Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NIILO JÄÄSKINEN
föredraget den 26 april 2012 [1]

Mål C-138/11

Compass-Datenbank GmbH
mot
Republiken Österrike

(begäran om förhandsavgörande från Oberster Gerichtshof (Österrike))

”Konkurrens — Missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF — Begreppet ’företag’ — Vidareutnyttjande av uppgifter från den offentliga sektorn — Absolut förbud mot återanvändning av uppgifter i offentligt företagsregister — En medlemsstats vägran att bevilja licens för massöverföring av uppgifter för affärsmässigt återutnyttjande — Identifiering av marknaden i föregående led — Nödvändiga nyttigheter — Leveransvägran — Direktiv 68/151/EEG — Direktiv 96/9/EG — Direktiv 2003/98/EG”

I – Inledning

1. I målet har Oberster Gerichtshof (Österrikes högsta domstol) hänskjutit tolkningsfrågor för att få klarhet i huruvida den österrikiska staten ska ses som ett företag på det sätt som avses i artikel 102 FEUF när den förhindrar vidareutnyttjande av uppgifter ur det offentliga registret över företag (företagsregister) och förhindrar kommersialisering av dessa uppgifter för att upprätta en mer omfattande tjänst med näringslivsinformation. Om så är fallet har domstolen därutöver ombetts ge klarhet i huruvida den så kallade teorin om nödvändiga nyttigheter (”essential facilities”) är tillämplig. Teorin rör situationer där ett företags kontroll av resurserna på en marknad i föregående led kan skapa en dominerande ställning på marknaden i efterföljande led.

2. Dessa frågor har uppstått i ett sammanhang där EU-rättsliga principer om rättsligt skydd för databaser, medlemsstaternas offentliga företagsregister och vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn är tillämpliga. Anledningen härtill är att Republiken Österrike har åberopat ett direktiv enligt vilket den är förpliktad att tillhandahålla ett register med information om bolag, ett annat direktiv om rättsligt skydd för databaser och ett tredje om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn. Compass-Datenbank, bolaget som inledde det nationella målet, har å sin sida åberopat direktivet om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn, till stöd för vad bolaget anfört angående missbruk av dominerande ställning och i synnerhet teorin om nödvändiga nyttigheter.

1 — Originalspråk: engelska.

II – EU-lagstiftningen

Direktiv 68/151/EEG [2]

3. I artikel 3 i direktiv 68/151/EEG föreskrivs följande:

”1. I varje medlemsstat skall en akt läggas upp för varje bolag i det centrala register, handelsregister eller bolagsregister där bolaget är registrerat.

2. Alla handlingar och uppgifter som är offentliga enligt artikel 2 skall förvaras i akten eller föras in i registret; …

3. En fullständig eller partiell kopia av de handlingar och uppgifter som avses i artikel 2 måste finnas att tillgå på begäran. Från och med senast den 1 januari 2007 kan ansökan inlämnas till registret i pappersform och i elektronisk form enligt den sökandes val.

Senast från och med ett datum som varje medlemsstat får välja, dock senast den 1 januari 2007, skall kopior enligt första stycket kunna fås från registret i pappersform och i elektronisk form enligt den sökandes val …

Priset för att få en kopia av sådana handlingar och uppgifter som avses i artikel 2 eller delar av dem i pappersform eller i elektronisk form får inte överstiga den administrativa kostnaden.

Papperskopior skall vara bestyrkta om inte beställaren avstår från det. Elektroniska kopior får inte vara bestyrkta förutom när beställaren uttryckligen begär detta …

4. De i punkt 2 avsedda handlingarna och uppgifterna skall offentliggöras i den av medlemsstaten utsedda nationella tidningen, antingen genom att de helt eller delvis återges eller genom hänvisning till den handling som tagits in i akten eller förts in i registret. Den utsedda nationella tidningen kan vara en tidning i elektronisk form …

5. Bolaget får åberopa handlingar och uppgifter mot tredje man först sedan de har offentliggjorts enligt punkt 4, om inte bolaget visar att tredje man kände till handlingen eller uppgiften.

När det gäller åtgärder som vidtas före den sextonde dagen efter offentliggörandet får en handling eller en uppgift dock inte åberopas mot en tredje man som visar att det var omöjligt för honom att känna till handlingen eller uppgiften …”

Direktiv 96/9/EG [3]

4. Av skälen 40 och 41 i direktiv 96/9 framgår följande:

”(40) Det specifika föremålet för [rätten] av sitt eget slag är att garantera att investeringar för anskaffning, granskning och presentation av innehållet i en databas skyddas för en bestämd tid. Denna investering kan bestå i att pengar och/eller tid och energi lagts ned på projektet.

2 — Rådets första direktiv av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen (68/151/EEG) (EGT L 65, s. 8; svensk specialutgåva, volym 1, s. 3), i ändrad lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/58/EG av den 15 juli 2003 om ändring av rådets direktiv 68/151/EEG när det gäller krav på offentlighet i vissa typer av bolag (EUT L 221, s. 13).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (EGT L 77, s. 20).

(41) Syftet med rätten av sitt eget slag är att ge dataproducenten möjlighet att förhindra olovligt utdrag och/eller återanvändning av hela eller en väsentlig del av innehållet i en databas. Databasproducenten är den som tar initiativet och tar på sig risken att utföra investeringarna. Definitionen av producent utesluter således särskilt underleverantörerna."

5. I artikel 7 i direktiv 96/9, med rubriken "Rättighetens föremål", som återfinns i kapitel III, "Rätt av sitt eget slag", föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall tillerkänna en databasproducent som vid anskaffning, granskning eller presentation visar sig innehålla en kvantitets- eller kvalitetsmässigt sett väsentlig investering, rätten att förbjuda utdrag och/eller återanvändning av hela eller en kvalitativt eller kvantitativt sett väsentlig del av databasens innehåll.

2. I detta kapitel avses med

a) *utdrag*: en varaktig eller tillfällig överflyttning av hela eller en väsentlig del av innehållet i en databas, oberoende av på vilket sätt och i vilken form detta sker,

b) *återanvändning*: när hela eller en väsentlig del av innehållet i en databas görs tillgänglig för allmänheten genom spridning av exemplar, uthyrning, on-line överföring eller överföring i någon annan form. När en kopia av databasen en gång sålts inom gemenskapen av rättsinnehavaren eller med dennes medgivande, konsumeras hans rätt att kontrollera återförsäljningen inom gemenskapen av detta exemplar

…

3. Den rätt som avses i punkt 1 kan överföras, överlåtas eller ges som gåva genom licensavtal …

5. Återkommande eller systematiskt utdrag och/eller återanvändning av väsentliga delar av innehållet i den databas, som förutsätter förfoganden som strider mot normalt bruk av basen eller som orsakar databasproducenternas lagstadgade rättigheter oförsvarlig skada, är ej tillåtna."

Direktiv 2003/98/EG [4]

6. Av skälen 8 och 9 i direktiv 2003/98 framgår följande:

"(8) Det behövs en allmän ram för villkoren för vidareutnyttjande av handlingar från den offentliga sektorn för att rättvisa, proportionella och icke-diskriminerande villkor för vidareutnyttjande av sådan information skall kunna säkerställas. Offentliga myndigheter samlar in, framställer, reproducerar och sprider handlingar för att fullgöra sina offentliga plikter. Att utnyttja sådana handlingar av andra skäl utgör vidareutnyttjande. Medlemsstaterna kan i sin politik gå längre än de miniminormer som fastställs i detta direktiv och följaktligen tillåta mer omfattande vidareutnyttjande.

