Oostenrijkse regering, Ierland en de Europese Commissie hebben deelgenomen aan de mondelinge behandeling op 2 februari 2012.

IV – Analyse

A – *Opmerkingen vooraf*

1. Rol van de afwikkelingsinstanties

24. Uit de opmerkingen van partijen blijkt dat allereerst de rol van de afwikkelingsinstanties bespreking behoeft, met name in hoeverre deze van invloed is op de beoordeling of de Oostenrijkse Staat economische activiteiten verricht.

25. Zoals in punt 14 supra aangegeven, is in 1999 een systeem van toegang tot het ondernemingsregister via de afwikkelingsinstanties ingevoerd. Zij verschaffen tegen betaling onlinetoegang tot het ondernemingsregister. De Oostenrijkse vertegenwoordiger heeft ter terechtzitting toegelicht dat thans iedere onderneming die aan de vereisten op het vlak van dienstverlening en prestaties voldoet als afwikkelingsinstantie kan worden erkend. Er zijn op dit ogenblik tien afwikkelingsinstanties actief op dit gebied, waaronder een onderneming die tot dezelfde groep van ondernemingen behoort als Compass-Datenbank. [11]

10 — Arresten van 6 april 1995 (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743) en 29 april 2004 (C-418/01, Jurispr. blz. I-5039).

11 — Ter terechtzitting is verklaard dat deze afwikkelingsinstantie een zusteronderneming is van Compass-Datenbank.

26. De afwikkelingsinstanties verzorgen via internet de verbinding tussen het ondernemingsregister en de afnemer. Zij mogen de gegevens uit het ondernemingsregister niet hergebruiken en de inhoud en presentatie van de doorgezonden informatie niet wijzigen. Zij mogen de inhoud ook niet uitbreiden met reclame. De afnemers van de afwikkelingsinstanties mogen de gegevens evenmin hergebruiken op een wijze die de rechten sui generis van Oostenrijk met betrekking tot het ondernemingsregister schendt. Dit betekent dat het verbod van een dergelijk onder het recht sui generis vallend hergebruik absoluut is en door Oostenrijk op niet-discriminerende wijze wordt toegepast.

27. Het is van belang in gedachten te houden dat Compass-Datenbank met haar vordering bij de nationale rechter van de Oostenrijkse Staat het recht op bulkoverdracht van nieuwe gegevens uit het ondernemingsregister wenst te verkrijgen tegen een redelijke vergoeding, inclusief het recht om deze gegevens te hergebruiken door ze op te nemen in de informatiedienst van Compass-Datenbank en ze te verhandelen.

28. Dit moet Compass-Datenbank in staat stellen een dienst te verlenen op basis van de gegevens die eenieder reeds ter beschikking staan via de afwikkelingsinstanties. Zoals Compass-Datenbank ter terechtzitting heeft verklaard, wil zij meer bieden dan enkel een reproductie van de door de afwikkelingsinstanties geboden informatie. Zij wil deze informatie toegevoegde waarde geven door haar aan te vullen met ander materiaal. Bovendien is het voor haar ondernemingsmodel noodzakelijk dat zij toegang heeft tot recente en geactualiseerde gegevens voor een lagere prijs dan de wettelijke vergoeding die via de afwikkelingsinstanties verschuldigd is. Dat is de inzet van de nationale procedure die Compass-Datenbank aanhangig heeft gemaakt, waarbij zij een bepaalde, haars inziens passende vergoeding aan de Oostenrijkse Staat heeft voorgesteld.

29. De rol van de afwikkelingsinstanties helder in gedachten houden is om twee redenen van belang. Ten eerste moeten, om te bepalen of een overheidsinstantie voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie als „onderneming” handelt, de afzonderlijke activiteiten van de betrokken overheidsinstantie worden geanalyseerd. De instantie zal als „onderneming” moeten worden aangemerkt voor zover die activiteiten van „economische” aard zijn.[12] Niet de activiteiten van de afwikkelingsinstanties, maar die van de Oostenrijkse Staat zijn derhalve relevant voor de vaststelling in hoeverre artikel 102 VWEU op het onderhavige geschil van toepassing is.

30. Het onderscheid is voorts van belang, omdat voor de vaststelling of een onderneming door de weigering een product of dienst te leveren haar machtspositie misbruikt, allereerst moet worden bepaald op welke markt de betrokken onderneming die machtspositie heeft. Deze analyse is derhalve gericht op de Oostenrijkse Staat en niet op de afwikkelingsinstanties.

31. De regeling valt mijns inziens te kwalificeren als volgt: Oostenrijk verleent de afwikkelingsinstanties concessies voor openbare diensten. Ik kom tot deze conclusie omdat de afwikkelingsinstanties, onder toezicht van het ministerie van Justitie, een zekere beperkte vrijheid hebben om de prijs voor de onlinetoegang tot het ondernemingsregister (de vergoeding naast het wettelijk tarief) te bepalen, welke vergoeding zij ontvangen van derden en niet van de aanbestedende dienst die hun de overeenkomst heeft gegund.[13] Het commerciële risico met betrekking tot de onlinetoegang tot het ondernemingsregister ligt bij de afwikkelingsinstanties, wat eveneens erop duidt dat Oostenrijk de instanties slechts een concessie heeft verleend.[14]

12 — Zie arresten van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21); 19 januari 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Jurispr. blz. I-43, punt 18), en 16 maart 2004, AOK-Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, Jurispr. blz. I-2439, punt 59).

13 — Zie arresten van 10 september 2009, Eurawasser (C-206/08, Jurispr. blz. I-8377, punten 53-57), en 10 maart 2011, Privater Rettungsdienst und Kranentransport Stadler (C-274/09, Jurispr. blz. I-1335, punten 24 en 25). Volgens afgeleid Unierecht is een concessieovereenkomst voor diensten een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten, behalve dat de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat hetzij in uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht en daarnaast betaling van een prijs.

14 — Arresten Eurawasser, reeds aangehaald, punten 67 en 68, en Privater Rettungsdienst und Kranentransport Stadler, reeds aangehaald, punt 26.

32. Hoewel is uitgemaakt dat de weigering van een lidstaat om een exclusieve licentie in de vorm van een dienstenconcessie te verlenen in het algemeen onderworpen is aan de fundamentele regels van het VEU en het VWEU, met name artikel 56 VWEU, en in het bijzonder aan de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit alsmede aan de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting [15], gaan de op de lidstaten rustende verplichtingen niet verder. Concessieovereenkomsten voor openbare diensten vallen niet binnen de werkingssfeer van een van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten. [16]

33. Terzijde merk ik op dat de vraag aan de orde kan zijn of de wettelijke vergoedingen en/of de door de afwikkelingsinstanties berekende aanvullende vergoeding hoger zijn dan de toegestane „administratiekosten" voor het verkrijgen van een volledig of gedeeltelijk afschrift van akten als bedoeld in artikel 3, lid 3, van richtlijn 68/151. Of Oostenrijk in strijd handelt met richtlijn 68/151 is evenwel niet relevant voor de vraag of Oostenrijk handelt als onderneming [17] door de massatoegang tot en het hergebruik van de gegevens te weigeren.

34. Bovendien, ofschoon de activiteiten van de afwikkelingsinstanties duidelijk als economische activiteiten moeten worden aangemerkt, is ook deze kwestie irrelevant voor de vraag of er van de zijde van Oostenrijk sprake is van misbruik door de weigering om een licentie voor massatoegang aan Compass-Datenbank te verlenen, of hergebruik van gegevens uit het ondernemingsregister toe te staan. De afwikkelingsinstanties zijn immers actief op een markt die is afgescheiden van en niet verwant is aan de markt waarop Compass-Datenbank zaken wil doen. De afwikkelingsinstanties zijn actief op de markt voor onlinetoegang tot het ondernemingsregister. Met andere woorden, zij leveren slechts een elektronische toegangsweg en gedecentraliseerde gebruikerinterface voor de door Oostenrijkse Staat bijgehouden informatie.

35. Compass-Datenbank is niet van deze markt uitgesloten en heeft op niet-discriminerende voorwaarden toegang tot die markt. Zoals gezegd, is bovendien een van de ondernemingen binnen haar groep als afwikkelingsinstantie actief op deze markt. Compass-Datenbank is niet uit op een recht op hergebruik van de informatie van de afwikkelingsinstanties, die deze informatie evenmin mogen gebruiken, maar op een alternatieve manier om toegang tot deze gegevens te verkrijgen. Compass-Datenbank stelt dat er van de zijde van Oostenrijk sprake is van misbruik, doordat het in de weg staat aan de ontwikkeling dan wel het voortbestaan van de markt voor de verhandeling van deze gegevens.

2. Relevantie van de richtlijnen

36. Een tweede kwestie die vooraf bespreking behoeft, doet zich voor naar aanleiding van de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse en de Nederlandse regering. Het betreft de vraag of, en zo ja in hoeverre, de krachtens de richtlijnen 68/151 en 2003/98 op Oostenrijk rustende verplichtingen een rol spelen bij de vaststelling of het economische activiteiten verricht in een voor de toepassing van artikel 102 VWEU relevante zin.

15 — Arrest van 3 juni 2010, Sporting Exchange (C-203/08, Jurispr. blz. I-4695, punt 39).

16 — Arrest Sporting Exchange, reeds aangehaald, punt 39.

17 — Anderzijds vereist de vraag of de door Oostenrijk vastgestelde wettelijke vergoedingen voor inzage van het ondernemingsregister, op basis van zijn recht sui generis op die databank, zo hoog zijn dat deze de activiteit tot een economische maken, nadere bestudering.

37. Het staat buiten kijf dat in het geval van een rechtstreeks conflict tussen een richtlijn en een bepaling van primair Unierecht, zoals artikel 102 VWEU, dit laatste voorgaat. Maar net als in elke andere staatsvorm die is gebaseerd op de beginselen van de rechtsstaat en grondwettigheid, is het binnen de Unie de taak van de wetgever om de meer abstracte en algemene regels en beginselen in de grondwet, of in het geval van de Unie in de Verdragen, in aanmerking te nemen en af te wegen. [18]

38. Volgens de benadering van met name de Nederlandse regering in haar schriftelijke opmerkingen is het bestaan en de inhoud van richtlijnen net zo relevant als nationale wettelijke bepalingen waar het erom gaat vast te stellen of een lidstaat economische activiteiten verricht die binnen de werkingssfeer van artikel 102 VWEU vallen, terwijl deze daarvan zijn uitgesloten wanneer het gaat om de uitoefening van openbaar gezag. Om vast te stellen of een overheidsinstantie economische activiteiten verricht, moet worden gekeken naar hun aard en hun doel en *de regels waaraan zij zijn onderworpen*. [19] Dit omvat alle relevante richtlijnen, zoals blijkt uit het arrest in de zaak SELEX Sistemi Integrati/Commissie [20], waarin een richtlijn relevant werd geacht voor de beoordeling of de activiteiten van Eurocontrol een economisch dan wel openbaar karakter hadden.