(9) Detta direktiv innehåller ingen skyldighet att tillåta vidareutnyttjande av handlingar. Beslutet om huruvida vidareutnyttjande skall tillåtas eller ej kommer fortfarande att fattas av medlemsstaterna eller den berörda offentliga myndigheten… Offentliga myndigheter bör främja och uppmuntra vidareutnyttjande av handlingar, inbegripet officiella handlingar av lagstiftningskaraktär och administrativ karaktär, i de fall den offentliga myndigheten har rätt att tillåta vidareutnyttjandet."

4 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/98/EG av den 17 november 2003 om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn (EUT L 345, s. 90).

7. I skäl 22 i direktiv 2003/98 föreskrivs följande: ”… Direktivet påverkar inte förekomsten av immateriella rättigheter hos offentliga myndigheter eller deras äganderätt av desamma, och det medför inte heller någon begränsning av utövandet av dessa rättigheter utöver de gränser som fastställs i detta direktiv … Offentliga myndigheter bör emellertid använda sin upphovsrätt på ett sätt som underlättar vidareutnyttjande.”

8. Av artikel 1.1 i direktiv 2003/98, med rubriken ”Syfte och räckvidd”, framgår följande:

”1. I detta direktiv fastställs en minimiuppsättning regler för vidareutnyttjande av handlingar som finns hos offentliga myndigheter i medlemsstaterna samt för hur detta vidareutnyttjande skall underlättas i praktiken.”

9. I artikel 2.4 i direktiv 2003/98 definieras vidareutnyttjande som ”personers eller rättssubjekts användning av handlingar som finns hos offentliga myndigheter för andra kommersiella eller icke-kommersiella ändamål än det ursprungliga ändamål för vilket handlingarna framställdes inom den offentliga verksamheten. Utbyte av handlingar mellan offentliga myndigheter som enbart sker i samband med deras offentliga verksamhet skall inte anses utgöra vidareutnyttjande.”

10. I artikel 3 i direktiv 2003/98, med rubriken ”Allmän princip”, stadgas följande:

”Om vidareutnyttjande av handlingar som finns hos offentliga myndigheter tillåts skall medlemsstaterna se till att dessa handlingar kan vidareutnyttjas för kommersiella eller icke-kommersiella ändamål i enlighet med villkoren i kapitlen III och IV. Om möjligt skall handlingarna göras elektroniskt tillgängliga.”

III – Målet vid den nationella domstolen, tillämplig nationell lagstiftning och tolkningsfrågorna

A – *Företagsregistret*

11. Enligt 1 och 2 §§ i Firmenbuchgesetz (lagen om företagsregistret, nedan kallad FBG) [5] är företag skyldiga att registrera vissa uppgifter i företagsregistret som, enligt samma bestämmelser, ska vara offentliga. Enligt 3 § ska dessa uppgifter innefatta firma, företagsform, säte, en kort beskrivning av verksamhetens syfte, filialer, namn och födelsedatum för personer med behörighet att företräda bolaget och uppgifter om behörighetens omfattning, samt uppgifter om eventuell likvidation eller inledande av insolvensförfarande.

12. Uppgifterna som den österrikiska staten samlat in hölls fram till år 1990 tillgängliga för allmänheten via de domstolar som förde dessa företagsregister. Det är fortfarande möjligt att ta del av företagsregistret vid lokala och regionala domstolar (Berzirksgerichte) eller genom notarius publicus (33 och 35 §§ FBG) mot en lagstadgad domstolsavgift.

13. Företagsregistret datoriserades med start den 1 januari 1991 och i slutet av 1994 var samtliga företagsuppgifter överförda. Från 1993 var det möjligt för allmänheten att göra sökningar via videotex och sedan 1999 har det varit möjligt att göra webbsökningar i företagsregistret via internet. I 34 § FBG fastslås att varje person har rätt att utan dröjsmål få ta del av uppgifterna i företagsregistret elektroniskt, under förutsättning att det finns tekniska resurser och tillgänglig personal.

5 — BGBl. nr 10/1991.

14. Allmänhetens tillgång till företagsregistret via internet förändrades år 1999 när Österrike inledningsvis tilldelade fem företag kontraktet för att sätta upp betalningsställen (Verrechnungsstellen) för den avgiftsbelagda förmedlingen av uppgifter ur företagsregistret via internet.[6] Dessa betalningsställen tar ut en lagstadgad avgift och tar betalt för sina tjänster. Avgifterna för skyndsam sökning och allmän sökning är fastställda i Firmenbuchdatenbankverordnung (förordningen om företagsregisters databaser, nedan kallad FBDV).[7] Avgifterna uppbärs av betalningsställena och vidarebefordras till österrikiska staten. Avgiften fastställs utifrån den typ av information som sökts. Avgifter som betalningsställena därutöver önskar ta ut för sina tjänster måste först godkännas av justitieministeriet.

15. Företagsregistret är en skyddad databas. Innehavaren av *sui generis*-rätten (rättigheten av sitt eget slag) är den österrikiska staten. Enligt 4 § andra stycket FBDV medför inte rätten att få del av uppgifterna i företagsregistret någon rätt att vidta åtgärder för spridning (förbjuden återanvändning). Denna rättighet är förbehållen den österrikiska staten som databastillverkare, i enlighet med gällande upphovsrättsliga regler som antogs i samband med att direktiv 96/9 införlivades.[8]

B – *Compass-Datenbanks databas*

16. I över 130 år har Compass-Datenbank GmBH (nedan kallat Compass-Datenbank) och dess rättsliga föregångare haft tillgång till samlingar av information om företag som den österrikiska staten innehaft. År 1995 började de administrera en näringslivsdatabas som är tillgänglig via internet och vars innehåll delvis härrör från denna information.

17. Compass-Datenbanks databas innehåller en ansenlig mängd information utöver den som härrör från företagsregistret. Den innehåller uppgifter om aktieinnehav, telefon- och faxnummer, e-postadresser, branscher som företagen är verksamma inom, tillsammans med en kort beskrivning av företaget samt i vilka banker konton innehas. För att kunna tillhandahålla denna informationstjänst är Compass-Datenbank beroende av dagliga uppdateringar av uppgifter ur företagsregistret, som sedan kompletteras med deras egna efterforskningar.

18. Fram till december 2001 erhöll Compass-Datenbank dessa uppgifter från Bundesrechenzentrum (österrikiska förbundsdatacentrum) utan någon begränsning beträffande dessa uppgifters återanvändning. Compass-Datenbank fick tillgång till uppgifterna i egenskap av utgivare av *Zentralblatt für Eintragungen in das Firmenbuch der Republik Österreich* (Tidning för registreringar i Republiken Österrikes företagsregister). Compass-Datenbank återanvände sedan uppgifterna i sin egen näringslivsdatabas.

C – *Förfarandet vid de nationella domstolarna*

19. År 2001 inledde österrikiska staten ett förfarande mot Compass-Datenbank vid Handelsgericht Wien (Wiens handelsdomstol) och yrkade bland annat att Compass-Datenbank skulle förpliktas att upphöra att använda uppgifter ur företagsregistret, i synnerhet för lagring, mångfaldigande och i den mån dessa gjordes tillgängliga för tredje man. Oberster Gerichtshof biföll delvis en ansökan om säkerhetsåtgärder i målet genom beslut av den 9 april 2002 och förelade Compass-Datenbank att, till dess målet avgjorts slutligt, avstå från att använda företagsregistret för att uppdatera sin egen näringslivsdatabas och i synnerhet från att lagra eller på annat sätt mångfaldiga uppgifter från

6 — Vid den muntliga förhandlingen förklarade företrädaren för Republiken Österrike att denna lösning valdes enbart på grund av att staten saknade den infrastruktur som krävdes för webbaserad fakturering och betalning beträffande förmedling av uppgifter ur företagsregistret via internet.

7 — BGBl. II, nr 240/1999.

8 — Enligt vad Compass-Datenbank gjort gällande i sina skriftliga yttranden åtnjöt den österrikiska staten inte något upphovsrättsligt skydd för offentliga register före 1998.

företagsregistret för att förmedla dessa till tredje man, göra dessa uppgifter tillgängliga för tredje man eller tillhandahålla uppgifter som härrörde från detta register, såvida Compass-Datenbank inte erhållit dessa uppgifter mot skälig ersättning som erlagts till den österrikiska staten. Av begäran om förhandsavgörande framgår inte huruvida de österrikiska domstolarna sedermera avgjorde målet slutligt.

20. Vid den muntliga förhandlingen förklarade Compass-Datenbank att det, trots detta, ändå fortsättningsvis har erhållit uppgifter ur företagsregistret, men mot en ersättning som den österrikiska staten har ansett vara för låg.

21. En ny talan väcktes den 21 december 2006 enligt vilken Compass-Datenbank yrkade att Republiken Österrike skulle förpliktas, i enlighet med Bundesgesetz über die Weiterwendung von Informationen öffentlicher Stellen (förbundslag avseende vidareutnyttjande av uppgifter från offentliga myndigheter),[9] att till Compass-Datenbank utge vissa handlingar som fanns tillgängliga i företagsregistret, mot en skälig avgift. Compass-Datenbank yrkade närmare bestämt att få tillgång till handlingar i form av utdrag ur företagsregistret innehållande uppgifter om de företag för vilka nya uppgifter införts eller raderats föregående dag, liksom utdrag ur företagsregistret med historiska fakta.

22. Genom det rättsförfarandet fastställdes att Compass-Datenbank inte hade någon sådan rätt enligt IWG. Däremot ansågs Compass-Datenbank möjligen kunna finna stöd för sin talan i konkurrensrättsliga bestämmelser. Efter att ha genomgått ett flertal instanser togs målet upp till prövning i Oberster Gerichtshof, som fann det nödvändigt att hänskjuta följande tre frågor till domstolen för förhandsavgörande:

”1) Ska artikel 102 FEUF tolkas så att en myndighet är att ses som ett företag när den i en databas (företagsregister) lagrar uppgifter vilka företag enligt lag är skyldiga att lämna och den mot ersättning ger möjlighet att ta del av uppgifter i databasen och/eller tillhandahåller utskrifter från denna, men inte tillåter någon användning som går utöver detta?

För det fall att fråga 1 besvaras nekande:

2) Är myndigheten att ses som ett företag när den med åberopande av sin *sui generis*-rätt i egenskap av databasproducent förbjuder användning av databasen som går utöver att ta del av dess innehåll och göra utskrifter av denna?

För det fall fråga 1 eller fråga 2 besvaras jakande:

3) Ska artikel 102 FEUF tolkas så, att principerna i domarna i de förenade målen RTE och ITP mot kommissionen (nedan kallade Magill) och i målet IMS Health[10] (teorin om nödvändiga nyttigheter, ’essential facilities’) är tillämpliga även om det inte finns någon marknad i föregående led, eftersom de skyddade uppgifterna insamlas och sparas i en databas (företagsregister) i samband med myndighetsutövning?”

23. Skriftliga yttranden har inkommit från Compass-Datenbank, den österrikiska regeringen, Irland, den nederländska regeringen, den polska regeringen, den portugisiska regeringen och Europeiska kommissionen. Compass-Datenbank, den österrikiska regeringen, Irland och Europeiska kommissionen närvarade vid förhandlingen den 2 februari 2012.

9 — BGBl. I, nr 135/2005. Det har inte redogjorts närmare för denna fråga i begäran om förhandsavgörande, inte heller har den citerade bestämmelsen belysts. Det kan dock noteras att det stadgas i 7 § IWG att avgifter som myndigheter tar ut för vidareutnyttjande av uppgifter från den offentliga sektorn inte får överstiga de kostnader som är hänförliga till detta jämte skälig vinstmarginal.

10 — Domstolens dom av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P (REG 1995, s. I-743) respektive av den 29 april 2004 i mål C-418/01 (REG 2004, s. I-5039).

IV – Bedömning

A – *Inledande synpunkter*

1. Betalningsställenas roll

24. Mot bakgrund av vad som framkommit i de skriftliga yttrandena som inkommit till domstolen finns det anledning att inledningsvis titta närmare på betalningsställenas roll, framför allt med avseende på hur denna inverkar på bedömningen av huruvida den österrikiska staten ägnar sig åt näringsverksamhet.

25. Som redogjordes för ovan i punkt 14 instiftades år 1999 ett system för att skapa åtkomst till företagsregistret genom att inrätta betalningsställena. Dessa erbjuder tillgång via internet till företagsregistret mot betalning. För närvarande kan, vilket Österrikes ombud förklarade vid förhandlingen, alla företag som uppfyller de uppställda kraven avseende tjänsten och utförandet godkännas som betalningsställe. Det finns numera tio betalningsställen som åtagit sig detta uppdrag, varav ett ingår i samma koncern som Compass-Datenbank.[11]

26. Betalningsställena upprättar en förbindelse mellan kunden och företagsregistret via internet. De är förhindrade att vidareanvända uppgifterna i företagsregistret eller att ändra innehållet eller presentationen av den hämtade informationen. De är vidare förhindrade att komplettera innehållet genom att infoga reklam. I motsvarande mån är det förbjudet för betalningsställenas kunder att återanvända uppgifterna på ett sätt som utgör ett intrång i den österrikiska statens *sui generis*-rätt beträffande företagsregistret. Detta betyder att förbudet mot sådan återanvändning som täcks av *sui generis*-rätten är absolut och hävdas av den österrikiska staten på ett icke-diskriminerande sätt.

27. Det är viktigt att notera att Compass-Datenbank med sin talan vid de nationella domstolarna sökt få rätt till massöverföring av nyinförda uppgifter i företagsregistret, mot en skälig avgift, med rätt att återanvända uppgifterna för att införa dessa i Compass-Datenbanks informationstjänst och sprida dem.

28. Syftet med en sådan talan är att Compass-Datenbank ska ges tillåtelse att tillhandahålla en informationstjänst som bygger på uppgifter som redan är allmänt tillgängliga genom betalningsställena. Enligt vad Compass-Datenbank påpekade vid förhandlingen vill de erbjuda mer än enbart en kopia av den information som betalningsställena tillhandahåller. De önskar ge informationen ett mervärde genom att utöka den med ytterligare material. Vidare kräver deras affärsidé att företaget får tillgång till nya och uppdaterade uppgifter för en avgift som är lägre än den lagstadgade avgiften som betalningsställena tar ut. Detta är även vad Compass-Datenbank krävde med sin talan vid de nationella domstolarna, och föreslog därvid en viss avgift som de ansåg var skälig att erlägga till den österrikiska staten.

29. Det är viktigt att få en klar bild av betalningsställena av två skäl. För att avgöra huruvida myndigheten uppträder i egenskap av ett sådant ”företag” som avses i EU:s konkurrensrätt måste var och en av den aktuella myndighetens verksamheter utredas. Myndigheten anses uppträda som ett företag i den mån dessa verksamheter är av ekonomisk natur.[12] Det är med andra ord den österrikiska statens verksamheter, snarare än betalningsställenas, som blir avgörande för bedömningen av i vilken utsträckning artikel 102 FEUF ska tillämpas på förevarande tvist.