39. De richtlijnen moeten derhalve niet op grond van de hiërarchie van rechtsregels terzijde worden gesteld, maar zijn naar mijn mening een belangrijk onderdeel van de beoordeling die van het Hof wordt gevraagd. Zowel richtlijn 68/151 als richtlijn 2003/98, tezamen met richtlijn 96/9, bevatten bepalingen die relevant zijn voor de vaststelling of Oostenrijk, door het hergebruik van gegevens uit het ondernemingsregister te verbieden en een licentie voor massatoegang te weigeren, economische activiteiten ontplooit dan wel bevoegdheden van openbaar gezag uitoefent.

B – *Eerste en tweede prejudiciële vraag*

1. Strekking van de prejudiciële vragen

40. Het Hof wordt verzocht vast te stellen of Oostenrijk in de omstandigheden van het geval een „onderneming" is voor de toepassing van artikel 102 VWEU, en voorts of de „essential facilities"-doctrine relevant is voor de beslechting van het geschil, nu kennelijk een upstreammarkt ontbreekt.

41. De taak van het Hof beperkt zich er volgens mij toe de nationale rechter richtsnoeren te bieden met betrekking tot de vraag of Oostenrijk bevoegdheden van openbaar gezag of prerogatieven uitoefent, en geen economische activiteiten [21], dan wel of integendeel ten minste een van de betrokken activiteiten een economische activiteit is die valt te scheiden van de overheidswerkzaamheden. [22] Is dit laatste het geval, dan wordt het Hof verzocht richtsnoeren te verschaffen ten aanzien van de

18 — Wetgevingshandelingen van de Unie kunnen daarom alleen opzij worden gezet, wanneer het Hof heeft bevestigd dat er sprake is van onverenigbaarheid met de Verdragen in het kader van een procedure waarin de geldigheid van een afgeleide handeling aan de orde is. Zie arrest van 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, Jurispr. blz. 4199).

19 — Zie arrest SAT Fluggesellschaft, reeds aangehaald, punt 30. Cursivering van mij.

20 — Arrest Gerecht van 12 december 2006, T-155/04, Jurispr. blz. II-4797. Hogere voorziening in deze zaak: arrest van 26 maart 2009, SELEX Sistemi Integrati/Commissie (C-113/07 P, Jurispr. blz. I-2207).

21 — Zie arrest SAT Fluggesellschaft, reeds aangehaald, punt 27; arrest van 18 maart 1997, Diego Calì & Figli (C-343/95, Jurispr. blz. I-1547, punten 22 en 23), en arrest SELEX Sistemi Integrati/Commissie, C-113/07 P, reeds aangehaald, punt 70.

22 — Zie arrest SAT Fluggesellschaft, reeds aangehaald, punt 28, en arrest Gerecht van 12 december 2000, Aéroports de Paris/Commissie (T-128/98, Jurispr. blz. II-3929, punt 108). Het Hof heeft het scheidbaarheidsbeginsel bekrachtigd in het arrest van 24 oktober 2002, Aéroports de Paris/Commissie (C-82/01 P, Jurispr. blz. I-9297, punt 81).

parameters van de wetgeving inzake misbruik van een machtspositie, in de vorm van een weigering tot levering [23], en meer bepaald de omstandigheden waarin een weigering tot het verlenen van een concessie voor materiaal dat door een recht sui generis op een databank wordt beschermd, onder artikel 102 VWEU valt.

42. Ik behandel de eerste twee van deze punten door de eerste en de tweede prejudiciële vraag tezamen te bespreken. Ik behandel het laatste punt, aangaande de weigering om een concessie te verlenen, door de derde prejudiciële vraag afzonderlijk te bespreken.

43. Zoals de Poolse regering heeft opgemerkt, moet het Hof voor de beantwoording van deze vragen drie specifieke activiteiten bezien in het licht van zijn rechtspraak betreffende de omstandigheden waarin een overheidsinstantie als onderneming handelt en daarbij gebonden is aan de EU-regels die misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU verbieden. Het gaat om de volgende activiteiten:

i) de opslag in een databank (het ondernemingsregister) van gegevens die ondernemingen op grond van een wettelijke meldingsplicht verschaffen;

ii) het verlenen van inzage in en/of het verschaffen van uittreksels uit het ondernemingsregister tegen betaling, en

iii) het verbod van hergebruik van de in het ondernemingsregister vervatte gegevens.

44. Ik wijs in dit verband erop dat de relevante Oostenrijkse wetgeving blijk geeft van een restrictief beleid ten aanzien van de mogelijkheden voor derden om de gegevens in het ondernemingsregister te verwerken ten behoeve van bedrijfsinformatiediensten. Andere lidstaten, zoals Ierland, volgen een meer liberale benadering en voorzien in de mogelijkheid van, bijvoorbeeld, licenties voor bulkverstrekking en hergebruik voor commerciële doeleinden van dergelijke gegevens. Ongeacht de merites van deze verschillende benaderingen, beperkt het Unierecht de door een lidstaat gemaakte beleidskeuzes enkel in omstandigheden waarin de lidstaat handelt als onderneming.