11 — Vid förhandlingen framkom att detta betalningsställe var ett systerföretag till Compass-Datenbank.

12 — Se dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. 1979; svensk specialutgåva, s. I-135), punkt 21, dom av den 16 mars 2004 i de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, AOK Bundesverband m.fl. (REG 2004, s. I-2493), punkt 59, och dom av den 19 januari 1994 i mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft (REG 1994, s. I-43; svensk specialutgåva, s. I-1), punkt 18.

30. En sådan uppdelning är vidare av betydelse då det, för att avgöra huruvida ett företag missbrukar sin dominerande ställning genom att vägra att tillhandahålla en vara eller en tjänst, krävs att man först identifierar på vilken marknad som företaget har en dominerande ställning. Denna utredning är således snarare inriktad på den österrikiska staten än på betalningsställena.

31. Enligt min mening ska denna struktur bedömas på följande sätt. Den österrikiska staten överlåter en offentlig tjänstekoncession till betalningsställena. Jag har nått denna slutsats genom att fästa avseende vid att betalningsställena, under insyn av justitieministeriet, har en viss frihet att bestämma sitt pris för tillgång via internet till företagsregistret (det pris som går utöver den lagstadgade domstolsavgiften) och att ersättningen inte erläggs av den upphandlande myndigheten som tilldelade dem avtalet utan av tredje man.[13] Det är betalningsstället som står den affärsmässiga risken avseende tillgången till företagsregistret via internet, vilket även det tyder på att den österrikiska staten endast medgett en tjänstekoncession.[14]

32. Det har slagits fast att en medlemsstats vägran att bevilja en exklusiv licens i form av tjänstekoncession omfattas av skyldigheten att iaktta de grundläggande bestämmelserna i FEU och FEUF i allmänhet, särskilt artikel 56 FEUF, samt principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn.[15] Längre än så sträcker sig inte medlemsstaternas skyldighet. Avtal om tjänstekoncession omfattas inte av tillämpningsområdet för något av direktiven som rör offentlig upphandling.[16]

33. I förbigående kan noteras att frågan kan uppstå huruvida de lagstadgade avgifterna och/eller tilläggsersättningen som betalningsställena tar ut överstiger den tillåtna ”administrativa kostnaden” för att erhålla kopior av handlingar eller uppgifter som avses i artikel 3.3 i direktiv 68/151. Huruvida Österrike handlar i strid mot direktiv 68/151 är dock inte avgörande för frågan huruvida den österrikiska staten agerar i egenskap av företag[17] genom att vägra masstillgång till uppgifter och återanvändning av de aktuella uppgifterna.

34. Även om betalningsställenas verksamhet vidare måste ses som uppenbart ekonomisk, saknar detta relevans för frågan huruvida den österrikiska staten har missbrukat sin ställning genom att vägra att bevilja Compass-Datenbank licens för masstillgång till uppgifter eller tillåta återanvändning av företagsregistrets uppgifter. Anledningen är att betalningsställena är aktörer på en annan marknad utan samband med den som Compass-Datenbank önskar vara verksam på. Betalningsställena är aktörer på marknaden för elektronisk tillgång till företagsregister. De tillhandahåller med andra ord endast en elektronisk ingång och ett decentraliserat kundgränssnitt till informationen som innehas av den österrikiska staten.

35. Compass-Datenbank har inte uteslutits från denna marknad utan har tillträde till den på icke-diskriminerande grunder. Som nämnts ovan återfinns ett betalningsställe verksamt på denna marknad i samma koncern. Compass-Datenbank eftersträvar inte att få rätt till återanvändning av uppgifterna från betalningsställena, som är utestängda från sådan återanvändning i samma utsträckning, utan snarare ett alternativt sätt att få tillgång till uppgifterna. Compass-Datenbank hävdar att den österrikiska staten har missbrukat sin ställning genom att förhindra att en marknad för kommersialisering av dessa uppgifter uppstår eller består.

13 — Se dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, Eurawasser (REG 2009, s. I-8377), punkterna 53–57, och dom av den 10 mars 2011 i mål C-274/09, Privater Rettungsdienst und Kranentransport Stadler (REU 2011, s. I-1335), punkterna 24–25. Enligt EU:s sekundärlagstiftning är tjänstekoncession ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

14 — Se domen i målet Eurawasser (ovan fotnot 13), punkterna 67 och 68, och domen i målet Privater Rettungsdienst und Kranentransport Stadler (ovan fotnot 13), punkt 26.

15 — Dom av den 3 juni 2010 i mål C-203/08, Sporting Exchange (REU 2010, s. I-4695), punkt 39.

16 — Se domen i målet Sporting Exchange (ovan fotnot 15), punkt 39.

17 — Däremot krävs det ytterligare utredning för att avgöra om de lagstadgade avgifterna för sökningar i företagsregistret, som den österrikiska staten har bestämt med stöd av sin *sui generis*-rätt till databasen, är så pass höga att den ger verksamheten en ekonomisk karaktär.

2. Direktivens tillämplighet

36. En ytterligare inledande fråga som måste belysas har uppkommit till följd av den österrikiska och den nederländska regeringens skriftliga yttranden. Den rör huruvida, och i så fall på vilket sätt, Österrikes skyldigheter till följd av direktiven 68/151 och 2003/98 inverkar vid bedömningen av huruvida den bedriver ekonomisk verksamhet på sätt som har betydelse för tillämpligheten av artikel 102 FEUF.

37. I en situation där ett direktiv står i konflikt med en bestämmelse i EU-fördragen, som artikel 102 FEUF, har de senare utan tvivel företräde. Men inom Europeiska unionen, liksom inom vilket annat samfund grundat på principen om konstitutionalism och rättsstatsprincipen, är det lagstiftarens uppgift att beakta och balansera de mer abstrakta och generella principerna i grundlagen, eller som är fallet inom Europeiska unionen, i fördragen. [18]

38. I enlighet med detta synsätt, i synnerhet det som framkommit i den nederländska regeringens skriftliga yttrande, väger direktiv och deras innehåll lika tungt som nationell lag vid avgörandet av huruvida en medlemsstat bedriver sådan ekonomisk verksamhet som faller inom tillämpningsområdet för artikel 102 FEUF, till skillnad från myndighetsutövning som faller utanför. Prövningen av huruvida en myndighet bedriver ekonomisk verksamhet innefattar en bedömning av verksamhetens art, *syfte och de regler som gäller för den*. [19] Detta omfattar att beakta samtliga tillämpliga direktiv, vilket domstolen belyste i dom av den 12 december 2006 i mål T-155/04, Selex Sistemi Integrati mot kommissionen, [20] där ett direktiv var betydelsefullt för bedömningen av om Eurocontrols verksamhet var av ekonomisk eller offentlig karaktär.

39. Så i stället för att placera direktiven på en sida på grund av normhierarkin, utgör de enligt min mening en viktig del av den bedömning som domstolen är ombedd att utföra. Både direktiv 68/151 och 2003/98, tillsammans med direktiv 96/9, innehåller bestämmelser som är betydelsefulla för att avgöra huruvida den österrikiska staten bedriver ekonomisk verksamhet eller myndighetsutövning, när den förbjuder återanvändning av uppgifter ur företagsregistret och vägrar att bevilja licens för masstillgång till uppgifter.

B – *Den första och den andra tolkningsfrågan*

1. Tolkningsfrågornas omfattning

40. Den hänskjutande domstolen vill att domstolen ska avgöra huruvida den österrikiska staten under förevarande omständigheter är ett ”företag” enligt artikel 102 FEUF och, därutöver, huruvida teorin om ”nödvändiga nyttigheter” är relevant vid avgörandet av målet när det av allt att döma saknas en marknad i föregående led.

41. Enligt min mening är domstolens uppgift dock begränsad till att ge den hänskjutande domstolen vägledning avseende huruvida den österrikiska staten utövar offentligrättsliga maktbefogenheter och rättigheter, vilket utesluter ekonomisk verksamhet, [21] eller huruvida tvärtom åtminstone en av verksamheterna i fråga utgör en ekonomisk verksamhet som kan särskiljas från den österrikiska

18 — Av denna anledning kan unionsrättsakter inte förklaras ogiltiga utan att domstolen har slagit fast att det föreligger en oförenlighet med fördragen inom ramen för en prövning av sekundära rättsakter. Se dom av den 22 oktober 1987 i mål T-314/85, Foto-Frost (REG 1987, s. 4199; svensk specialutgåva, s. 233).

19 — Se domen i målet SAT Fluggesellschaft (ovan fotnot 12), punkt 30. Min kursivering.

20 — Domen i målet (REG 2006, s. II-4797), överklagad i dom av den 26 mars 2009 i mål C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati mot kommissionen (REG 2009, s. I-2207).

21 — Se domen i målet SAT Fluggesellschaft (ovan fotnot 12), punkt 27, dom av den 18 mars 1997 i mål C-343/95, Diego Calì & Figli (REG 1997, s. I-1547), punkt 22, och domen i målet C-113/07 P, Selex Sistema Integrati mot kommissionen (ovan fotnot 20), punkt 70.

statens offentliga verksamheter.[22] Om det senare är fallet har domstolen vidare ombetts ge vägledning avseende rekvisiten i bestämmelserna om missbruk av dominerande ställning, i form av leveransvägran,[23] och särskilt under vilka omständigheter vägran att bevilja licens för material som är skyddat av en *sui generis*-rätt till en databas faller inom tillämpningsområdet för artikel 102 FEUF.

42. Jag kommer att undersöka de två första punkterna genom att pröva den första och den andra tolkningsfrågan gemensamt. Den sista punkten angående vägran att bevilja licens kommer att behandlas i samband med att den tredje tolkningsfrågan prövas separat.

43. Vid bedömningen av dessa frågor krävs, som den polska regeringen har påpekat, att domstolen tittar närmare på tre specifika verksamheter med beaktande av domstolens rättspraxis gällande under vilka omständigheter en myndighet anses agera som ett företag och därigenom bli bunden av EU:s regler om förbud mot missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Dessa verksamheter är:

1. Lagring av information som företag enligt lag är skyldiga att lämna i en databas (företagsregistret).

2. Tillåtande av sökningar i och/eller utskrifter av företagsregistret mot en avgift.

3. Förbud mot återanvändning av uppgifterna ur företagsregistret.

44. Innan dessa frågor prövas är det viktigt att notera att den tillämpliga österrikiska lagstiftningen avspeglar en restriktiv hållning gentemot möjligheten att förse tredje man med tjänster med näringslivsinformation genom en bearbetning av uppgifter ur företagsregistret. Andra medlemsstater, såsom Irland, har antagit en mer liberal hållning och tillåter exempelvis licenser för masstillgång till uppgifter samt vidareanvändning av dessa för kommersiella syften. Oberoende av fördelarna med dessa olika betraktelsesätt begränsar EU-rätten endast de val av tillvägagångssätt som medlemsstaterna beslutar om när de agerar som företag.

2. Att lagra information i företagsregistret

45. Inom konkurrensrätten omfattar begreppet företag varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga ställning och dess finansieringssätt.[24] Detsamma gäller för medlemsstaterna. Det saknar betydelse om medlemsstaten handlar direkt genom ett organ som är en del av dess offentliga förvaltning eller genom ett organ som medlemsstaten har beviljat särskilda eller exklusiva rättigheter.[25] Det är i stället nödvändigt att undersöka hur de verksamheter är beskaffade som utövas av det offentliga företaget eller organet i fråga.[26]

22 — Se domen i målet SAT Fluggesellschaft (ovan fotnot 12), punkt 28, dom av den 12 december 2000 i mål T-128/98, Aéroports de Paris (REG 2000, s. II-3929), punkt 108, principen om särskiljning fastställdes av domstolen i dom av den 24 oktober 2002 i mål C-82/01 P, Aéroports de Paris (REG 2002, s. I-9297), punkt 81.

23 — Se dom av den 5 oktober 1988 i mål 53/87, CICRA m.fl. mot Renault (REG 1988, s. 6039), dom av den 5 oktober 1988 i mål 238/87, Volvo mot Veng (REG 1988, s. 6211), domen i de förenade målen Magill (ovan fotnot 10), dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791), domen i målet IMS Health (ovan fotnot 10), dom av den 17 september 2007 i mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen (REG 2007, s. II-3601).

24 — Se domen i målet SAT Fluggesellschaft (ovan fotnot 12), punkt 18.

25 — Se domen i målet Diego Calì & Figli (ovan fotnot 21), punkt 17.

26 — Se domen i målet Diego Calì & Figli (ovan fotnot 21), punkt 18.

46. Det enda som hindrar att offentliga myndigheter anses som företag är att de utövar offentligrättsliga maktbefogenheter eller rättigheter, vilket utesluter ekonomisk verksamhet.[27] Det är nödvändigt att bedöma den ifrågavarande offentliga myndighetens alla verksamheter var för sig. För det fall verksamheterna går att särskilja från varandra ska den offentliga myndigheten anses som ett företag i den utsträckning som den bedriver ekonomisk verksamhet.[28] Enligt rättspraxis utgörs ekonomisk verksamhet av sådan verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad.[29]

47. Det är utan tvekan så att lagring i en databas, i förevarande fall företagsregistret, av information som företag lämnat på grund av deras lagstadgade skyldighet att göra så, är på grund av sin art, sitt syfte och de regler som gäller för den nära förbunden med myndighetsutövningen.[30]

48. Lagringen av uppgifter i företagsregistret, på grundval av en lagstadgad skyldighet att göra så, utgör en verksamhet som utförs för att tillgodose allmänintresset av rättssäkerhet. Rättssubjekten som räknas upp i 2 § FBG är skyldiga att lämna de uppgifter som anges i 3 § FBG för att uppfylla kraven som uppställs i 4–7 §§ FBG. Därutöver är de skyldiga att utan dröjsmål meddela ändringar i redan registrerade uppgifter (se 10 § FBG). Österrikiska staten kan införa administrativa sanktioner för att se till att de uppgifter som omfattas av anmälningsplikten meddelas i rätt tid (24 § FBG). Detta har betydelse eftersom det har slagits fast att rättigheter och befogenheter som avviker från allmän lag utgör en indikator på att det rör sig om myndighetsutövning.[31]

49. Vidare har denna verksamhet direkt anknytning till den österrikiska statens skyldigheter enligt direktiv 68/151, och särskilt dess artikel 3. Enligt denna är medlemsstaterna skyldiga att administrera ett centralt register, handelsregister eller bolagsregister. Härutöver är medlemsstaterna ansvariga för att uppgifterna i bolagsregistret hålls offentliga och rimligt tillgängliga.

50. Det ska noteras att enskilda parter, även om de har den fysiska möjligheten att skapa, insamla och kommersialisera företagsinformation, aldrig kan ge den sådan rättslig status som präglar uppgifterna i det officiella företagsregistret, nämligen att dessa kan åberopas gentemot en tredje man.[32] Denna rättsverkan kan endast uppnås genom särskilda bestämmelser. Det uttryckliga syftet med sådana offentliga register som företagsregistret är att inrätta en informationskälla som kan åberopas i rättsliga förhållanden och därigenom säkerställa den rättssäkerhet som behövs för handel på marknaden.