2. Opslag van gegevens in het ondernemingsregister

45. Het begrip onderneming in de zin van het mededingingsrecht omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. [24] Dit omvat ook de lidstaten. Het is daarbij niet van belang of de lidstaat rechtstreeks via een tot het openbaar bestuur behorend orgaan handelt dan wel via een lichaam waaraan hij bijzondere of exclusieve rechten heeft verleend. [25] Wat onderzocht moet worden, is de aard van de activiteiten van het betrokken openbare bedrijf of lichaam. [26]

23 — Zie arresten van 5 oktober 1988, CICRA e.a./Renault (53/87, Jurispr. blz. 6039) en Volvo/Veng (238/87, Jurispr. blz. 6211); arrest RTE en ITP/Commissie (hierna: „arrest Magill") reeds aangehaald; arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791); arrest IMS Health, reeds aangehaald, en arrest Gerecht van 17 september 2007, Microsoft/Commissie (T-201/04, Jurispr. blz. II-3601).

24 — Zie arrest SAT Fluggesellschaft, reeds aangehaald, punt 18.

25 — Zie arrest Diego Calì & Figli, reeds aangehaald, punt 17.

26 — Zie arrest Diego Calì & Figli, reeds aangehaald, punt 18.

46. Openbare lichamen worden alleen dan niet als onderneming aangemerkt, wanneer zij bevoegdheden van openbaar gezag of prerogatieven uitoefenen, met uitsluiting van economische activiteiten. [27] Elke activiteit van het betrokken openbaar lichaam moet afzonderlijk worden bezien. Indien deze activiteiten scheidbaar zijn, is een openbaar lichaam een onderneming voor zover het economische activiteiten uitoefent. [28] Economische activiteiten bestaan volgens de rechtspraak in het aanbieden van goederen en diensten op de markt. [29]

47. Er bestaat geen twijfel over dat het in een databank, in dit geval het ondernemingsregister, opslaan van gegevens die door ondernemingen op grond van een wettelijke meldingsplicht zijn verstrekt, naar zijn aard, zijn doel en de regels waaraan dit is onderworpen verband houdt met de uitoefening van openbaar gezag. [30]

48. De opslag van gegevens in het ondernemingsregister, op basis van een wettelijke verplichting daartoe, is een activiteit die wordt verricht in het algemeen belang van de rechtszekerheid. De in § 2 FBG genoemde rechtssubjecten zijn verplicht om de in § 3 FBG vermelde informatie te verstrekken, om aldus te voldoen aan de inschrijvingseisen van §§ 4, 5, 6 en 7. Eveneens moeten zij onverwijld melding maken van elke wijziging in de reeds geregistreerde informatie (zie § 10 FBG). De Oostenrijkse Staat kan administratieve sancties opleggen om te verzekeren dat de informatie waarvoor een meldingsplicht bestaat volledig en tijdig wordt doorgegeven (§ 24 FBG). Dit is van belang, omdat het bestaan van prerogatieven en dwangmiddelen die van het gemene recht afwijken duidt op de uitoefening van overheidsgezag. [31]

49. Deze activiteit houdt bovendien verband met de verplichting van Oostenrijk ingevolge richtlijn 68/151, en in het bijzonder artikel 3 van die richtlijn, op grond waarvan de lidstaten een centraal register, handelsregister of vennootschappenregister moeten bijhouden. Artikel 3 verlangt voorts van de lidstaten dat zij zorg dragen voor de mededeling van en de redelijke toegang tot de daarin vervatte gegevens.

50. Ik merk op dat particuliere partijen weliswaar fysiek in staat zijn bedrijfsinformatie te genereren, te verzamelen en te verhandelen, maar daaraan niet de wettelijke status kunnen geven die kenmerkend is voor de in het officiële ondernemingsregister vermelde gegevens, namelijk dat zij aan derden kunnen worden tegengeworpen. [32] Dit rechtsgevolg kan enkel in het leven worden geroepen door specifieke rechtsregels. Het uitdrukkelijke doel van openbare registers als het ondernemingsregister is een bron van informatie te creëren waarop men in rechtsbetrekkingen kan vertrouwen, en aldus de voor het marktverkeer noodzakelijke rechtszekerheid te bieden.

3. Verlenen van inzage in het ondernemingsregister

51. Ook deze activiteit is onmiskenbaar een taak van de overheid. Het is evident dat openbare registers als het ondernemingsregister niet hun wezenlijke functie kunnen vervullen, te weten het bieden van rechtszekerheid door middel van de transparante beschikbaarheid van juridisch betrouwbare informatie, tenzij eenieder daartoe toegang heeft.

27 — Zie arresten SAT Fluggesellschaft, reeds aangehaald, punten 27-30; Diego Calì & Figli, reeds aangehaald, punt 22, en SELEX Sistemi Integrati/Commissie, C-113/07 P, reeds aangehaald, punt 70.

28 — Zie arresten AOK-Bundesverband e.a., reeds aangehaald, punt 58, en SAT Fluggesellschaft, reeds aangehaald, punt 28.

29 — Zie arrest Aéroports de Paris/Commissie, T-128/98, reeds aangehaald, punt 107, en arrest Aéroports de Paris/Commissie, C-82/01 P, reeds aangehaald, punt 79; arresten van 11 juli 2006, FENIN/Commissie (C-205/03 P, Jurispr. blz. I-6295, punt 25), en 3 maart 2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, Jurispr. blz. I-973, punt 42). Ook wanneer de activiteiten geen winstoogmerk hebben, kan niettemin sprake zijn van een relevante deelname aan een markt. Zie de conclusie van advocaat-generaal Maduro in de zaak FENIN/Commissie, reeds aangehaald, punt 14, en arrest SELEX Sistemi Integrati/Commissie, C-113/07 P, reeds aangehaald, punt 115.