3. Att tillåta sökningar i företagsregistret

51. Även denna verksamhet utgör tveklöst offentlig verksamhet. Det är uppenbart att offentliga register såsom företagsregistret inte kan fylla sitt främsta syfte, nämligen att åstadkomma rättssäkerhet genom öppen tillgång till rättsligt tillförlitlig information, om de inte är åtkomliga för alla.

27 — Se domen i målet SAT Fluggesellschaft (ovan fotnot 12), punkterna 27–30, domen i målet Diego Calì & Figli (ovan fotnot 21), punkt 22, och domen i målet C-113/07 P, Selex Sistema Integrati mot kommissionen (ovan fotnot 20), punkt 70.

28 — Se domen i de förenade målen AOK Bundesverband m.fl. (ovan fotnot 12), punkt 58, samt domen i målet SAT Fluggesellschaft (ovan fotnot 12), punkt 28.

29 — Se domen i målet T-128/98, Aéroports de Paris (ovan fotnot 22), punkt 107, domen i målet C-82/01 P, Aéroports de Paris (ovan fotnot 22), punkt 79, dom av den 11 juli 2006 i mål C-205/03 P, Fenin mot kommissionen (REG 2006, s. I-6295), punkt 25, samt dom av den 3 mars 2011 i mål C-437/09, AG2R Prévoyance (REU 2011, s. I-973), punkt 42. Även om en verksamhet inte bedrivs i vinstsyfte kan det fortfarande föreligga marknadsdeltagande. Se generaladvokaten Maduros förslag till avgörande i målet Fenin mot kommissionen (ovan fotnot 29), punkt 14, samt domen i målet C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati mot kommissionen (ovan fotnot 20), punkt 115.

30 — Se domen i målet Diego Calì & Figli (ovan fotnot 21), punkt 23, samt domen i målet SAT Fluggesellschaft (ovan fotnot 12), punkt 30.

31 — Se domen i målet SAT Fluggesellschaft (ovan fotnot 12), punkt 24.

32 — Se artikel 3.5 i direktiv 68/151.

52. Som den nederländska regeringen påpekade ska inte den omständigheten att en avgift tas ut leda till att man drar slutsatsen att en verksamhet är av ekonomisk art. Det är vanligt förekommande med serviceavgifter inom verksamheter som är av uppenbart icke-ekonomisk art. Ett tydligt exempel på detta är de avgifter som måste erläggas till domstolar eller kronofogdemyndigheten. Omständigheten att myndighetsutövningen kan vara vinstgivande för den offentliga myndigheten i fråga innebär inte att denna är av ekonomisk natur.

53. Av artikel 3.3 tredje stycket i direktiv 68/151 framgår att priset för att få en kopia av sådana handlingar och uppgifter ur bolagsregistret inte får överstiga den administrativa kostnaden. Kommissionen har både i sitt skriftliga yttrande och vid förhandlingen gjort gällande att Republiken Österrike åberopat sin *sui generis*-rätt avseende uppgifterna i företagsregistret för att skydda sina ekonomiska intressen.

54. Det har inte framkommit något som ger fog för att den lagstadgade domstolsavgiften, för sig eller tillsammans med den ersättning som betalningsställena kräver, skulle överstiga den administrativa kostnaden för att få tillgång till en kopia av handlingar eller uppgifter registrerade i företagsregistret på sätt som avses i artikel 3.3 i direktiv 68/151. Om så hade varit fallet skulle avgiftssystemet som Republiken Österrike tillämpar kunna angripas vid nationell domstol eller, på principiell nivå, genom en talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF.

55. Även om sökningar i och/eller avskrifter från företagsregistret hade bedömts som en ekonomisk verksamhet skulle denna inte kunna särskiljas från verksamheten bestående av insamling av uppgifter. Ekonomisk verksamhet kan särskiljas från offentlig verksamhet om denna inte har någon nära anknytning till den offentliga verksamheten och förhållandet dem emellan endast är indirekt.[33] Som generaladvokaten Maduro har påpekat är alla uttryck för offentlig myndighetsutövning, som syftar till att reglera marknaden och inte att delta på densamma, uteslutna från konkurrensrättens tillämpningsområde.[34] Såsom det särskilt framgår av lydelsen av artikel 3 i direktiv 68/151 finns det ett ofrånkomligt samband mellan att förvalta företagsregistret och att tillförsäkra rimlig tillgång till det.

56. Vidare, till skillnad från vad kommissionen har gjort gällande i sitt skriftliga yttrande, försvagas inte denna odelbarhet mellan tillgången till uppgifter och insamlingen av dem av den omständigheten att betalningsställena – som tillhandahåller en ingång för allmänheten för att tillgå uppgifterna i fråga via internet – inte har någon rätt att vidta tvångsåtgärder, när det samtidigt förekommer en viss grad av konkurrens mellan betalningsställena.[35] Vidare är betalningsställena föremål för statlig kontroll genom justitieministeriets tillsyn över avgifterna som de tar ut av användare.[36]

4. Att förbjuda vidareanvändning av uppgifter

57. Compass-Datenbanks talan är ny i det avseendet att den grundar sig på en förpliktelse för den österrikiska staten att agera för att uppfylla sina förpliktelser enligt artikel 102 FEUF, snarare än att avstå från att agera. Det kan i detta sammanhang vara på sin plats att erinra om de begränsningar som finns beträffande medlemsstaternas skyldigheter att handla i förebyggande syfte för att uppfylla de förpliktelser som åligger dem enligt EU:s konkurrenslagstiftning. Samtidigt som det föreligger en allmän skyldighet att inte göra något som äventyrar de syften som eftersträvas med fördraget, inbegripet konkurrenspolitiken,[37] förblir medlemsstaternas aktiva skyldigheter begränsade.

33 — Se domen i målet C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati mot kommissionen (ovan fotnot 20), punkterna 76–77.

34 — Se generaladvokaten Maduros förslag till avgörande i målet Fenin mot kommissionen (ovan fotnot 29), punkt 15.

35 — Se domen i de förenade målen AOK Bundesverband (ovan fotnot 12), punkt 56.

36 — Se domen i målet Diego Calì & Figli (ovan fotnot 21), punkt 24. Att kontakten med myndighetsutövning kan vara avhängig användningen av ”portvakter” vars verksamhet är av ekonomisk natur framgår bland annat av bestämmelser vari det uppställs krav på att parter i mål vid domstolen ska företrädas av advokater. Se till exempel artikel 19 tredje stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol.

37 — Dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (REG 1991, s. I-2925; svensk specialutgåva, s. I-209).