30 — Zie arresten Diego Calì & Figli, reeds aangehaald, punt 23, en SAT Fluggesellschaft, reeds aangehaald, punt 30.

31 — Zie arrest SAT Fluggesellschaft, reeds aangehaald, punt 24.

32 — Zie artikel 3, lid 5, van richtlijn 68/151.

52. Zoals de Nederlandse regering heeft opgemerkt, leidt het feit dat een vergoeding wordt berekend, niet tot de conclusie dat een activiteit een economisch karakter heeft. Het is gebruikelijk dat voor activiteiten die duidelijk van niet-economische aard zijn een servicevergoeding verschuldigd is. Een treffend voorbeeld hiervan zijn de kosten die rechterlijke instanties en deurwaarders berekenen. Het feit dat een openbare activiteit het betrokken openbaar lichaam tot financieel voordeel kan strekken, maakt haar nog niet tot een economische.

53. Artikel 3, lid 3, derde alinea, van richtlijn 68/151 bepaalt dat de kosten voor de verkrijging van een afschrift uit het vennootschapsregister de „administratiekosten" niet mogen overschrijden. De Commissie heeft zowel in haar schriftelijke opmerkingen als in haar mondelinge opmerkingen ter terechtzitting gesteld dat de Oostenrijkse Staat met het beroep op zijn recht sui generis ten aanzien van de gegevens in het ondernemingsregister zijn economische belangen tracht te beschermen.

54. Tot dusver is er geen enkele indicatie dat de wettelijke vergoeding op zichzelf of tezamen met de door de afwikkelingsinstanties berekende vergoeding hoger is dan de administratiekosten voor het verstrekken van een afschrift van documenten of gegevens uit het ondernemingsregister in de zin van artikel 3, lid 3, van richtlijn 68/151. Zou dat wel het geval zijn, dan kan het door Oostenrijk toegepaste systeem van prijsstelling bij de nationale rechter worden aangevochten of, in het algemeen, in een inbreukprocedure krachtens artikel 258 VWEU.

55. Ook al zou het verlenen van inzage in en/of het verstrekken van uittreksels uit het ondernemingsregister worden aangemerkt als een economische activiteit, dit valt niet te scheiden van de taken inzake gegevensverzameling. Economische en openbare activiteiten kunnen van elkaar worden gescheiden indien de economische activiteit geen nauw verband houdt met de openbare activiteit, en het verband ertussen louter indirect is.[33] Zoals advocaat-generaal Maduro heeft opgemerkt, zijn van de toepassingssfeer van het mededingingsrecht uitgesloten alle uitingen van de uitoefening van overheidsmacht welke tot doel hebben de markt te reguleren en niet eraan deel te nemen.[34] Met name in de tekst van artikel 3 van richtlijn 68/151 komt tot uiting dat het bijhouden van het ondernemingsregister onlosmakelijk is verbonden met het waarborgen van een redelijke toegang tot dat register.

56. Anders dan de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen stelt, doet bovendien het feit dat de afwikkelingsinstanties, die via internet een openbare toegangsweg tot de betrokken gegevens bieden, niet over dwangmiddelen beschikken en dat tussen deze instanties een beperkte mate van concurrentie bestaat[35], niet af aan de onscheidbaarheid van de toegang tot de gegevens en het verzamelen ervan. De afwikkelingsinstanties zijn voorts onderworpen aan overheidscontrole door het toezicht van het ministerie van Justitie op de vergoedingen die zij bij gebruikers kunnen heffen.[36]

33 — Zie arrest SELEX Sistemi Integrati/Commissie, C-113/07 P, reeds aangehaald, punten 76 en 77.

34 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Maduro in de zaak FENIN/Commissie, reeds aangehaald, punt 15.

35 — Zie arrest AOK-Bundesverband e.a., reeds aangehaald, punt 56.

36 — Zie arrest Diego Calì & Figli, reeds aangehaald, punt 24. Dat de toegang tot een overheidactiviteit afhankelijk kan zijn van het gebruik van „poortwachters" die een activiteit met een economisch karakter verrichten, blijkt bijvoorbeeld uit bepalingen die voorschrijven dat partijen in een gerechtelijke procedure vertegenwoordigd moeten worden door advocaten. Zie bijvoorbeeld artikel 19, derde alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

4. Verbod op hergebruik van de gegevens

57. De stelling van Compass-Datenbank is nieuw in de zin dat zij is gefundeerd op een verplichting van Oostenrijk om te handelen teneinde aan de verplichtingen uit hoofde van artikel 102 VWEU te voldoen, in plaats van zich van handelen te onthouden. Ik wijs in dit verband op de grenzen van de verplichtingen van de lidstaten om proactief te handelen teneinde aan hun verplichtingen ingevolge het mededingingsrecht van de Unie te voldoen. Ofschoon er een algemene verplichting is om niets te doen wat de doelstellingen van het Verdrag, waaronder het mededingingsbeleid [37], in gevaar kan brengen, blijven de actieve verplichtingen van de lidstaten beperkt.

58. Deze beginselen zijn recentelijk bevestigd in het arrest AG2R Prévoyance [38], waarin het Hof eraan heeft herinnerd dat artikel 101 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 4, lid 3, VEU, de lidstaten verplicht geen maatregelen van wettelijke of bestuursrechtelijke aard te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. [39] Volgens artikel 106, lid 1, VWEU nemen of handhaven de lidstaten met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, bovendien geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die welke zijn neergelegd in de artikelen 18 VWEU en 101 VWEU tot en met 109 VWEU, onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 106, lid 2, VWEU. [40]

59. Geen van deze beginselen is voor de zaak van Compass-Datenbank van nut. De relevante bepalingen van de Oostenrijkse wetgeving maken het nuttig effect van de mededingingsregels van de Unie niet ongedaan. Deze rechtspraak gaat geenszins zo ver dat een lidstaat gegevens aan marktdeelnemers zou moeten vrijgeven of anderszins de totstandkoming van nieuwe markten te faciliteren, bij gebreke van internemarktmaatregelen bedoeld om mededinging mogelijk te maken in bedrijfstakken die traditioneel overheidsmonopolies waren. [41]

60. Ook komen de feiten van deze zaak niet overeen met die waarin aan een onderneming bijzondere of exclusieve rechten zijn verleend. Integendeel, het verbod op hergebruik en verhandeling van de gegevens die in het ondernemingsregister worden bijgehouden, buiten de activiteiten van de afwikkelingsinstanties om onlinetoegang tot de databank te verschaffen, geldt voor iedereen en niet alleen voor Compass-Datenbank. Naar huidig Unierecht kan immers „[d]e samensteller van een databank [...] zich [...] een exclusief recht van toegang tot zijn databank voorbehouden of de toegang daartoe voorbehouden aan bepaalde personen [...] of deze toegang afhankelijk stellen van bijzondere voorwaarden, bijvoorbeeld van financiële aard”. [42] Zoals gezegd, „houdt [richtlijn 2003/98] niet de verplichting” voor lidstaten in „het hergebruik van documenten toe te staan”. [43]

37 — Arrest van 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925).

38 — Reeds aangehaald, punten 24 en 25.

39 — Zie onder meer arrest AGR2 Prévoyance, reeds aangehaald, punt 24, en arresten van 21 september 1999, Brentjens (C-115/97-C-117/97, Jurispr. blz. I-6025, punt 65) en Drijvende Bokken (C-219/97, Jurispr. blz. I-6121, punt 55).

40 — Zie arrest AGR2 Prévoyance, reeds aangehaald, punt 25.

41 — Zoals is gebeurd in de telecommunicatiesector.

42 — Zie arrest van 9 oktober 2008, Directmedia Publishing (C-304/07, Jurispr. blz. I-7565, punt 52). Zie ook arrest van 9 november 2004, The British Horseracing Board e.a. (C-203/02, Jurispr. blz. I-10415, punt 55). Zowel punt 47 van de considerans als artikel 13 van richtlijn 96/9 maakt duidelijk dat het recht sui generis de EU-regels inzake misbruik van een machtspositie onverlet laat (zie arrest Directmedia Publishing, punt 56). Nu ik evenwel heb geconcludeerd dat Oostenrijk geen economische activiteiten verricht op grond waarvan het als „onderneming” in de zin van het mededingingsrecht van de Unie moet worden aangemerkt, is aantasting van de mededingingsregels van de Unie niet aan de orde.

43 — Zie punt 9 van de considerans van richtlijn 2003/98. Zie ook artikel 3 van richtlijn 2003/98, waaruit blijkt dat het toepassingsgebied van de richtlijn beperkt is tot omstandigheden waarin de betrokken lidstaat vrijwillig „het hergebruik van documenten” heeft „toegestaan”. Dit duidt erop dat het verbod op hergebruik van de gegevens een legitieme uitoefening is van overheidsbeleid, en dus een overheidstaak en geen economische activiteit.

61. De Oostenrijkse, de Nederlandse en de Portugese regering verwijzen ook naar artikel 7 van richtlijn 96/9 betreffende de rechtsbescherming van databanken, en het recht sui generis om die databank te beschermen. [44] Naar mijn mening is dit evenwel niet relevant voor de vaststelling of een verbod op hergebruik van gegevens een activiteit is met een openbaar of een economisch karakter in de zin van artikel 102 VWEU. Het is duidelijk dat openbare lichamen een beroep kunnen doen op hun privaatrechtelijke rechten om hun overheidstaken te beschermen, bijvoorbeeld in de hoedanigheid van grondeigenaar de toegang tot een militair terrein verbieden. Het recht sui generis gaat echter wel een rol spelen in de context van de derde prejudiciële vraag, bij de vaststelling of en wanneer de houder van een intellectueel eigendomsrecht gehouden kan zijn een concessie te verlenen.

62. Kortom, ik stel voor dat het Hof de eerste en de tweede prejudiciële vraag ontkennend beantwoordt.

C – *Derde prejudiciële vraag*

63. Aangezien ik de eerste twee prejudiciële vragen ontkennend heb beantwoord, behoeft de derde prejudiciële vraag geen antwoord. Niettemin wil ik de volgende opmerkingen maken. Deze kunnen het Hof van nut zijn, mocht het besluiten dat Oostenrijk bij het verzamelen van de in het ondernemingsregister opgenomen gegevens, of bij het ter beschikking stellen ervan aan het publiek, dan wel beide, een economische activiteit heeft verricht.