58. Dessa principer bekräftades nyligen i domen i målet AG2R Prévoyance (ovan fotnot 29),[38] där domstolen erinrade om att artikel 101 FEUF, jämförd med artikel 4.3 FEU, innebär att medlemsstaterna är skyldiga att inte vidta eller bibehålla åtgärder, i form av lag eller annan författning, som kan förta den ändamålsenliga verkan av konkurrensreglerna för företag.[39] Enligt artikel 106.1 FEUF ska medlemsstaterna beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördragen, i synnerhet reglerna i artiklarna 18 FEUF samt 101–109 FEUF, med förbehåll för vad som stadgas i artikel 106.2 FEUF.[40]

59. Ingendera av dessa principer är till stor hjälp i målet med Compass-Datenbank. De tillämpliga bestämmelserna i österrikisk lag förtar inte den ändamålsenliga verkan av konkurrensreglerna. Rättspraxis på området går inte så långt som att tvinga en medlemsstat att lämna uppgifter till ekonomiska aktörer, eller på annat sätt främja skapandet av nya marknader, när det inte finns några interna marknadsåtgärder som är avsedda att underlätta konkurrensen inom branscher som traditionellt sett utgjordes av statliga monopol.[41]

60. Omständigheterna i förevarande fall motsvarar inte heller dem där företag har beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter. Tvärtom är det så att förbudet mot att återanvända och kommersialisera uppgifterna ur företagsregistret, som går utöver betalningsställenas verksamhet att tillhandahålla möjligheten att få tillgång till databasen via internet, gäller gentemot samtliga, inte enbart gentemot Compass-Datenbank. Dessutom framgår av rådande rättspraxis att ”[e]n databasproducent kan … förbehålla sig rätten att ensam ha tillgång till sin databas eller att välja att endast ge vissa personer tillgång till denna … eller till och med uppställa särskilda villkor för tillgång, till exempel finansiella sådana”.[42] Som anförts ovan innehåller direktiv 2003/98 ”ingen skyldighet” för medlemsstater ”att tillåta vidareutnyttjande av handlingar”.[43]

61. Den österrikiska, den nederländska och den portugisiska regeringen har även åberopat artikel 7 i direktiv 96/9 om rättsligt skydd för databaser och *sui generis*-rätten att skydda dessa databaser.[44] Det är emellertid enligt min mening i hög grad ovidkommande att avgöra huruvida det utgör offentlig verksamhet eller näringsverksamhet enligt artikel 102 FEUF att förbjuda återanvändningen av uppgifter. Det framstår som klart att myndigheter får åberopa sina privaträttsliga rättigheter för att skydda sitt offentliga uppdrag genom förbud, liksom myndigheten såsom markägare får hindra intrång på en militäranläggning. Men *sui generis*-rätten aktualiseras i den tredje tolkningsfrågan, när det ska avgöras huruvida innehavaren av en immaterialrättslig rättighet kan tvingas utfärda en licens.

62. Sammanfattningsvis föreslår jag att domstolen ska besvara den första och den andra tolkningsfrågan nekande.

38 — Punkterna 24 och 25.

39 — Se bland annat domen i målet AG2R Prévoyance (ovan fotnot 29), punkt 24, dom av den 21 september 1999 i de förenade målen C-115/97-C-117/97, Brentjens’ (REG 1999, s. I-6025), punkt 65, dom av den 21 september 1999 i mål C-219/97, Drijvende Bokken (REG 1999, s. I-6121), punkt 55.

40 — Se domen i målet AG2R Prévoyance (ovan fotnot 29), punkt 25.

41 — Som exempelvis har skett inom telekomsektorn.

42 — Se dom av den 9 oktober 2008 i mål C-304/07, Directmedia Publishing (REG 2008, s. I-7565), punkt 52. Se även dom av den 9 november 2004 i mål C-203/02, The British Horseracing Board m.fl. (REG 2004, s. I-10415), punkt 55. Såväl i skäl 47 som i artikel 13 i direktiv 96/9 föreskrivs att *sui generis*-rätten inte ska påverka tillämpningen av EU-rättsliga bestämmelser rörande bland annat missbruk av dominerande ställning (se domen i målet Directmedia Publishing, punkt 56). Eftersom jag har nått slutsatsen att den österrikiska staten inte driver sådan näringsverksamhet som ger fog för att anse den som ett ”företag” enligt EU:s konkurrensrätt, uppstår emellertid inga problem angående tillämpningen av EU:s konkurrensrättsliga bestämmelser.

43 — Se skäl 9 i direktiv 2003/98. Se även artikel 3 i direktiv 2003/98, där det förtydligas att direktivets tillämpningsområde är begränsat till situationer där ”vidareutnyttjande av handlingar som finns hos offentliga myndigheter tillåts” till följd av medlemsstaternas egna fria val. Detta tyder på att ett förbud mot återanvändning av uppgifter utgör ett berättigat utövande av statliga befogenheter och därmed en statlig verksamhet, snarare än en näringsverksamhet.

44 — Angående omfattningen av förbudet mot återanvändning utan tillstånd enligt artikel 7 i direktiv 96/9, se domen i målet British Horseracing Board m.fl. (ovan fotnot 42), punkt 61. För vägledning angående definitionen av skyddade databaser, se domen i målet British Horseracing Board m.fl. (ovan fotnot 42) och dom av den 9 november 2004 i mål C-46/02, Fixtures Marketing (REG 2004, s. I-10365).

C – Den tredje tolkningsfrågan

63. Mot bakgrund av att jag har besvarat de första två tolkningsfrågorna nekande saknas skäl att besvara den tredje tolkningsfrågan. Jag ska emellertid göra följande anmärkningar som kan vara till hjälp för domstolen för det fall den österrikiska staten bedöms ha bedrivit näringsverksamhet genom att ha insamlat uppgifter till företagsregistret eller genom att ha tillgängliggjort dessa för allmänheten, eller både och.

64. Genom den här frågan har domstolen ombetts ge vägledning angående de principer som fastslagits i domarna i de förenade målen Magill och i målet IMS Health (teorin om nödvändiga nyttigheter, ”essential facilities”) och bedöma deras tillämplighet när det inte finns någon marknad i föregående led, eftersom de skyddade uppgifterna insamlas och sparas i en databas (företagsregistret) inom ramen för offentlig verksamhet. Tolkningsfrågan är endast av intresse för det fall den österrikiska staten anses ha agerat som ett företag mot bakgrund av omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.

65. Det är nödvändigt att börja med att identifiera marknaden i föregående led.[45] Detta på grund av att avsaknaden av en dominerande ställning på denna marknad innebär att det inte kan föreligga något missbruk i det efterföljande marknadsledet, som ibland går under begreppen angränsande eller härledd marknad. I förevarande fall finns det en parallellmarknad för tillgång via internet till rådata ur företagsregistret genom betalningsställena, men det finns ingen marknad i föregående led för masstillgång till uppgifter i företagsregistret som är lagligt tillgängliga för återanvändning och från vilken Compass-Datenbank skulle kunna hämta uppgifter för att skapa en förädlad produkt. Vad som finns i föregående led är snarare två verksamheter, en som innebär insamling och registrering av uppgifter och en annan som säkrar tillgång till dessa. De två huvudsakliga domarna för att avgöra det aktuella målet, nämligen domarna i de förenade målen Magill och målet IMS Health, behandlade situationer som relativt olika detta.

66. I domen i de förenade målen Magill fann domstolen att företagen hade missbrukat sin dominerande ställning genom att inte bevilja licens för sina programtablåer, vilket hindrade uppkomsten av en marknad för heltäckande TV-programblad, och uppenbart innehade en dominerande ställning i det föregående marknadsledet för information rörande TV-program på grund av ett faktiskt monopol på de uppgifter som användes vid utarbetande av förteckningarna över TV-program.[46] Denna dominans i det föregående marknadsledet gav dem inflytande över ett potentiellt efterföljande marknadsled på vilket konkurrens gällde. I de förenade målen Magill ville RTE och ITP förbehålla sina licenstagare i det föregående marknadsledet rätten till kommersiell exploatering av programtablåerna, vilket hindrade uppkomsten av en marknad för heltäckande TV-programblad i efterföljande led.