64. Met deze vraag wordt het Hof verzocht richtsnoeren aan te reiken met betrekking tot de beginselen die zijn neergelegd in de arresten Magill en IMS Health („essential facilities”-doctrine) en hun toepasselijkheid te bezien wanneer een upstreammarkt ontbreekt omdat de beschermde gegevens worden verzameld en opgeslagen in een databank (het ondernemingsregister) in het kader van de uitoefening van overheidsactiviteiten. Deze vraag is alleen relevant indien Oostenrijk wordt geacht in de omstandigheden van het hoofdgeding als onderneming te hebben gehandeld.

65. Allereerst moet de upstreammarkt worden geïdentificeerd. [45] Dat er geen sprake is van een machtspositie op deze markt, betekent immers dat er geen sprake kan zijn van misbruik op de downstreammarkt, ook wel naburige markt of afgeleide markt genoemd. In het hier voorliggende geval is er een parallelle markt voor onlinetoegang tot de basisgegevens van het ondernemingsregister via de afwikkelingsinstanties, maar is er geen upstreammarkt voor massatoegang tot de gegevens in het ondernemingsregister die legaal beschikbaar zijn voor hergebruik, en waaruit Compass-Datenbank zou kunnen putten om een product met toegevoegde waarde te vervaardigen. In plaats daarvan gaat het upstream om twee taken: enerzijds het verzamelen en registreren van de gegevens, en anderzijds het verzekeren van de toegang tot die gegevens. In de twee zaken die voor de oplossing van deze kwestie van essentieel belang zijn, te weten de zaken Magill en IMS Health, ging het om iets heel anders.

66. In de zaak Magill werd vastgesteld dat de ondernemingen die hun machtspositie hadden misbruikt door te weigeren een licentie te verlenen voor hun programmaoverzichten, en aldus de introductie beletten van een markt in alomvattende tv-gidsen, onmiskenbaar een machtspositie bezaten in de upstreammarkt voor televisieprogrammagegevens door een feitelijk monopolie op de gegevens voor de opstelling van de televisieprogramma's. [46] Dankzij deze machtspositie op de upstreammarkt hadden zij

44 — Zie met betrekking tot de reikwijdte van het verbod op hergebruik zonder toestemming in de zin van artikel 7 van richtlijn 96/9, arrest The British Horseracing Board e.a., reeds aangehaald, punt 61. Zie voor richtsnoeren met betrekking tot de definitie van beschermde databank, arrest The British Horseracing Board e.a., en arrest van 9 november 2004, Fixtures Marketing (C-46/02, Jurispr. blz. I-10365).

45 — Zie arrest IMS Health, reeds aangehaald, punt 45: „[...] is het doorslaggevend dat twee verschillende productiestadia kunnen worden aangewezen die verbonden zijn doordat het product in het eerdere stadium een onontbeerlijk element is voor de levering van het product in het latere stadium”.

46 — Zie arrest Magill, reeds aangehaald, punt 47.

invloed op een potentiële downstreammarkt met potentiële concurrentie. In de zaak Magill wilden RTE en ITP de commerciële exploitatie van de programmaoverzichten voorbehouden aan hun licentiehouders, actief in de upstreammarkt, waardoor geen downstreammarkt voor alomvattende tv-gidsen kon ontstaan.

67. Ook in de zaak IMS Health was de onderneming van wie een verplichte licentie werd verlangd zowel actief in economische zin als dominant op de relevante markt, te weten de aanbieding aan farmaceutische ondernemingen van regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen. De auteursrechtelijk beschermde „bouwsteenstructuren", door middel waarvan de onderneming de verkoopgegevens aanleverde, was de norm geworden op de relevante markt, waardoor de onderneming een machtspositie had verkregen. Het Hof verklaarde dat de weigering van de onderneming met een machtspositie om een licentie voor de bouwsteenstructuur aan een concurrent te verlenen alleen in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren. [47] In alle gevallen waarin een exclusieve licentie wordt uitgeoefend, moet aan drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan: i) de weigering staat in de weg aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat, ii) de weigering heeft geen rechtvaardigingsgrond, en iii) de weigering sluit elke mededinging op een afgeleide markt uit. [48]

68. In casu ontbreekt informatie in de verwijzingsbeslissing over de relevante downstreammarkt. We weten dat Compass-Datenbank de basisgegevens van het door de Oostenrijkse Staat bijgehouden ondernemingsregister wil aanvullen en verhandelen in de vorm van een uitgebreide bedrijfsinformatiedienst. We weten evenwel niets over de positie van Compass-Datenbank op de markt voor een dergelijke uitgebreide dienst wat essentiële punten aangaat, zoals haar marktaandeel, en hoe dit zich verhoudt tot het aandeel van andere deelnemers, zo die er al zijn. Zoals het Hof heeft verklaard, „vormen de afbakening van de relevante markt in termen van product en geografische ruimte, alsmede de berekening van het marktaandeel van de verschillende ondernemingen die op die markt opereren, het uitgangspunt voor elke beoordeling van een situatie in het licht van het mededingingsrecht". [49] Indien het Hof die beoordeling niet kan verrichten, zal het de verwijzingsbeslissing niet-ontvankelijk verklaren. [50]

69. Uit de verwijzingsbeslissing valt niet op te maken of Compass-Datenbank concurrenten van gewicht heeft die bedrijfsinformatiediensten aanbieden die rivaliseren met de databank van Compass-Datenbank. Is dat niet het geval, dan lijkt Compass-Datenbank een machtspositie te bekleden, kennelijk als gevolg van haar historische positie als uitgever van het *Zentralblatt*. Compass-Datenbank heeft de door haar benodigde gegevens ook nog ontvangen na de beschikking van het Oberste Gerichtshof van 2002, waarvan de rechtsgrondslag niet is toegelicht in de verwijzingsbeslissing, tegen een prijs die Oostenrijk te laag acht. In de onderhavige procedure vordert Compass-Datenbank in wezen geprivilegieerde toegang tot de gegevens van het ondernemingsregister op financiële en juridische voorwaarden die gunstiger voor haar zijn dan voor anderen. Het is dus in feitelijk opzicht niet helemaal duidelijk of het bij het vermeende misbruik gaat om het systeem van prijsstelling, de weigering tot levering van een dienst of de toegang tot een essentiële voorziening (essential facility).

47 — Zie arrest IMS Health, reeds aangehaald, punt 35.

48 — Zie arrest IMS Health, reeds aangehaald, punt 38. Meer recentelijk, zie het arrest Microsoft/Commissie, reeds aangehaald, punten 331-335, waarin het Gerecht een bondige samenvatting geeft van de rechtspraak met betrekking tot de weigering om een licentie te verlenen en het misbruik van een machtspositie.

49 — Arrest van 17 februari 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Jurispr. blz. I-1167, punt 27).

50 — Zie arrest Viacom Outdoor, reeds aangehaald, punt 29.

70. Voorts moet worden vastgesteld wat de noodzakelijke voorziening is in handen van de Oostenrijkse Staat. De twee voor de hand liggende kandidaten zijn het recht sui generis op de databank van het ondernemingsregister, dan wel de toegang tot de nog niet vrijgegeven gegevens van het ondernemingsregister. De geweigerde voorziening kan in geen geval de toegang tot de basisgegevens als zodanig zijn, omdat die via de afwikkelingsinstanties aan eenieder wordt verschaft in niet-discriminerende omstandigheden. [51]

71. Ik heb al geconcludeerd dat een niet-discriminerend verbod op hergebruik de uitoefening van overheidsbeleid is, welk beleid is toegestaan op grond van punt 9 van de considerans en artikel 3 van richtlijn 2003/98. Het valt evenwel niet te ontkennen dat de weigering van Oostenrijk om recente en geactualiseerde gegevens te verstrekken, en het verbod op hergebruik feitelijk in de weg staan aan de levering van een dienst waarvoor kennelijk een aantoonbare vraag bij consumenten bestaat. Maar, zoals advocaat-generaal Jacobs in de zaak Bronner heeft opgemerkt, een rechterlijk bevel tot het verlenen van een intellectueel eigendomsrecht valt „ongeacht of [het] wordt gezien als een toepassing van de ‚essential facilities'-doctrine, dan wel, meer traditioneel, als een reactie op de weigering tot levering van goederen of diensten, in de zin van het mededingingsbeleid slechts te rechtvaardigen in gevallen waarin de dominante onderneming een echte wurggreep op de verwante markt heeft". [52]

72. Dat de weigering om een overeenkomst te sluiten en het verbod op hergebruik in dit geval iedere mededinging op de afgeleide markt uitsluiten, is niet waarschijnlijk. Indien het verbod op hergebruik daadwerkelijk zou worden gehandhaafd, wat tot dusver niet het geval lijkt te zijn, zou het in theorie in de weg staan aan een afgeleide markt en bijgevolg iedere mededinging daarop, ervan uitgaande dat het hergebruik van gegevens uit het ondernemingsregister onontbeerlijk is in de zin van 's Hofs rechtspraak [53] voor de levering van een zinvolle bedrijfsinformatiedienst betreffende ondernemingen. De weigering tot levering in de vorm van massatoegang tot recente en geactualiseerde gegevens kan als zodanig niet tot uitsluiting van de mededinging op de afgeleide markt leiden. Het leidt slechts tot vertraging in het aanbieden van geactualiseerde producten, zoals de door Compass-Datenbank geboden dienst, en hogere kosten voor de levering ervan.

V – Conclusie

73. Gezien het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de door het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„Artikel 102 VWEU moet aldus worden uitgelegd, dat een overheidsinstantie die op basis van een wettelijke meldingsplicht verkregen bedrijfsgegevens opslaat in een databank (ondernemingsregister) niet handelt als onderneming. Een dergelijke instantie handelt evenmin als onderneming wanneer zij inzage in en de vervaardiging van uittreksels uit het register toestaat, maar een uitgebreider gebruik van de gegevens verbiedt, hetzij met een beroep op rechten sui generis op bescherming als de vervaardiger van de databank, hetzij op andere gronden."

51 — In deze zin is de zaak vergelijkbaar met de zaak Tiercé Ladbroke/Commissie, arrest Gerecht van 12 juni 1997, T-504/93, Jurispr. blz. II-923, punt 124, waarin het Gerecht vaststelde dat er geen enkele licentie in de relevante geografische markt was verleend en dat er bijgevolg geen sprake was van discriminatie. In het voorliggende geval is er geen sprake van discriminatie omdat eenieder toegang heeft tot het ondernemingsregister via de afwikkelingsinstanties.

52 — Zie conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Bronner, reeds aangehaald, punt 65.

53 — Zie arresten Bronner, reeds aangehaald, punten 41-46, en IMS Health, reeds aangehaald, punten 28, 45 en 49.