67. På liknande sätt var det i målet IMS Health, där ett företag mot vilket en ansökan om tvångslicens riktades bedrev näringsverksamhet och innehade en dominerande ställning på den relevanta marknaden, nämligen för att tillhandahålla läkemedelsföretag uppgifter om regional försäljning av läkemedel. En upphovsrättsligt skyddad områdesstruktur, med hjälp av vilken företaget presenterade uppgifterna om försäljning, hade utvecklats till att bli norm i branschen och placerat företaget i en dominerande ställning. Domstolen ansåg att om ett företag i dominerande ställning vägrade att bevilja licens för områdesstrukturen till en konkurrent kunde det utgöra missbruk endast under särskilda

45 — Se domen i målet IMS Health (ovan fotnot 10), punkt 45: ”… det är avgörande att två olika produktionsled kan identifieras och att det föreligger ett samband dem emellan på så sätt att varan i det tidigare ledet är nödvändig för att varan i det senare ledet skall kunna tillhandahållas.”

46 — Se domen i de förenade målen Magill (ovan fotnot 10), punkt 47.

omständigheter.[47] Vad som krävs i alla situationer av utövande av ensamrätt är att tre kumulativa villkor är uppfyllda: (i) att vägran förhindrar tillkomsten av en ny vara för vilken det finns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna, (ii) att vägran inte är motiverad, och (iii) att vägran är av beskaffenheten att utestänga all konkurrens från en härledd marknad.[48]

68. För att återvända till det aktuella fallet saknas det information i begäran om förhandsavgörande angående marknaden i efterföljande led. Vi vet att det är Compass-Datenbanks avsikt att kommersialisera och komplettera rådatan ur den österrikiska statens företagsregister och utveckla en tjänst med näringslivsinformation. Vi vet däremot inget om Compass-Datenbanks position på en marknad för en sådan förädlad tjänst i avgörande aspekter, såsom marknadsandel och hur denna förhåller sig till andra aktörers marknadsandelar, om några sådana finns. Såsom domstolen har påpekat ”utgör avgränsningen av den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden, samt beräkningen av marknadsandelar för olika företag som är verksamma på denna marknad, utgångspunkt för alla konkurrensrättsliga bedömningar av en situation”.[49] Om domstolen inte kan göra en sådan bedömning ska den avvisa begäran om förhandsavgörande.[50]

69. Det saknas information i begäran om förhandsavgörande gällande huruvida Compass-Datenbank har några betydande konkurrenter som tillhandahåller tjänster med näringslivsinformation och som konkurrerar med Compass-Datenbanks databas. Om det inte har det synes Compass-Datenbank inneha en dominerande ställning som självklar följd av att ha varit utgivare av *Zentralblatt*. Compass-Datenbank har vidare haft möjlighet att erhålla de uppgifter det behövt efter ett beslut av Oberster Gerichtshof från 2002, vars rättsliga grund inte förklarats närmare i begäran om förhandsavgörande, för ett pris som Österrike anser vara för lågt. Med förevarande talan eftersträvar Compass-Datenbank i huvudsak förmånlig tillgång till uppgifterna i företagsregistret på ekonomiska och rättsliga villkor som är mer fördelaktiga än dem som gäller gentemot andra. På grund härav råder viss osäkerhet i målet om huruvida det påstådda missbruket hänför sig till prissättningen, vägran att tillhandahålla en tjänst eller tillgång till en nödvändig nyttighet.

70. Ett ytterligare problem uppstår när det kommer till att avgöra vad som är den relevanta nödvändiga nyttigheten som den österrikiska staten innehar. De två uppenbara alternativen är *sui generis*-rätten till databasen eller tillgång till ännu inte offentliggjorda uppgifter i företagsregistret. Under alla omständigheter kan nyttigheten som Compass-Datenbank nekats tillgång till inte vara rådatan i sig, eftersom denna är tillgänglig för alla på ett icke-diskriminerande sätt genom betalningsställena.[51]

71. Som konstaterats ovan innebär ett icke-diskriminerande förbud mot återanvändning, som är tillåten enligt skäl 9 och artikel 3 i direktiv 2003/98, ett genomförande av statliga befogenheter. Det är däremot svårt att bortse från att den österrikiska statens vägran att ge tillgång till nya och uppdaterade uppgifter och förbudet mot återanvändning de facto förhindrar tillhandahållandet av en tjänst för vilken det verkar finnas en påvisbar efterfrågan hos konsumenterna. Att förordna ett företag att utfärda en immaterialrättslig rättighet kan dock, som generaladvokaten Jacobs påpekade i målet

47 — Se domen i målet IMS Health (ovan fotnot 10), punkt 35.

48 — Se domen i målet IMS Health (ovan fotnot 10), punkt 38. För ett senare mål, se domen i målet Microsoft mot kommissionen (ovan fotnot 23), punkterna 331–335, där förstainstansrätten gav en kärnfull rättslig redogörelse över vägran att bevilja licens och missbruk av dominerande ställning.

49 — Dom av den 17 februari 2005 i mål C-134/03, Viacom Outdoor (REG 2005, s. I-1167), punkt 27.

50 — Se domen i målet Viacom Outdoor (ovan fotnot 49), punkt 29.

51 — I detta hänseende har målet likheter med dom av den 12 juni 1997 i mål T-504/93, Tiercé Ladbroke mot kommissionen (REG 1997, s. II-923), punkt 124, där domstolen konstaterade att ingen hade beviljats någon licens på den relevanta geografiska marknaden och därför hade någon diskriminering inte ägt rum. Här föreligger ingen diskriminering, eftersom vem som helst har tillgång till företagsregistret genom betalningsställena.

Bronner, ”oberoende av om det ses som tillämpning av teorin om ’essential facilities’ eller mer traditionellt som en reaktion på en vägran att tillhandahålla varor eller tjänster, … vara berättiga[t] i konkurrenspolitiskt hänseende endast i fall där företaget i dominerande ställning har ett verkligt strupgrepp på den angränsande marknaden”. [52]

72. Det är tveksamt att all konkurrens på marknaden i efterföljande led i det aktuella fallet skulle uteslutas på grund av vägran att ingå avtal och förbudet mot återanvändning. Om förbudet mot återanvändning hade gjorts gällande fullt ut, vilket hittills inte verkar ha skett i förevarande fall, skulle det teoretiskt sett ha kunnat förhindra uppkomsten av en sekundär marknad och därmed även all konkurrens på denna, förutsatt att återanvändningen av uppgifter från företagsregistret var oundgänglig på sätt som föreskrivs i domstolens rättspraxis [53] för tillhandahållandet av en meningsfull tjänst med näringslivsinformation avseende företag. Vägran att ge masstillgång till nya och uppdaterade uppgifter kan emellertid inte i sig utesluta konkurrens på den sekundära marknaden. Det leder endast till att erbjudandet av uppdaterade produkter, som exempelvis Compass-Datenbanks tjänst, fördröjs och att kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten ökar.

V – Förslag till avgörande

73. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar frågorna från Oberster Gerichtshof i Österrike på följande sätt:

74. Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att en myndighet inte är att ses som ett företag när den i en databas (företagsregister) lagrar sådana uppgifter som företag enligt lag är skyldiga att lämna. Inte heller är en sådan myndighet att ses som ett företag när den ger möjlighet att ta del av uppgifter i databasen och göra utskrifter från företagsregistret men förbjuder all användning av uppgifterna som går utöver detta, oavsett om detta sker med åberopande av sin *sui generis*-rätt i egenskap av databastillverkare eller på andra grunder.

52 — Se generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Bronner (ovan fotnot 23), punkt 65.

53 — Se domen i målet Bronner (ovan fotnot 23), punkterna 41–46, och domen i målet IMS Health (ovan fotnot 10), punkterna 28, 45 och 49.